

**¿Derechos humanos o capacidades? una interpretación de la sentencia T- 074 de 2019
proferida por la Corte Constitucional colombiana a propósito de los derechos de los
inmigrantes en la perspectiva política de Martha Nussbaum.**

Estudiante

Jenny Alexandra Echeverri Herrera

Asesor

Juan Manuel López Rivera

Trabajo de grado para optar al título de Magíster en filosofía

Universidad Tecnológica de Pereira

Facultad de Bellas Artes

Programa de Filosofía

Cohorte IV

Pereira

2019

Tabla de contenido

| | |
|--|-----------|
| Introducción..... | 4 |
| Capítulo I: El concepto de dignidad humana en Martha Nussbaum..... | 7 |
| Rastreo Histórico..... | 7 |
| La Dignidad Humana | 9 |
| El concepto de dignidad humana: Una Polémica con Rawls | 12 |
| La idea de dignidad humana en Martha Nussbaum..... | 15 |
| Capítulo II: El enfoque de las capacidades..... | 24 |
| Historia del enfoque..... | 24 |
| Crear capacidades | 27 |
| Capítulo III: Análisis de la sentencia T-074 de 2019 a la luz del enfoque de las capacidades de Martha Nussbaum | 45 |
| Exposición de la sentencia T-074 de 2019 | 45 |
| Consideraciones problemáticas de la interpretación: dignidad y capacidades..... | 50 |
| Conclusiones | 60 |
| Bibliografía..... | 74 |

Índice de tablas

Tabla 1. Derechos de primera generación y capacidades. 63

Tabla 2. Derechos de segunda generación y capacidades. 65

Introducción

En la sociedad globalizada el concepto de *dignidad humana* toma protagonismo a partir de la revolución francesa (Pichot-Bravard, 2014, p. 90). Pese a que desde los filósofos clásicos se habían establecido bases de lo que hoy se conoce como dignidad de la persona en tanto que es un ser con alma con logos, hecho que lo distingue de los demás animales (*Cfr.* Platón, *Alcibiades*;130c) fue en la Declaración Universal de los Derechos Humanos – en adelante DUDH- en dónde por primera vez se hace mención del principio, valor y atributo universal de la dignidad humana. Reza el artículo 1° de la DUDH:

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. (DUDH, 1948, p.1).

La dignidad de la persona es la base arquimédica para los derechos humanos, introducidos en las constituciones políticas de la posguerra (1948), con el nombre de derechos fundamentales, derechos económicos, sociales y culturales, y los derechos de la colectividad. Estos se encuentran en directa correspondencia a los principios promulgados en la revolución francesa, libertad, igualdad y fraternidad.¹

La presente elaboración tiene como objetivo general: analizar cómo el enfoque de las capacidades puede ser útil para la interpretación de la sentencia T 074 de 2019². Como objetivos específicos se tienen los siguientes: i) Estudiar el concepto de dignidad humana en Martha Nussbaum desde un rastreo histórico y la polémica de la autora con Jhon Rawls, ii) Describir El enfoque de las capacidades a partir de la historia de este y del Texto *Crear capacidades: Propuesta para el desarrollo Humano* (2017), obra de Martha Nussbaum, iii) exponer la sentencia T-074 de 2019 a la luz del enfoque de las capacidades de Martha Nussbaum.

¹Derechos de primera, segunda y tercera generación. Estos que comienzan con la descripción razonada de la evolución o generaciones de derechos. Una de las clasificaciones más utilizada es la llamada generacional, concebida por primera vez por el profesor y miembro del Instituto de Derechos Humanos de Estrasburgo, Karel Vasak, en 1979. Este autor consideraba que en la evolución histórica de los Derechos Humanos pueden distinguirse tres generaciones, asociada cada una de ellas al desarrollo de los tres grandes valores proclamados en la Revolución Francesa: Libertad, Igualdad y Fraternidad. (Fraguas, 2015; 121).

² La cual trata de los derechos de los extranjeros en Colombia: Caso en el que, a una migrante venezolana en condición de embarazo, no se le prestaron los servicios de salud que requería. (T 074 de 2019).

En el capítulo primero se estudiará el concepto de *dignidad humana* en Martha Nussbaum a través de cuatro subcapítulos: en el 1.1 se compilarán los antecedentes históricos desde Aristóteles, hasta las concepciones contemporáneas, posteriormente en el 1.2 se analizará cómo se entiende la dignidad humana en la actualidad -dando inicio en la filosofía de Kant-. En el subcapítulo 1.3 se trabajará el concepto de dignidad humana: una Polémica con Rawls, en el cual se trazarán las diferencias teóricas entre este autor y Martha Nussbaum alrededor del concepto de la dignidad humana. Y, finalmente se presentará el apartado 1.4 con la idea de dignidad humana en Martha Nussbaum.

En el capítulo segundo se expondrá el enfoque de las capacidades, iniciando con un recorrido histórico acerca de cómo se construyó el enfoque, posteriormente se trabajará la obra *Crear capacidades: propuesta para el desarrollo humano* de la autora Martha Nussbaum, explicando el texto y su importancia dentro de las nuevas construcciones teóricas para la filosofía política contemporánea, atendiendo a las necesidades sociales presentes, como es el caso del fenómeno de los migrantes, que ingresan a países vecinos a consecuencia de la situación económica, política y social precaria presentada en sus países de origen.

En el capítulo tercero se analizará la sentencia T 074 de 2019³ a la luz del enfoque de las capacidades de Martha Nussbaum. En el primer subcapítulo se expondrá la sentencia en mención, y en el siguiente acápite se presentarán las consideraciones problemáticas entre la *dignidad humana y el enfoque de las capacidades*.

En las conclusiones del presente trabajo investigativo se expondrá otra forma de leer la sentencia T 074 de 2019 a partir del enfoque de las capacidades en Martha Nussbaum, y aquí se diferenciará esta, de las teorías de los derechos humanos y de los derechos fundamentales,

³ Sentencia de tutela que trata del derecho a la personalidad jurídica de niños venezolanos que no cumplen con el requisito de apostillado en su documentación para registrar su nacimiento en Colombia. El derecho a la personalidad jurídica es el medio por el cual se reconoce la existencia a la persona humana dentro del ordenamiento jurídico; (ii) es un derecho fundamental y presupuesto esencial de la consagración y efectividad del sistema de derechos y garantías contemplado en la Constitución; (iii) su materialidad conlleva a los atributos propios de la persona humana; y (iv) es propio de los sujetos de derecho en el ordenamiento jurídico constitucional. (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T 074 de 2019, M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo)

y se evidenciará cómo la aplicación del *enfoque de las capacidades* para la interpretación constitucional será de mayor utilidad a la hora no sólo de otorgar reconocimiento a los extranjeros dentro de Colombia sino que concede herramientas para el desarrollo humano.

Sostendré que, *El enfoque de las capacidades*, propuesto desde la reflexión de Martha Nussbaum, sería una alternativa incluyente, clara y universal para la interpretación de la sentencia T 074 de 2019. No se pretende eliminar el marco teórico de referencia a la filosofía de Kant, sino combinar al estilo del consenso entrecruzado⁴ las doctrinas comprensivas razonables que apoyen y sostengan la concepción política de las *capacidades*.

Del mismo modo se realizará una crítica a algunos aspectos que presenta la autora en su *enfoque de las capacidades* que no sería posible implementar en la construcción de una sociedad global como ella lo propone. La dignidad desde la propuesta de la autora a estudiar se vuelve medible, evaluativa y práctica, alcanzando un modelo novísimo de aplicación que podría ser implementado en la interpretación jurídica.

⁴ Haciendo referencia a Jhon Rawls, pues el enfoque de las capacidades es una forma de liberalismo político y descansa sobre la idea de que, con el tiempo, puede emerger un consenso entrecruzado entre doctrinas comprensivas razonables que apoye y sostenga la concepción política, cabe aclarar que la concepción política se fundamenta en juicios éticos y no, en teorías metafísicas. (Cfr. Nussbaum, 2016: p. 381)

Capítulo I

El concepto de dignidad humana en Martha Nussbaum

Rastreo Histórico

Para acercarnos a una conceptualización respecto de *la dignidad humana* es importante dirigir la mirada hacia la antigüedad. La definición de persona como animal social se le atribuye a Aristóteles. “De todo esto es evidente que la ciudad es una de las cosas naturales, y que el hombre es por naturaleza un animal social” (Cfr. Aristóteles, *Política, libro I; 1253a 9*). El hombre es el único animal que tiene palabra, y de allí parte su superioridad.

Pues la voz es signo del dolor y del placer, y por eso la poseen también los demás animales, porque su naturaleza llega hasta tener sensación de dolor y de placer e indicársela unos a otros. (Cfr. Aristóteles, *Política, libro I; 1252b11*).

La palabra, según Aristóteles es útil para manifestar lo conveniente y lo perjudicial, del mismo modo lo justo e injusto. (Cfr. Aristóteles, *Política, libro I; 1252b11*). Es lo que lo diferencia al hombre de los demás animales, poseer el sentido del bien y del mal. Dice Aristóteles: “Pues, así como el hombre perfecto es el mejor de los animales, así también, apartado de la ley y de la justicia, es el peor de todos” (Cfr. Aristóteles; *Política, libro I; 1253 a15*).

El concepto de justicia en Aristóteles parte de la justicia distributiva y conmutativa dentro del contexto político de las Ciudades-Estado. (Cfr. Aristóteles, *Ética a Nicómaco, libro V; 1131a5*). El pensamiento de Aristóteles respecto del bienestar y la felicidad en la *polis* (ciudad- Estado) tiene su origen en la participación política y en la prevalencia del interés general, tomando como fuente la deliberación (elección final) que orienta nuestro estar en el mundo (Cfr. Aristóteles, *Ética a Nicómaco, Libro III; 1113a9-12*).

Para Aristóteles el ciudadano sólo podía desarrollarse en la *polis* (Ciudad- Estado) a partir de la deliberación (*προαίρεσις*) o la elección deliberada. Esto indica que para el filósofo antiguo el ciudadano podía encontrar su felicidad en la vida política. Tanto el concepto de elección como el concepto de capacidad (*δυνάμις*) fueron trabajados desde la época. (Cfr. Aristóteles, *Ética a Nicómaco, Libro II; 1105b20-27*) – inclusive desde este autor ya se hablaba de capacidad o facultades.

Entrada la modernidad, es importante establecer relación entre autores, por ejemplo, Locke y Montesquieu, para estructurar la consecuencia de la libertad como centro. Locke teorizó la libertad-político liberal reconocida en la *Declaración de independencia de los Estados Unidos de América*, y claro está, en el texto insignia de este autor, el *segundo tratado sobre gobierno civil* (1689) en donde esboza que “al ser los hombres todos libres por naturaleza, iguales e independientes, ninguno puede ser sacado de esta condición y puesto bajo el poder político de otro sin su propio consentimiento”. (Locke, 1689, p.96). En este punto, desde mi interpretación, se realiza una referencia a la *dignidad humana*, ese valor intrínseco y abstracto del ser humano que es otorgado en virtud de la autonomía de la voluntad y la libertad que permite ejercerla, y esta es la justificación de los principios políticos⁵. Por otro lado, Montesquieu, establecía la división de poderes como antítesis al Estado absolutista, en su obra *El espíritu de las leyes* (1.748), escindiendo el sometimiento del hombre al despotismo.

El autor Jean Jacques Rousseau escribió la obra *El contrato social* (1.762) en donde plasma la estructuración de un pacto sellado entre los individuos, atendiendo al interés general, más que al particular, estableciendo como contrato social unos principios políticos⁶. La libertad como único derecho innato del hombre -desde este autor-, alimenta la teoría respecto de que la dignidad humana parte de la autonomía de la voluntad, que solo es posible en la libertad.

El Estado como figura ficticia desde el contractualismo clásico se evidenció como una colectividad, a partir de allí la individualidad en la elección y la deliberación desaparecen para ser elevadas a un rango generalizado o para poner de relieve una conciencia colectiva. Cuando tal colectividad se organiza a partir de un modo constitucional, la participación en la vida política y en los contextos públicos generan una comunidad que responde a una red de relaciones

Estas teorías se han desarrollado desde los enfoques liberales clásicos, que evidencian la tradición del contrato social y presentaban un objetivo epistémico y práctico: abordar las

⁵ En definitiva, es una referencia al contractualismo. En donde la sociedad civil se conforma a partir de la voluntad de los individuos establecidos inicialmente en el Estado de Naturaleza. (Cfr. Hobbes, 1651)

⁶ Instrumentalizados en la época actual en las constituciones políticas.

desigualdades. En su mayoría la desigualdad se abordó parcialmente, sin embargo, ¿logró solucionar los problemas de los grupos socialmente excluidos por esta misma tradición? La tradición de una justicia distributiva implica que los co-asociados deban aportar de algún modo a la sociedad, constituyendo una reciprocidad. Sin embargo, desde la construcción moral no todo sujeto tiene la manera de aportar a una sociedad a partir de una racionalidad, como es el caso de grupos poblacionales de personas en situación de discapacidad cognitiva, de los niños, y niñas menores de 14 años, de los adultos mayores con demencia senil o enfermedades similares que no le permitan ser *productivos* dentro de una sociedad, estos requieren del asistencialismo del Estado.

Seguido a Rousseau, se reconoce la teoría de Immanuel Kant (1724-1804) -trabajada en la primera parte de este documento- y quien fue la base para Jhon Rawls (1921- 2002) con su obra *Una Teoría de la Justicia* (1971). En cuanto a la teoría clásica del contrato social, la estructuración para la justicia social y, por ende, para una vida digna, igualitaria y en libertad para todos los seres humanos – autor que se trabajará en el subcapítulo 1.3 en una polémica con Martha Nussbaum.

La Dignidad Humana

La conceptualización moderna sobre la *dignidad humana* parte de la racionalidad del ser humano. Esto puede evidenciarse en los postulados de la filosofía moral de Kant. Por ejemplo, el autor en su obra *Fundamentación de la metafísica de las costumbres* publicada en 1785 expresa la claridad y la fuerza de la raíz del concepto de *dignidad humana* de la siguiente manera:

La necesidad práctica de obrar conforme a este principio, es decir, el deber, no se basa en sentimientos, impulsos ni inclinaciones, sino simplemente en la relación de los seres racionales entre sí, -relación- en la que la voluntad de un ser racional debe considerarse a la vez como legisladora, porque de otro modo no podría pensarse como fin en sí misma. Así pues, la razón refiere toda máxima -o regla de actuación- de la voluntad como universalmente legisladora a cualquier otra voluntad y también a toda acción respecto de sí misma, y no por algún otro motivo práctico o ventaja futura, sino por la idea de la dignidad de un ser racional que no obedece a ninguna otra ley sino a aquella que él mismo se da. (Kant, 1785, pp. 434-435).

En la primera línea se observa la referencia a lo moral. La forma cómo un individuo puede elevar su conducta y establecerla como universal -precepto que establezca un deber para todos- es la clave de la moral kantiana. Esto sólo es posible a partir de la relación igualitaria existente entre todos los seres humanos, en tanto sujetos libres – a priori-. La dignidad nos relaciona igualitariamente, y cada ser humano racional es quien decide obrar de tal modo. Por ejemplo, quien decide devolver algo a quien se lo prestó, está estableciendo la máxima de que los préstamos deben ser devueltos. Y es aquí, donde el hombre se convierte en auto-legislador, imponiendo una obligación que impera por deber. La única limitación sería la de la falsa libertad, y es la que impide que alguien devuelva lo que no es suyo, y así no poder garantizar lo correspondiente a su verdadero dueño -acreedores reales- Lo que implica que todos los humanos vean impedida la libre disposición de lo suyo.

La autonomía de la voluntad es la que nos permite obligarnos en virtud de una razón universalizadora. Cada uno se obliga no por agentes externos sino a partir de la dignidad que nos relaciona igualitariamente. El deber no depende de ninguna condición (no es hipotético) sino categórico. Se debe cumplir con lo estipulado más allá de cualquier consideración personal, del placer o del dolor. El respeto a la dignidad y a la libertad ajenas es lo que nos impulsa al cumplimiento del deber. La dignidad es inherente a la condición humana y es la que nos otorga ser fines en sí mismos. El valor de la dignidad es absoluto -y no relativo-. (Cfr. Kant, 1785, p.434).

Seguidamente en otro apartado de la misma obra, el filósofo establece lo que significa ser un fin en sí mismo, otorgado por la dignidad y el merecimiento humano

En el reino de los fines todo tiene o bien un precio o bien una dignidad. En el lugar de lo que tiene un precio puede ser colocado algo equivalente; en cambio, lo que se halla por encima de todo precio y no se presta a equivalencia alguna, eso posee una dignidad (p.435)

Por encima de cualquier forma de utilidad, la dignidad se declara como prioritaria. Ahora bien, para la claridad del texto, las cosas útiles lo son por capacidad de satisfacer necesidades, naturales o culturales, lo mismo sería para satisfacer intereses subjetivos. Todas estas cosas tienen precio, es decir, pueden intercambiarse entre sí, midiendo su equivalencia o igualdad de valor mediante la abstracción.

En el siguiente apartado, Kant (1785), marca radicalmente la diferencia entre precio y dignidad, veamos la cita textual:

Cuando se refiere a las inclinaciones y necesidades humanas tiene un precio de mercado; lo que, sin suponer una necesidad, se adecuó a cierto gusto, es decir, a un bienestar basado en el juego sin propósito de nuestras facultades anímicas -un objeto estético, por ejemplo, o un objeto particularmente vinculado a nuestros sentimientos-, tiene un precio de afecto; pero lo que constituye la condición única bajo la cual algo puede ser fin en sí mismo no tiene meramente un valor relativo, o sea un precio, sino que tiene un valor intrínseco, es decir, dignidad. (p.453).

La conceptualización de precio desde Kant, hace referencia al intercambio de bienes económicos, del mismo modo, existe el precio de afecto, que es cuando nos vinculamos sentimentalmente a algo – un objeto que nos recuerda un instante feliz, o a una persona amada- Sin embargo, no puede aplicarse a las personas, porque cumpliendo la máxima, estas no tienen valor de cambio, no tienen precio. Tienen dignidad, según Kant.

No puede dejarse de lado la idea que desde Kant se establece para *la dignidad humana*, y es la universalización y la racionalidad. La racionalidad en Kant, implica pertenecer al mundo inteligible, partiendo de la autonomía que le otorga la voluntad, pues la independencia de las causas determinantes del mundo sensible -independencia que la razón siempre tiene que atribuirse- es libertad. A la unión entre libertad y autonomía se le halla el concepto universal de la moralidad, que sirve de fundamento a todas las acciones de seres racionales. (Cfr. Kant, 1785, p.453).

En la modernidad, el concepto de dignidad humana fue reformulado, escindiendo su vínculo con Dios. Aquí la dignidad surge de la naturaleza humana, pero dicha naturaleza se desvincula progresivamente de cualquier origen divino. Podemos observar un antropocentrismo que insiste en la singularidad de la especie humana en relación con los demás animales. Por ejemplo, se hace mención de esta frase: el hombre es un fin en sí mismo y debe ser tratado como tal y no meramente como un medio. Esto fue plasmado en el ámbito jurídico desde los derechos humanos. La concepción parte de una posición vertical, estando por encima de los demás animales. Cuando decimos que el ser humano es digno, le atribuimos un valor intrínseco, es decir, ontológico e insustituible. (Pelé, s.f, p.10).

En la actualidad se parte de una valoración para garantizar la dignidad de la persona y esto se realiza desde un carácter negativo, como lo es, la identificación de la indignidad de

ciertas condiciones (sociales, económicas, políticas, etc.) donde se ubican ciertas personas y ciertos grupos colectivos. Por ello, se establecen comportamientos específicos tendientes a respetar la dignidad humana. Los actuales debates sobre la eutanasia, la maternidad subrogada, la clonación, o la donación de órganos parten de la identificación de, si se permite o no cierta conducta al hombre, entonces se estaría en virtud de una vulneración a la dignidad humana.

Desde el derecho constitucional y más a partir de las interpretaciones de los tribunales constitucionales, la dignidad humana es una noción universal inalienable, inherente al hombre. Nace como una idea moderna⁷ y genera los requisitos para que el hombre viva acorde a una vida digna.

El concepto de dignidad humana: Una Polémica con Rawls

La obra de Jhon Rawls ha sido trabajada por una profunda literatura filosófica. Martha Nussbaum no ha sido indiferente a estos fines. Por ejemplo, en el artículo *Una revisión de Liberalismo Político de Rawls*, la autora pone de manifiesto las ideas rectoras de la obra de Rawls, y extrae la idea de dignidad humana que Jhon Rawls expone en su texto, *Una Teoría de la Justicia*,

Uno podría sumar a estas dos ideas la también cercana noción de dignidad humana que Rawls (1971, 3) expresa en *Teoría de la Justicia* cuando afirma que “cada persona detenta una inviolabilidad fundada en la justicia, que incluso el bienestar de la sociedad en su conjunto no puede desconocer” Rawls, no emplea el término “dignidad”, pero creo que esta captura bien la noción de inviolabilidad de la persona que moldea sus argumentos. (Nussbaum, 2014, p.55).

Es claro el diálogo directo entre los dos autores y puede extraerse de la cita anterior que tanto para Rawls como para su predecesor teórico Kant, la dignidad humana es correlacional al respeto, y esto trae como consecuencia que las personas sean fines en sí mismas puesto que poseen dignidad. -dignidad igual para todos-. Esto se evidencia en las teorías constitucionalistas modernas y en la teoría de los derechos humanos. En occidente este ha sido

⁷Se podrá hacer la interpelación de que la dignidad humana tiene su origen en la edad antigua, en la edad media y en el renacimiento como postulados premodernos. Sin embargo, estos correspondían a un merecimiento fuera del individuo. Respondía a títulos honoríficos, herencias, partiendo de distintos tipos de dignidad y teniendo como premisa la desigualdad. (Pelé, s.f; p.11).

el centro de los movimientos civiles, políticos y jurídicos. (Cfr. Corte Constitucional, Sala plena, C 143 de 2015).

Martha Nussbaum sigue la teoría de la justicia de Jhon Rawls en multiplicidad de aspectos, sin embargo, se aleja de temas particulares como el de, la racionalidad y la animalidad que conforman al ser humano, y como este autor sigue la línea filosófica de Kant; plantea que si llegamos a tener deberes morales con los animales es a partir de la caridad o de la compasión, más que ser un deber o asunto de justicia. Veamos en la siguiente cita de la obra *Teoría de la justicia* de Jhon Rawls lo antecedido,

Pero incluso esta teoría más amplia no abarcaría todas las relaciones morales, ya que parecería incluir sólo nuestras relaciones con otras personas, dejando sin explicar cómo habremos de conducirnos respecto a los animales y al resto de la naturaleza. (Rawls, 1971, p.22).

La vida humana depende de una serie de condicionamientos de carácter político, social, económico e inclusive desde el etnocentrismo; el Estado sea paternalista, de bienestar o intervencionista según quiera interpretarse, brinda oportunidades directa o indirectamente y también logra presentar contrapesos respecto de los derechos debidos y otorgados. En los desarrollos teóricos tanto de Kant como de Rawls estos condicionamientos se olvidan.

Se presenta a continuación una interpretación de Rawls sobre la teoría kantiana:

La persona en Kant, o en quien ha tomado sus fundamentos teóricos para una teoría de la justicia; Jhon Rawls, contrapone a la persona humana con su animalidad, es decir, no la acepta. En la *Teoría de la justicia* no aparece una cita textual, sin embargo, argumenta Rawls que acepta la personalidad residente en la racionalidad de las partes contratantes (tanto moral como prudencial) y no en las necesidades que los seres humanos comparten con otros animales (Rawls, 1971, p.455).

Veamos ahora la cita desde Rawls: “La respuesta natural parece ser que son precisamente las personas morales las que tienen derecho a una justicia igual”. (Rawls, 1971, p.456).

En el capítulo de los *finés* de la obra *Teoría de la justicia*, Rawls menciona que la aplicación de la igualdad se circunscribe a los principios de la justicia, y cuándo se indaga sobre el orden de aplicación, se llega a que nuestra conducta respecto a los animales no está regida por estos principios. (Rawls, 1971, p.445). A contrario sensu, Martha Nussbaum en su obra *Las Fronteras de la Justicia* (2016) establece un diálogo directo con Jhon Rawls en

cuanto a la temática de -racionalidad- a partir de las teorías del contrato social y acepta esa relación existente entre la racionalidad y la animalidad. Aquí aparece la sociabilidad, las necesidades corporales y la necesidad de asistencia, estas que componen tanto la racionalidad como la animalidad, las dos complementarias, no contradictorias. (Nussbaum, 2002; p.243). El funcionamiento⁸ humano es definido, además, por su animalidad y esto es llamado por la autora como una forma de razonamiento práctico. Y menciona que existen en el mundo distintos tipos de dignidad animal. – todo esto por su tendencia a un cosmopolitismo para una justicia en una sociedad global- por lo que se plantea también que los animales pueden llegar a un tipo de razonamiento práctico (Nussbaum, 2016, p.167).

La experiencia humana concreta debe ser el sustrato para el análisis de las distintas teorías. La filosofía política desde Jhon Rawls por tratar de llegar a un universalismo de las satisfacciones ha olvidado el contexto, la historia, la humanidad propia. Para la conceptualización de la dignidad humana no es posible implementar teorías que no partan de un pluralismo, no solo de libertad sino además de igualdad y diversificación. El problema de la productividad en el ser humano para hacerlo valioso, como consecuencia del contrato social que lleva consigo la necesidad imperiosa de aportar en sociedad, generando una reciprocidad, presenta una ruptura con las teorías del contractualismo clásico. En el contexto de una vida con calidad no sólo la productividad genera reconocimiento, también lo generan las necesidades. Las mismas que se configuran en una estructura de justicia social. La asistencia y no la caridad es propia de los Estados bienestaristas que se implementaron a partir de teorías utilitaristas⁹.

⁸Los funcionamientos relevantes para el bienestar varían desde los más elementales como evitar la morbilidad y la mortalidad, estar adecuadamente nutrido, tener movilidad, etc., hasta los más complejos, como ser feliz, lograr el autorrespeto, participar en la vida de la comunidad, aparecer en público sin timidez (este último fue brillantemente abordado por Adam Smith). Se afirma que los funcionamientos hacen el ser de una persona, y que la evaluación de su bienestar debe tomar la forma de valoración de estos elementos constitutivos. (Sen, 1996, pág. 62)

⁹ Pues bien, consideremos, por último, las perspectivas del bien más preponderantes dentro del utilitarismo: el hedonismo (Bentham) y la satisfacción de preferencias (Singer). La del placer es una noción sumamente difícil de concretar. En una misma sensación que varía solamente en intensidad y duración, como pensaba Bentham, ¿o son los diferentes placeres tan cualitativamente distintos entre sí como las actividades a las que se asocian? Mill, basándose en Aristóteles, creía lo segundo; pero si admitimos ese punto, la que se nos presenta pasa a ser una perspectiva muy distinta de la del utilitarismo convencional, ya que este está estrechamente ligado a la homogeneidad y la unicidad cualitativa del bien. (Cfr. Nussbaum, 2016; p.340).

La idea de dignidad humana en Martha Nussbaum

El concepto de *dignidad humana* en Martha Nussbaum es central para su teoría. La misma que ha sido establecida para mejorar la calidad de vida de todas las personas en el mundo y superar las actuales mediciones de los países con base en un Producto Interno Bruto – en adelante PIB- que en realidad no mide el desarrollo de las personas. Girar la vista hacia las bases teóricas de la autora, es hacer mención nuevamente de Aristóteles, pues ella es representante de un neoaristotelismo. El paradigma Nussbaum (como así lo llamaré) es una concepción más real acerca de la calidad de vida de las personas: el merecimiento de estas con base en un principio esencialista -para ella- como lo es la dignidad humana.

Para Nussbaum, la dignidad humana implica, no sólo un universalismo y una abstracción, como lo representan Kant y Rawls. Por el contrario, el término dignidad humana implica la construcción junto con el sujeto de unas condiciones medibles a partir de una evaluación de aspectos tanto intrínsecos como extrínsecos del individuo, teniendo como base el pluralismo y la propuesta para una comunidad mundial. Es decir, de manera intuitiva hacer partícipe e implicar al sujeto en la evaluación y valoración de la calidad de vida partiendo por supuesto de la dignidad humana.

La autora pretende defender una concepción normativista de la dignidad humana dando lugar a la libertad y al pluralismo. Y se hace énfasis en que la concepción política de la persona que utiliza el enfoque de las capacidades es distinta a la utilizada por los enfoques contractualistas originarios de la filosofía de Kant. Procede entonces de una concepción aristotélica que ubica a la moralidad y a la racionalidad humanas dentro de la animalidad que resulta ser, igualmente humana.

El enfoque de las capacidades centra su atención en el florecimiento¹⁰ de todas las criaturas existentes – a partir del bienestar- pues estas no pueden *floreecer* de manera aislada a una comunidad.

La noción de dignidad humana y de vida humana digna que la autora evidencia en su obra *Crear capacidades: Una propuesta para el desarrollo humano (2017)* presenta en sus

¹⁰ Este concepto se desarrollará más adelante. (infra p.31)

inicios una implicación de la intuición que no necesariamente brinda claridad. A este respecto la autora argumenta lo siguiente:

Mi enfoque no obra de ese modo: la dignidad es un elemento de la teoría, pero todos los conceptos empleados en esta se entienden como elementos interconectados entre sí y que, como tales, se explican y se esclarecen mutuamente. (Cfr. Nussbaum, 2017, p. 49).

Un factor fundamental en cuanto a la idea de dignidad humana en la autora es el respeto, siendo los principios políticos los que esclarecen el significado que se le da a la dignidad humana. La idea principal que hay que resaltar es que deben existir ciertas condiciones de vida que faciliten a las personas construir una vida merecedora de ser vivida, dotada de la dignidad humana que ellas poseen por el mero hecho de serlo. Seguido a esto, existen países en donde no necesariamente se cumple con el requisito de garantizarle a las personas condiciones mínimas de vida digna y es aquí donde la ausencia de estas genera también la ausencia de una justicia social básica. “En estas últimas circunstancias, las personas conservan dignidad, pero esta funciona más bien como un pagaré cuyos plazos aún no han sido abonados” (Cfr. Nussbaum, 2017, p. 50).

Por la cercanía de la autora con las bases de la filosofía de Kant a la hora de estructurar una idea de dignidad es importante hacer referencia a la obra *Las fronteras de la justicia: Consideraciones sobre la exclusión* (2016), puesto que es aquí donde explícitamente menciona que la dignidad debe ser de corte aristotélico y no kantiano, argumentando lo siguiente:

La dignidad humana no descansa exclusivamente en la racionalidad o en las capacidades morales que nos permiten ser autónomos, sino en la suma de una lista de hasta diez capacidades humanas, y, por tanto, califica su concepción de la dignidad como aristotélica y no como kantiana. (p. 166)

La concepción de dignidad en la autora puede extenderse a los animales no humanos y en general a todas las criaturas vivientes, aunque no trabaja a profundidad el tema de las plantas, es claro que en su lista de capacidades centrales habla de la relación con el entorno natural.

Ahora bien, tratemos el tema de los distintos niveles a partir de la evaluación y valoración de la dignidad humana, que parte de dos momentos, así: el i) procede examinando una amplia variedad de comprensiones de sí mismos que han tenido los pueblos en muchas

épocas y lugares y ii) una vez las experiencias originarias que definen la esencia de lo humano sean identificadas, debe reconocerse el comportamiento excelente dentro de ese ámbito o función correspondiente. Es decir, en el primer momento se identifican las características comunes de los seres humanos, determinando así sus necesidades y por tanto lo que los hace esencialmente humanos desde una interculturalidad propia del análisis que ha hecho la autora de los distintos tipos de sociedades. En el segundo momento, cuando se identifican el grupo de funciones básicas importantes para la vida humana como respuesta al relativismo. La evaluación aquí consiste en examinar el tratamiento que las instituciones sociales hacen de ellas, evaluando su promoción y violación. La propuesta consiste en una lista de carácter normativista, sin ser metafísico, ni religioso, sino a través de un estudio histórico. Nussbaum la llama, una teoría vaga y gruesa del bien¹¹. Un hecho configurativo corresponde en establecer las características para reconocer si se trata de un humano o no, a partir de los elementos que conforman el carácter y la forma de una vida humana. El segundo y último hecho configurativo consiste en establecer un consenso general de aquellos caracteres que, en su ausencia en la vida humana, nos permiten decir de una vida humana que ya no lo es. Apelando así, a los rasgos fundamentales de la vida humana, sin los cuales no pueda darse la existencia de tal. (Cfr. Nussbaum, 1992, p. 215).

En su obra *Funcionamiento humano y justicia social: en defensa del esencialismo aristotélico* (1992) Nussbaum, presenta algunos niveles aproximativos a la teoría esencialista que configuran la vida humana – esto desde un modo netamente aristotélico- El primer nivel se compone de la forma de vida humana. (Cfr. Nussbaum, 1992, p. 216). Esta logra constituirse a través de diez elementos que en versiones más recientes de la teoría del enfoque de las capacidades se estructura en la lista de diez capacidades centrales, las cuales pueden ser la base para los derechos políticos fundamentales de las naciones- como lo menciona la autora-, los cuales son: La mortalidad, la figura del cuerpo humano, la capacidad para sentir placer y dolor, una serie de facultades cognitivas tales como la percepción, la imaginación y el pensamiento, un desarrollo infantil temprano, la razón práctica, la capacidad para socializar

¹¹ Haciendo contraste a la denominación que hace Rawls como una delgada teoría del bien, y que implica reducir los bienes primarios que serán usados por las personas en la posición original, un grupo de medios de aplicación universal que juegan un papel relevante en cualquier concepción del bien humano. En contraste la teoría gruesa se basa en la teoría de los fines aristotélica sobre el contenido general de las formas de vida humana. (Cfr. Nussbaum, 1992, pp. 214-215).

con otros seres humanos así como capacidad y afinidad para con otras especies y la naturaleza, finalmente, la lista se cierra con la idea de que el ser humano tiene sentido del humor y es un ser lúdico (*Cfr.* Nussbaum, 1992, p. 220). No puede olvidarse que esa idea intuitiva del enfoque logra tener una doble connotación, pues, existen funciones del ser humano que son centrales en la vida humana para determinar la presencia o ausencia de esta. Para la autora hay que ver al hombre como un ser libre y dignificado que constituye su propia vida en cooperación y reciprocidad con otros. (*Cfr.* Nussbaum, 2002, p. 113).

Ahora bien, los anteriores aspectos se interpretan así:

La mortalidad es la característica esencial de un ser humano. Morir es un hecho cierto. Para Nussbaum dentro de su propuesta, la muerte debe llegar cercana a la vejez- una vida larga sin una muerte prematura- del mismo modo una preferencia por la muerte en lugar de ciertos estados de vida¹². Desde esta óptica hay que procurar el respeto y la libertad de elección de cada ser humano, partiendo de los hechos que se constituyen en su humanidad. La idea de dignidad y de actividades humanas atraviesa las fronteras culturales. (*Cfr.* Nussbaum, 2002, p. 114).

Para la autora el cuerpo humano es un contenedor de nuestra humanidad, por ejemplo, sabemos que cada forma de cada cuerpo es distinta y esto no hará la diferencia para la identificación de la humanidad siempre que se parta de una generalidad en propósito y contenido. Ahora bien, en un extremo se puede considerar que la ausencia o la falta de capacidad para una función central nos lleva a considerar que un ser humano, no lo es. Trátese entonces de comparar la situación extrema en donde exista una forma de discapacidad en donde se plantee que la persona en realidad no es verdaderamente humana. Para la autora esta frontera de la justicia que es del resorte de la ética médica no es central para conceptualizar lo que es digno, que en términos de filosofía kantiana puede lograr responder al dilema con un rotundo: no es un ser humano merecedor de dignidad. Lo que en términos del enfoque de las capacidades logra constituirse como un portador de valor y un fin en sí, por la mera existencia de la persona humana, de sus propósitos y contenidos que cultural e históricamente nos han llevado a observar que por encima de procesos mecánicos de la naturaleza existe la pregunta inicial de Nussbaum y es, ¿qué son las personas capaces de ser y de hacer? Lo que pretende el

¹² Como el ser humano que se encuentra en estado vegetativo.

enfoque de las capacidades es una sociedad dotada de justicia social a través del reconocimiento de la dignidad humana en donde cada persona sea tratada como digna de atención y en la cual cada una haya sido puesta en condiciones de vivir realmente en forma humana. (Cfr. Nussbaum, 2002: p. 114).

Para realizar una evaluación sobre la humanidad el papel de las necesidades es imperioso para su determinación, por ejemplo, no se concibe un cuerpo humano que no necesite de alimento y bebida y en esta dinámica no opera el deseo, pues si alguien deseara no alimentarse¹³ tendría inminentes problemas respecto de su supervivencia. Aunque se puede plantear el dilema en donde una persona inscrita en ciertos ideales religiosos tome la decisión de realizar un ayuno, pero aquí es muy importante la voluntad y la libre elección fuera de todo vicio, otra cosa distinta es la necesidad de supervivencia, por más que lo dicte su culto religioso, la persona tendrá ese rasgo distintivo de necesidad. Con la consolidación de las primeras civilizaciones el hombre también tiene la necesidad de un hogar, de abrigo, de vivir en comunidad, es a partir de esta como el hombre puede desarrollarse humanamente. Dentro de esas necesidades corporales también se encuentra la correspondiente al apetito sexual que en ningún momento se puede comparar con la urgencia de alimentación, pero sí es un rasgo distintivo.

La movilidad del ser humano constituye un rasgo esencial que tiene una dualidad – tanto negativa como positiva- una que es a partir de una acción como lo es el propio uso del cuerpo, y la otra a partir del rechazo a la privación de la movilidad. Aquí también se puede observar un dilema y es el caso de una persona con discapacidad física que se encuentra en una silla de ruedas, la silla de ruedas se convierte en la herramienta para garantizar tal movilidad, sin embargo, no quiere decir que esto reduzca la humanidad de la persona.

Otro rasgo distintivo y que compartimos con los animales es la capacidad para sentir placer o dolor. Y como rasgo primitivo se tiende a rechazar el dolor de manera natural. Una concepción común al ser humano es esa facultad cognitiva que se acompaña de la percepción, la imaginación y el pensamiento. Sin embargo, no significa que deban estandarizarse dichas

¹³ El deseo y la obligación se presentan como términos distintos. Una cosa es que alguien desee realizar un ayuno y otra alguien que pasa hambre, esto es, por obligación. Véase infra p. 36, 37.)

sensaciones y pensamientos, pero sí, la capacidad de llegar a comprender hechos que involucran su existencia o lo que lo afectan.

El desarrollo infantil temprano hace referencia a la línea de la vida humana, empezamos como bebés y padecemos de total dependencia de terceros durante una parte de nuestra vida. Es el normal desarrollo del ser humano y se acompaña por la formación de deseos y emociones como el amor, el dolor y el miedo. En el desarrollo infantil se configura parte de nuestra personalidad y se acumulan una serie de experiencias fundamentales para el desarrollo posterior y la adquisición de nuevas capacidades sociales y cognitivas¹⁴. (Cf. Sarrias, 2016: p. 28)

La razón práctica es el siguiente aspecto que a juicio de la autora constituye la vida humana. Esto implica que todo ser humano en algún punto de su existencia desea planificar y dirigir su propia vida desarrollando una jerarquía de valores que configuran una concepción del bien y de la vida. Esta implica la capacidad de idearse un plan de vida e intentar seguirlo haciendo uso de otras capacidades como las antes mencionadas.¹⁵ Luego la sociabilidad se constituye como una característica central de la persona humana. Todo ser humano tiene la capacidad de relacionarse con otros seres humanos y de desarrollar sentimientos de preocupación por otros seres humanos. Esto implica, que nos definimos por lo menos por dos clases de afiliación: en las relaciones familiares que involucran una esfera íntima, las relaciones sociales y las relaciones cívicas con las cuales establecemos las relaciones interpersonales. (Cf. Sarrias, 2016: p. 28)

Nussbaum expresa que, la capacidad que tiene el hombre para relacionarse hace de la vida una vida con dignidad, pues, vivimos para los demás y con ellos. La filósofa considera que todo ser humano tiene la capacidad de establecer vínculos afectivos con otros seres vivientes y con la naturaleza; la capacidad que tiene el hombre de reconocer su dependencia por el otro, por otras especies y por la naturaleza, comprendiendo así sus limitaciones y responsabilidades.

¹⁴ El eje problémico aquí sería, en un caso dado, cuando no puedan desarrollarse correctamente estas emociones, pensamientos y sentimientos desde la edad temprana.

¹⁵ Estos son los antecedentes de la lista de diez capacidades configurada a partir de un esencialismo empírico-histórico. Pueden considerarse el inicio del enfoque de las capacidades como propuesta.

Para la autora, el recreo, la risa, el ocio y el juego hacen parte de la constitución de la cultura de una sociedad y de la construcción de una vida humana adecuada. Esto ayuda a realizar un reconocimiento propio y ajeno.

El primer nivel de la lista propuesta inicialmente por la autora finaliza con la separación de cada individuo como único, irrepetible, y ocupando un lugar singular que no es ocupado nunca en simultáneo por alguien más. Aquí partimos de la pluralidad y de la interculturalidad – por eso la autora propone una justicia social global- Nos encontramos ante la presencia de seres humanos diversos; no tenemos problemas para identificar su singularidad constituida por el lugar que ocupan en el mundo, su contexto, su historia, experiencias y lazos que, sin importar el grado y la extensión, son comunes como experiencia de cada ser humano. Implica, además, alguna forma de individualidad que le permite distinguirse de los demás y configurar un espacio e historia propias validas en sí.

Esta lista constituye entonces, el primer nivel de entendimiento de la forma de vida humana marcada por sus límites y sus capacidades. Constituye además y no menos importante el mínimo básico para la garantía de una vida humana buena. (una vida con dignidad). Esta lista brinda los fundamentos de principios políticos básicos que pueden encararse efectivamente con garantías constitucionales, esto sin importar los propósitos o proyectos de cada individuo, puesto que las capacidades desempeñan un papel análogo al de los bienes primarios de la teoría política de Rawls. (Cf. Nussbaum, 2002; p:116)

Seguidamente al establecimiento inicial de una lista abierta- al estilo del consenso entrecruzado- debe hablarse de los umbrales básicos que constituyen la capacidad para funcionar que una persona requiere. Ese umbral, sería el límite último para determinar cuándo estamos ante una vida humana verdadera y cuándo existe confusión sobre la misma. La lista nos brinda una base para determinar un mínimo social *respectable* en distintas áreas. La autora sostiene que la estructura de las instituciones sociales y políticas debe elegirse, por lo menos en parte, promocionando el nivel mínimo de capacidades humanas. La pretensión de la autora es presentar una versión de la teoría a partir de la concepción moral elegida solamente para objetivos políticos.

El pluralismo razonable es fundamental para la determinación del umbral mínimo de capacidad, pues esto encontrará como resultado la implementación de políticas públicas que coadyuven a que los individuos logren alcanzar una vida humana digna.

Estableciendo el segundo nivel de la teoría, la autora configura una nueva lista (más incluyente) después de haber trabajado los aspectos generales de la vida humana para configurar las capacidades que se deben promover dentro de una comunidad política promocionando el bienestar y la dignidad humana de sus co-asociados. Se habla entonces del segundo umbral que se elabora a partir de la capacidad para funcionar que desde la autora se debe establecer en las bases de la planificación pública en beneficio de las personas. Ese nuevo umbral y esa nueva lista se configura como capacidades funcionales básicas de toda persona humana (aquí nace el concepto de capacidades básicas).

La dignidad humana es una noción fundamental para Martha C. Nussbaum, puesto que este es el principio que debe garantizársele a los individuos en los Estados, ya sea a través de una carta política o a través de políticas públicas que perduren por encima de la gobernabilidad.

Recapitulando, en primera medida la autora caracteriza los elementos que constituyen una vida humana a partir de un esencialismo, seguidamente, en un segundo nivel, surgen las capacidades básicas para garantizar un umbral mínimo para el funcionamiento humano.

En este punto es necesario diferenciar a la dignidad humana como elemento central de la teoría de las capacidades con el elemento de la satisfacción. A este respecto, la autora en *Las fronteras de la justicia: Consideraciones sobre la exclusión (2016)*, arguye lo siguiente:

Pensemos en los debates sobre la educación para personas con discapacidades cognitivas graves. Desde luego, parece posible generar satisfacción para muchas de estas personas sin necesidad de un desarrollo educativo. Los casos judiciales que abrieron las puertas de las escuelas públicas a esos alumnos y alumnas (sic) esgrimieron, en diversas sentencias clave, el concepto de dignidad: no tratamos a un niño con síndrome de Down de manera acorde con su dignidad si no desarrollamos las facultades mentales de ese pequeño por medio de una educación adecuada. (p.50).

Quiere decir la autora que desde el énfasis de la dignidad humana – y no desde la satisfacción- debe desprenderse la elección de políticas que protejan y apoyen la *agencia*, es decir la capacidad de acción del individuo, en lugar de otras que infantilicen a las personas y las traten como receptoras pasivas de prestaciones.

La noción de dignidad humana en Martha Nussbaum se encuentra estrechamente relacionada con la idea de conación (striving) activa, significando que es aquella parte del ser humano que se refiere a sus anhelos, esfuerzos, motivaciones y deseos. Relacionándose del mismo modo con la noción de capacidad básica. – algo inherente a la persona y que exige ser desarrollado- (Cf. Nussbaum, 2017; p:51)

Las condiciones de carácter político, social, familiar y económico que rodean a una persona pueden impedir que los seres humanos funcionen conforme a una capacidad ya desarrollada partiendo de la conceptualización de capacidades internas y capacidades combinadas, las mismas que se desarrollarán en el siguiente capítulo.

Capítulo II

El enfoque de las capacidades

Historia del enfoque

El enfoque de las capacidades de Martha C. Nussbaum, desarrollado principalmente en el libro *Crear capacidades: propuesta para el desarrollo humano* (2017), presenta como eje central a la dignidad humana, garante de la calidad de vida de las personas a través de procedimientos políticos que garantizan como resultado a la justicia social. Las evaluaciones de esos procedimientos políticos se establecen como buenos en la medida en que estos promuevan el resultado final-la justicia en el marco de una vida digna-. A lo largo de la historia las teorías para el desarrollo humano estaban directamente conectadas con el PIB per cápita de cada país. Un método aparentemente eficaz para medir la calidad de vida de las personas y que no podía ser modificado por los propios países o sus dirigentes a su “amaño”. (Cfr. Nussbaum, 2016; p. 161).

Autores contemporáneos como Amartya Sen han establecido comparativos entre países, como lo son China e India, en donde el primero presenta un crecimiento sólido y considerable del Producto Interno Bruto (PIB) y el segundo se ha reconocido por tener índices bajos. Sin embargo, el reconocimiento de las libertades políticas y de la democracia tiene más protagonismo en India que en China, en donde el índice es inferior en cuanto a la calidad de vida de las personas. Por otro lado, Estados Unidos es el primer país con indicadores de PIB importantes, que representan un aumento positivo en la economía. No obstante, cuando se evalúan la educación y la salubridad pública como capacidades concretas y estándares de medición, EE. UU se encuentra en el décimo segundo lugar. (Cfr. Nussbaum 2017; p. 68).

Una mirada desde el Índice para el Desarrollo Humano (IDH) creado por el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PUND) con el propósito de identificar las oportunidades y medir el progreso conseguido en un país en tres dimensiones básicas del desarrollo humano: *disfrutar de una vida larga y saludable, acceso a la educación y nivel de vida digno*. (PUND, Informe Nacional de Desarrollo Humano 2015-2016) Permite observar la dinámica de la calidad de vida de las personas desde un enfoque de capacidades concretas y no meramente desde lo económico, lo que genera como resultado que no en todos los contextos

los países con un PIB alto o en aumento tienen una calidad de vida garantizada para sus habitantes.

Como se mencionó anteriormente y ahondando más en la temática, el desarrollo humano de los países se mide a través del Producto interno bruto -PIB per cápita-. El crecimiento económico de las naciones es lo que determina este. La satisfacción de los individuos, de los colectivos, y de la humanidad es evaluada a partir de cifras positivas y negativas respecto del crecimiento económico de cada país. El enfoque de las capacidades es una propuesta a partir de un enfoque cualitativo, en donde la garantía de una lista de capacidades se convierte en un requisito mínimo para la consecución de los derechos básicos en cada uno de los Estados, para la vida digna y la obtención de un resultado, como lo es la justicia social. Las capacidades humanas, desde este enfoque son, la base de los principios políticos fundamentales. La clasificación de las naciones se da a partir de su producto interno bruto, ya sea en naciones desarrolladas o en vía de desarrollo, sin embargo, para estos efectos Nussbaum (2007) en *las fronteras de la justicia: consideraciones sobre la excusión*, menciona lo siguiente:

Todas las naciones, pues, son países en vías de desarrollo, ya que contienen problemas de desarrollo humano y luchas personales por alcanzar una calidad de vida plenamente adecuada y un mínimo de justicia social. (p.33).

Las Naciones en vía de desarrollo son más susceptibles a presentar problemas de desigualdad y democracia, pero, realizando una medición desde la calidad de vida y no solamente desde de lo económico. Es decir, tomando en cuenta los enfoques cualitativos para el desarrollo humano y no sólo la medición de carácter cuantitativo puede indagarse sobre la forma en que los seres humanos pueden llegar a obtener una vida merecedora de ser vivida con unos estándares de dignidad humana.

El enfoque de las capacidades humanas es el sustento filosófico para una visión de la principalística¹⁶ constitucional básica como propuesta de la filósofa contemporánea Marta C.

¹⁶ La principalística constitucional es un concepto técnico para el derecho abordado sobre todo en la hermenéutica jurídica. Esto se menciona aquí, como veremos más adelante, debido a que la constitución política de 1991 está escrita en una narrativa de principios y valores abstractos que requieren de una interpretación por parte del Tribunal constitucional. En los denominados Estados constitucionales hace presencia un orden jurídico estructurado a partir de una norma de normas denominada Constitución, que ejerce básicamente tres funciones: limitar el ejercicio del poder (función legitimadora), consagrar los presupuestos éticos mínimos definidos por una sociedad a través de los principios morales y los valores hacia los cuales se debe dirigir la actividad del Estado

Nussbaum para su implementación por los Estados en general. Este debe entenderse como la estructuración de los requisitos mínimos sociales que garantizan el respeto por la dignidad humana y por tanto que generan un resultado: la justicia. La calidad de vida es el logro para obtener, y los Estados deben brindar las herramientas para que cada persona logre vivir una vida con dignidad.

Este enfoque fue trabajado primigeniamente por el filósofo y economista Amartya Sen. Sen denomina a las capacidades libertades sustantivas, y a partir de aquí Nussbaum empieza a construir una propuesta alejada de las mediciones que realizan los países sobre el desarrollo humano basado en el PIB per cápita – como ya se introdujo anteriormente- y muy distante de las luchas de los grupos poblacionales que viven en extrema pobreza.

Martha Nussbaum, en su obra *Crear capacidades: propuesta para el desarrollo humano* (2012) intenta compilar las ideas que componen el enfoque de las capacidades; más que realizar una justificación teórica lo que pretende es exponer las influencias de su propuesta, y sobre todo diferenciarla. Puesto que la autora se aleja de las teorías de los derechos fundamentales, los derechos humanos y del concepto de desarrollo humano. Si bien los tiene como referente y como el estado actual de las cosas, la autora considera como sujetos de justicia a los seres vivientes en general y no solamente al humano.

En la obra *La calidad de vida* (1993) Martha Nussbaum y Amartya Sen compilan una serie de ensayos sobre la calidad de vida, con el objetivo de replantear el concepto de desarrollo. Puede decirse que este es el primer intento de reestructurar la concepción de desarrollo humano, de la mano de filósofos, economistas, médicos, y sociólogos. Lo curioso del caso es que, en su mayoría, quienes intervienen con sus estudios académicos para este trabajo son originarios de países desarrollados, a excepción claro está del propio Amartya Sen.

En el capítulo II de esta obra, se encuentra un artículo escrito por Sen, titulado *Capacidad y bienestar*, en donde el autor inicia conceptualizando lo que es la capacidad,

El término no es muy favorecido históricamente, Capability [Capacidad], que encarecía determinadas parcelas de tierra -no seres humanos- sobre la base firme de que eran bienes raíces que "tenían capacidades". (1993; p. 54).

(función axiológica) y fijar parámetros de validez de las restantes normas del ordenamiento (función jurídica). (Estrada, 2001, p. 43)

Posteriormente el autor indagó respecto de un enfoque particular de bienestar, y al plantearlo no reconocía aún que el concepto de capacidad había sido mencionado por Aristóteles como «dynamis», o traducido también como facultad¹⁷. Allí hace la referencia directa a Martha Nussbaum, cuando resalta su trabajo de estudio sobre la perspectiva aristotélica y sus aportes para la construcción del *enfoque de las capacidades* partiendo de una crítica al utilitarismo.

Martha Nussbaum, en su crítica al enfoque propuesto por Amartya Sen, menciona lo siguiente:

Me parece, entonces, que Sen debe ser más radical de lo que ha sido hasta ahora en su crítica a las explicaciones utilitaristas del bienestar, mediante la introducción de una explicación objetiva y normativa del funcionamiento humano y mediante la descripción de un procedimiento de evaluación objetiva por el cual se puedan valorar los funcionamientos por su contribución a la buena vida humana. (Nussbaum, 2017, p. 39)

La autora debido a sus bases teóricas establece los requisitos de medición de las capacidades y los funcionamientos¹⁸ desde una órbita objetiva que deriva del profundo análisis de la naturaleza humana, y es en este punto donde se evidencia el esencialismo fundado históricamente característico del enfoque de las capacidades y un normativismo propuesto para la garantía de la dignidad humana.

Crear capacidades

El enfoque de las capacidades en Martha Nussbaum es la propuesta de filosofía política y moral para el desarrollo humano, alternativa, desde un esencialismo empírico fundado históricamente¹⁹, es decir de manera intuitiva hacer partícipe e implicar al sujeto en la evaluación y valoración de la calidad de vida partiendo por supuesto de la dignidad humana.

¹⁷ Esto se expresó con anterioridad, en el primer capítulo de este trabajo. p. 9.

¹⁸ Conceptos que serán explicados a profundidad en el punto 2.2 del segundo capítulo.

¹⁹ Martha Nussbaum Configura la visión esencialista de las capacidades humanas, asumiendo que la vida humana tiene ciertos rasgos centrales definitorios. (Nussbaum, 2012; p. 205)

El enfoque de las capacidades humanas pretender ofrecer una concepción normativa no sólo presentando un modo de vivir, sino dando lugar al pluralismo y a la libertad de las distintas formas de vida que pueden ser vividas por el hombre y en armonía con los demás seres vivos.

El enfoque de las capacidades propone un catálogo de capacidades mínimas que logran dirigir los derechos y principios constitucionales básicos. De esta manera se garantiza la dignidad humana, generando una calidad de vida y obteniendo un resultado: la justicia social. Para estos efectos Martha C. Nussbaum presenta las capacidades como la base de los derechos humanos y de los derechos fundamentales de los Estados.

La versión más reciente se encuentra en la obra de Martha Nussbaum, llamada *Crear capacidades: Propuesta para el desarrollo humano* (2012) y establece la siguiente lista con base en los aspectos generales de la vida humana. La cita es un poco extensa, pero es completamente necesaria para comprender el *enfoque de las capacidades*.

- 1) **Vida:** Poder vivir hasta el término de una vida humana de una duración normal; no morir de forma prematura o antes de que la propia vida se vea tan reducida que no merezca la pena vivirla (Mortalidad)
- 2) **Salud física:** Poder mantener una buena salud, incluida la salud reproductiva; recibir una alimentación adecuada; disponer de un lugar apropiado para vivir (corporalidad).
- 3) **Integridad física:** Poder desplazarse libremente de un lugar a otro; estar protegidos de los ataques violentos, incluidas las agresiones sexuales y la violencia doméstica; disponer de oportunidades para la satisfacción sexual y para la elección en cuestiones reproductivas. (placer y dolor).
- 4) **Sentidos, imaginación y pensamiento:** Poder utilizar los sentidos, la imaginación, el pensamiento y el razonamiento, y hacerlo de un modo “verdaderamente humano”, un modo formado y cultivado por una educación adecuada que incluya (aunque ni mucho menos esté limitada a) la alfabetización y la formación matemática y científica básica. Poder usar la imaginación y el pensamiento para la experimentación y la producción de obras y actos religiosos, literarios, musicales o de índole parecida, según la propia elección. Poder usar la propia mente en condiciones protegidas por las garantías de la libertad de expresión política y artística, y por la libertad de práctica religiosa. Poder disfrutar de experiencias placenteras y evitar el dolor no beneficioso. (cognición)
- 5) **Emociones:** Poder sentir apego por cosas y personas externas a nosotras y nosotros mismos; poder amar a quienes nos aman y se preocupan por nosotros, y sentir duelo por su ausencia; en general, poder amar, apenarse, sentir añoranza, gratitud e indignación justificada. Que no se malogre nuestro desarrollo emocional por culpa del miedo y la ansiedad. (Defender esta capacidad significa defender, a su vez, ciertas formas de asociación humana que pueden demostrarse cruciales en el desarrollo de aquella). (emociones).

- 6) **Razón práctica:** Poder formarse una concepción del bien y reflexionar críticamente acerca de la planificación de la propia vida. (Esta capacidad entraña la protección de la libertad de conciencia y de observancia religiosa) (Razón práctica).
- 7) **Afiliación:** Poder vivir con y para los demás, reconocer y mostrar interés por otros seres humanos, participar en formas diversas de interacción social; ser capaces de imaginar la situación de otro u otra (Proteger esta capacidad implica proteger instituciones que constituyen y nutren tales formas de afiliación, así como proteger la libertad de reunión y de expresión política). b) Disponer de las bases sociales necesarias para que no sintamos humillación y sí respeto por nosotros mismos; que se nos trate como seres dignos de igual valía que los demás. Esto supone introducir disposiciones que combatan la discriminación por razón de raza, sexo, orientación sexual, etnia, casta, religión u origen nacional. (sociabilidad)
- 8) **Otras especies:** Poder vivir una relación próxima y respetuosa con los animales, las plantas y el mundo natural. (otras especies y naturaleza).
- 9) **Juego:** Poder reír, jugar y disfrutar de actividades recreativas. (al humor y al juego).
- 10) **Control sobre el propio entorno:** a) *Político.* Poder participar de forma efectiva en las decisiones políticas que gobiernan nuestra vida; tener derecho a la participación política y a la protección de la libertad de expresión y de asociación. b) *Material.* Poder poseer propiedades (tanto muebles como inmuebles) y ostentar derechos de propiedad en igualdad de condiciones con las demás personas; tener derecho a buscar trabajo en un plano de igualdad con los demás; estar protegidos legalmente frente a registros y detenciones que no cuenten con la debida autorización judicial. En el entorno laboral, ser capaces de trabajar como seres humanos, ejerciendo la razón práctica y manteniendo relaciones valiosas y positivas de reconocimiento mutuo con otros trabajadores y trabajadoras (a la individualidad) (Nussbaum, 2017, p. 53).

El enfoque de las capacidades en su forma actual no aborda la problemática únicamente desde las rupturas de la justicia, sino que además centra las nociones de la dignidad humana y de una vida merecedora de tal, dejando que sea el punto de partida para la lista de capacidades y el umbral de evaluación mínimo.

Como se ha mencionado en líneas anteriores, el concepto de dignidad se presenta desde Nussbaum a partir de la extensión conceptual de la naturaleza humana, que contiene una dualidad entre lo racional y lo animal. Por esto la libertad es el sustento mínimo para garantizar la dignidad. Veamos el siguiente apartado de la autora respecto de grupos poblacionales específicos, su concepción política y las clases de dignidad:

Creo, en consecuencia, que necesitamos hurgar más profundamente, rediseñando la concepción política de la persona, llevando a una relación más estrecha a lo animal y lo

racional, y reconociendo que hay muchas clases de dignidad en el mundo, incluidas la dignidad de los niños y adultos mentalmente discapacitados, la dignidad de los ancianos con demencia senil y la dignidad de los niños en edad de lactancia. (Nussbaum, 2001, pp. 59-101)

Este concepto de dignidad humana incluyendo la calidad de vida en Nussbaum, nace en la concepción de *capacidades*, siendo estructurada por la autora desde la idea de las *potencialidades* -concepto que se abordará posteriormente. Pues nuestras capacidades son nuestras potencialidades, para el bienestar, la libertad y la igualdad. La autora desde el fundamento aristotélico – mencionado en el rastreo histórico- combina tanto la capacidad como el funcionamiento expresando que

Es posible considerar la vida que lleva una persona como una combinación de varios quehaceres y seres, a los que genéricamente se les puede llamar funcionamientos. Estos varían desde aspectos tan elementales como el estar bien nutrido y libre de enfermedades, hasta quehaceres y seres más complejos, como el respeto propio, la preservación de la dignidad humana, tomar parte en la vida de la comunidad y otros. (Nussbaum, 1996, p.48).

De aquí se puede establecer que inicialmente la capacidad de una persona se refiere a las combinaciones alternativas de funcionamientos, entre las cuales – las combinaciones- cada persona puede elegir la que tendrá, es decir, la capacidad de una persona corresponde a la libertad que tiene para elegir su clase de vida. (Nussbaum, 1996, p.3).

Los funcionamientos se consideran centrales en la naturaleza del bienestar, presentando así las fuentes externas del bienestar del individuo – lo que implica en el actuar de y con otros, y en las condiciones que puedan brindar los Estados para ejercer tales potencialidades- Es decir, el bienestar de una persona comprende del mismo modo la preocupación por otros, “los seres humanos están unidos por muchos lazos: por lazos de amor y de compasión tanto como por los lazos de beneficio, por el amor a la justicia tanto como por la necesidad de justicia (Nussbaum, 2016, p.161). Este efecto de preocupación por los demás lleva consigo una satisfacción para el bienestar propio, pues hacer el bien implica que una persona se pueda sentir realizada.

El bienestar de la persona individual merece un análisis evaluativo en cuanto a los elementos constitutivos para su bienestar personal a partir de los funcionamientos. El funcionamiento fue desarrollado tanto por Nussbaum como por Amartya Sen. Lo que un

individuo es capaz de ser y de hacer a partir de las oportunidades que se le brinden. La libertad, de este modo, quedaría en función de las capacidades que podemos poner en funcionamiento, es decir, de aquello que somos capaces de hacer y ser. Esta es la idea fundamental del *enfoque de las capacidades* y la que pone en relación el “desarrollo humano” con la idea aristotélica de “florecimiento humano” (Nussbaum, 2007, p. 366).

Ahora bien, ya introducido el concepto de florecimiento humano, ahondemos un poco más para llegar a dilucidar y relacionar este con el *enfoque de las capacidades*, la calidad de vida y el bienestar.

El florecimiento de la vida humana se da a partir de los *funcionamientos* que el individuo elige, esto lo permiten las capacidades. Desde la característica teleológica del *florecimiento* se permite dar mayor *sustancia* al sentido y orientación de las capacidades que va más allá de la racionalidad o el elemento cognitivo de la elección.

La garantía de los derechos sociales, implican el reconocimiento de condiciones básicas desde la política, para la vida del ser humano, quedando incorporada la calidad de vida y el bienestar desde una visión del enfoque conectando el desarrollo de las personas y de los pueblos con el *florecimiento humano*²⁰, lo que sólo permiten, las capacidades. El resultado esperado de esta estructura es llegar a generar las condiciones para garantizar un mínimo de justicia social; sin embargo, el foco exclusivo por la justicia distributiva es el camino equivocado, puesto que se direcciona la vida de los individuos desde la consecución de los logros individuales, con una perspectiva que debe ser el vértice para la ponderación como lo es la dignidad humana, que el hombre viva una vida merecedora de su propia racionalidad y animalidad.

El asunto es, que todos estos postulados puedan realizarse a partir de una realidad social y política específica, y es el medio a través del cual se pueden organizar las naciones para otorgar unas condiciones mínimas a los individuos, logrando así el resultado esperado, la vida

²⁰Capacidad de transformar los distintos bienes en funcionamientos a partir del quehacer político. Concepto desarrollado por Nussbaum en su obra *Las fronteras de la justicia* (2016). El concepto de florecimiento es absolutamente evaluativo y ético; desde él no solo se sostiene que la frustración de ciertas tendencias es compatible con el propio florecimiento, sino que es incluso necesaria para que este se produzca. En esta cita Nussbaum sostiene que este es también el enfoque de Aristóteles. (Cfr. Nussbaum, 2016; p. 361).

buena, un bien-estar, la calidad de la vida, la dignidad humana como requisito mínimo, y la configuración de la estructura de una justicia social desde el *enfoque de las capacidades*.

La visión integral del ser humano comprendida en la lista de las capacidades anteriormente referida es el punto céntrico para determinar la noción de dignidad en Martha Nussbaum. En dicha lista se pretendía encontrar los aspectos generales de la vida humana como lo es el primer nivel para el umbral mínimo. Si se llega a medir la lista de capacidades con base en índices de bienestar sería en mayor medida posible estructurar una vida de calidad. Por ejemplo, una Persona en situación de Discapacidad puede tener la misma riqueza que una persona con movilidad normal, y sin embargo poseer una capacidad desigual de moverse. El uso de los ingresos y las riquezas como índices de medición de las posiciones sociales responde a una doctrina del contrato social-estudiada con anterioridad- y eso no permite la valoración de una pluralidad de fines, por ejemplo, un índice de posiciones relativas basado en una pluralidad de valores.

Quiere decir esto, que para la vida humana no puede consagrarse una lista cerrada²¹ sino que deberá para el reconocimiento estructural de la dignidad humana atender a las variaciones tanto como a la ductilidad de la realidad social. (Cfr. Nussbaum, 2016, p. 343).

Martha Nussbaum, habla entonces de un concepto amplio de dignidad humana, ya no solo desde la racionalidad. La escritora toma en cuenta una cosmovisión desde la interculturalidad, así como de un *consenso entrecruzado*²² que propone sea de carácter internacional, dotando el

²¹ Lista heterogénea propuesta por Rawls. (Rawls, 1971, p. 55). La mención de esta lista se realizó en *Las fronteras de la justicia* (2007) en donde Martha Nussbaum menciona que esta lista de bienes primarios y su marcado uso de los recursos (ingresos y riqueza) como índices del bienestar puede sustituirse por una lista de capacidades que podría usarse conjuntamente para medir la calidad de vida. Esto partiendo del inadecuado uso de los ingresos y de la riqueza como índices para la medición del bienestar de las personas con discapacidades. (Nussbaum, 2007, p.171)

²² La idea es que una concepción de lo político debe poder ser defendida desde varios puntos de vista filosóficos o ideológicos para hacerla estable, evitando que una idea de justicia sólo sea defendible desde un paquete ideológico cerrado. El propio Rawls, empero, sólo trató de argumentar que su concepción política podría ser defendida también por los utilitaristas. Martha Nussbaum plantea que el enfoque de las capacidades es una forma de liberalismo político y que este puede llegar a un consenso entrecruzado a partir de la comprensión de distintas teorías. Ejemplifica a partir de un consenso entrecruzado para los derechos de los animales y plantea que la estabilidad de la teoría tiene un problema específico y es, el ser humano. Todas esas teorías que pueden dotar de estabilidad política a los derechos de los animales parten de una concepción del hombre superior a la de las demás especies, entonces, encontrar esa estabilidad cuando aún se permite una libertad de acción y disposición sobre las otras especies es compleja. (Nussbaum, 1996; p. 383).

enfoque de las capacidades de una estabilidad política de carácter global. Así una concepción aceptable para todos puede mantenerse estable en el tiempo.

El abandono de la racionalidad, de la abstracción y el universalismo, y la acogida de una visión más particular expresa una forma de liberalismo político desde la teoría de la autora y del mismo modo a su fundamento neoaristotélico. Como su enfoque acoge los distintos modos de organización, existe una diversidad liberal y una multiplicidad de opciones para la implementación del enfoque basado en el umbral mínimo de capacidades -primer nivel-²³ adecuado, que indica el conocimiento de los aspectos de la vida humana desde la generalidad.

El enfoque de las capacidades, opera, como ya se ha expuesto con una lista específica de derechos básicos, esta, es la misma para todos los ciudadanos en general. El umbral mínimo para la consecución de los derechos, las garantías y las libertades, es otorgado por esta lista de capacidades. Por debajo de este umbral, no es posible la existencia de una vida humana y digna. Aunque el umbral puede variar, según el contexto de las naciones, siempre existirá un mínimo que es la base de los derechos políticos básicos, o en términos globales, de los derechos humanos. La teoría propuesta por Martha Nussbaum, parte de la idea política del ser humano, de su naturaleza humana y de su concepción ética²⁴ (Cfr. Nussbaum, 2017;p. 241).

La concepción ética desde la autora puede abordarse a partir de aquellos aspectos que coadyuvan a la identificación de lo que son capaces de hacer y de ser las personas. El primer

²³ El primer nivel del umbral consiste en la identificación de la forma de vida humana. Se constituye por diez elementos -desarrollados con anterioridad- los cuales son: mortalidad, la figura del cuerpo humano, la capacidad para sentir placer y dolor, una serie de facultades cognitivas tales como la percepción, la imaginación y el pensamiento, un desarrollo infantil temprano, razón práctica, capacidad para socializar con otros seres humanos así como capacidad y afinidad para con otras especies y la naturaleza, finalmente, la lista se cierra con la idea de que el ser humano tiene sentido del humor y es un ser lúdico (Nussbaum, 1992; p. 216)

²⁴Para la autora, la idea de ética se concibe a partir de la estructura evaluativa con base en los niveles de las capacidades. La teoría mantiene, pues, una noción ética y evaluativa de la humanidad y de las capacidades humanas básicas. Algunas cosas que los seres humanos pueden ser y hacer no figuran en la lista (la crueldad, por ejemplo). Por otro lado, es una lista abiertamente no metafísica, en la medida en que pretende servir de base para un *consenso entrecruzado* en una sociedad pluralista. Está diseñada para evitar conceptos que puedan pertenecer a una de las grandes concepciones metafísicas o epistemológicas del ser humano y no a otra, como el concepto de alma, de teleología natural o de verdad autoevidente. El enfoque parte de una idea altamente general de la realización humana y de sus posibilidades, no de una idea única como sucede en la teoría normativa de Aristóteles, y, por lo tanto, abre un espacio para diversas formas de realización. Así pues, la idea que hay detrás del uso de una lista única no es que haya una única forma de realización para el ser humano, sino más bien que un grupo de ciudadanos razonables puede estar de acuerdo en que esas capacidades son requisitos importantes para cualquier concepción razonable de la realización humana, a partir de una concepción política de la persona como un animal político, a la vez digno y necesitado; y, por lo tanto, que constituyen una buena base para definir los derechos políticos básicos en una sociedad justa. (Nussbaum, 1996; p.187).

nivel que trata de la identificación de una vida esencialmente humana y el segundo nivel que establece una lista de capacidades básicas para los funcionamientos, nos llevan a hablar de funcionamientos tanto como de las capacidades, para determinar su rango de evaluación. La identificación de una lista única no implica que sean sólo estas ideas las posibles a tener en cuenta, sino el establecimiento de una lista de derechos constitucionales -elegidos por consenso para su estabilidad política- que sirvan como fundamento para muchas formas de vida distintas y que, claro está, ideas políticas que estén acordes a la dignidad humana.

Los funcionamientos son los quehaceres y seres entendidos como actividades, estados de existencia y estados de ser, (Nussbaum, 1996; p.48). Para la vida de bienestar, el funcionamiento es el que permite que se logren acciones valiosas a través de la elección, esa elección es entendida como la capacidad. Por ejemplo, si se concibe al funcionamiento como una meta de política pública impide que muchos grupos sociales puedan ser incluidos, pues el funcionamiento tomado como único puede conducir a que los ciudadanos se comporten de una única manera y tengan las mismas potencialidades, cuando ya se ha visto que las necesidades son plurales.

En la siguiente cita, se ejemplifica el funcionamiento a partir de las decisiones de distintos tipos de individuo, así:

Una persona profundamente religiosa podrá preferir no estar bien alimentada sino dedicarse a un exigente ayuno. Sea por razones religiosas o por otras. Una persona podrá preferir una vida célibe a una que contenga expresión sexual. Una persona podrá preferir trabajar con una dedicación tan intensa que excluya la recreación y el juego (Nussbaum, 2002. p 131).

Una cosa es partir de la elección según las oportunidades brindadas, otra muy distinta es tener un camino único a seguir – como sería el caso de elevar la funcionalidad al rango universal-. No es lo mismo que un individuo decida someterse a un exigente ayuno, a otro que pasa hambre sin tener otra opción (aquí la funcionalidad sería la misma, es la misma función del cuerpo el que tiene alguien que realiza ayuno voluntariamente a quien pasa hambre involuntariamente). Sin embargo, quien decide someterse al ayuno, tiene otra opción: decidir no hacerlo, puede alimentarse cuando lo desee. Quien pasa por hambre no. Una cosa es la capacidad que tienen las personas para alimentarse, y que ambas cuenten con la misma oportunidad. Otra la funcionalidad que quieran darle, por ejemplo, alimentarse o no, siendo el

motivo el funcionamiento elegido y no la única opción de pasar hambre sin más elección. Si se establecen solo los funcionamientos y no las capacidades, se estaría sesgando la capacidad de elección de las personas, se impondría un único funcionamiento, en el caso presente, quien decida realizar el ayuno incentivando su elección por su religión, no podría ayunar de manera voluntaria, pues el funcionamiento único sería, alimentarse, sin excepción.

El enfoque de las capacidades en su versión actual tiene como centro dos de las diez capacidades que forman la parte arquitectónica de la teoría. La primera de ellas, *la razón práctica*, como un bien que abarca todas las demás funciones haciéndolas humanas más que animales y que del mismo modo se constituyen como una función central²⁵. Respecto del por qué impulsar más las capacidades -como objetivos políticos- y no los funcionamientos Martha Nussbaum en su obra *Las mujeres y el desarrollo humano* (2002) argumenta lo siguiente:

Es totalmente cierto que son los funcionamientos, y no simplemente las capacidades, los que tornan una vida en verdaderamente humana, en el sentido de que, si en una vida no hubiese funcionamiento de ningún tipo, difícilmente podríamos aplaudirla, independientemente de las oportunidades que contuviese. No obstante, para propósitos políticos es apropiado que vayamos tras las capacidades, y sólo tras ellas. (p.132).

Las capacidades como meta política surgen del mejor modo que el funcionamiento puesto que, yo tengo la capacidad, pero el funcionamiento de esta la elijo yo, es mi elección y no la del Estado o la de agentes externos. Por ello no debe generalizarse el funcionamiento, ya que el individuo es el que tomará la elección final. La gente debe tener opciones y sus acciones deben tener el mismo valor para constituir distintos tipos de funcionamiento.

El respeto por las elecciones de los coasociados implica respetar cada uno de los funcionamientos que surjan de su voluntad, es la autonomía la que garantiza la libertad y esta la que le da vida a la dignidad. La coacción puede surgir cuando el Estado generaliza los funcionamientos e indica que tales o cuales deben ser.

²⁵ En su obra, Martha Nussbaum habla tanto de funcionamiento como de capacidad. Si tomamos el funcionamiento mismo como meta de la política pública, impulsando a los ciudadanos a funcionar de una manera única y determinada, el liberal pluralista juzgaría con razón que estaríamos excluyendo muchas opciones que los ciudadanos pueden hacer de acuerdo con sus propias concepciones acerca del bien, violando así, tal vez, sus derechos. (Nussbaum, 2002; p.131).

Ahora bien, cuando hablamos de *capacidad, oportunidad y funcionamiento*, Nussbaum refiere su utilización a la capacidad de elección del individuo. Por ejemplo, hablando de la salud, una sociedad puede garantizar el acceso a esta y dar al mismo tiempo a los individuos la libertad para elegir el correspondiente funcionamiento. (Nussbaum, 2002; p.43). La capacidad se entiende como una libertad sustantiva, para la consecución de un conjunto de oportunidades (habitualmente interrelacionadas) para elegir y actuar. (Nussbaum, 2012; p. 40).

La *capacidad* es la libertad que tiene una persona para llevar determinado estilo de vida. Aquí la libertad abstracta del liberalismo se convierte en una libertad sustantiva, puesto que la capacidad es el reflejo de la libertad para alcanzar funcionamientos valiosos. Al respecto Amartya Sen argumenta lo siguiente:

Enfoca directamente la libertad como tal, más que en los medios para alcanzar la libertad. Identifica las alternativas reales que se nos ofrecen. En este sentido, puede entenderse como un reflejo de la libertad sustantiva. En la medida en que los funcionamientos son constitutivos del bien-estar, la capacidad representa la libertad de una persona para alcanzar el bien-estar (2010, p. 63).

Sen (1993) expresa que las capacidades son las diversas combinaciones de funcionamientos que (una persona) puede conseguir. Las capacidades se ven reflejadas en los funcionamientos que son su sentido, constituyendo los logros efectivos que una persona puede alcanzar y que se expresa en diversas actividades y estados.

Las capacidades según la variabilidad de la necesidad de recursos de los individuos, y la variabilidad de la capacidad para convertir esos recursos en funcionamientos, son un rasgo de la vida humana, sobre todo en el punto de la variación. Argumenta Nussbaum, por ejemplo: “Los niños necesitan más proteínas (un nutriente caro) que los adultos, por ejemplo, del mismo modo que las mujeres embarazadas o en periodo de lactancia tienen más necesidades nutritivas que las mujeres que no están embarazadas” (Nussbaum, 2016; p.171).

Aquí se evidencia la variabilidad de la necesidad de los recursos con base en los individuos, la misma variabilidad que lleva a que los recursos se conviertan en funcionamientos. Los parámetros de la vida digna se identifican con la capacidad de poder

funcionar. Un mínimo de capacidades debe tener en correlación un conjunto de funcionamientos para así definir una buena vida humana con sus diversas formas de vida.

La προαίρεσις (elección) es un elemento de la diversidad de las formas de vida, de organización y para el reconocimiento de la capacidad a partir de los funcionamientos, pues amplía el espectro de consideración de la visión liberal, aristotélica y cosmopolita de Martha Nussbaum. (Nussbaum, 1996; p. 198).

Todas las capacidades se presentan como derechos políticos fundamentales de los ciudadanos y todas estas son necesarias para una vida humana digna. Ahora, en las constituciones políticas de los Estados, no se hace una mención específica de la protección a las capacidades en cuanto a su conceptualización directa. Tampoco existe entonces, una determinación de cuáles son las capacidades buenas, cuales las malas y cuales las triviales. Por ejemplo, la autora menciona que, “Debe haber una evaluación previa que establezca cuáles son buenas, y entre las buenas, cuáles son las básicas, las que están más claramente implicadas en la definición de condiciones mínimas de una vida humana digna.” (Nussbaum, 1996; p. 173).

Sin embargo, ponderar las capacidades con base a la dignidad humana es difícil, pues se estarían excluyendo *per se* las elecciones voluntarias de los individuos. Empero, el enfoque es la propuesta de una nueva estructura para la comparación y la ordenación de logros en la materia de desarrollo. Cualquier capacidad puede servir de criterio estándar de medición.

Siguiendo esta línea, las capacidades malas deberán ser reprimidas por la norma jurídica, por ejemplo, la capacidad que tienen los individuos de discriminar a otros por razón de su raza, sexo u orientación sexual. Deben entonces ser protegidas las capacidades importantes como la capacidad de votar y excluidas aquellas que resulten triviales y de poca importancia para la vida política, como la capacidad de conducir una motocicleta sin casco, aquí es donde la constitución política de un Estado deberá evidenciarse justa.

Para el derecho constitucional es importante la lista de diez capacidades centrales, como mínimo de una justicia social básica para la garantía de una vida humanamente digna. La libertad y la igualdad hacen parte de una perspectiva con la cual se observan las capacidades, y pueden servir también para definir las mismas.

Hablando de libertad, Martha Nussbaum considera que no debe ser el único criterio para crear una lista de capacidades en cada uno de los Estados. La libertad no es absoluta ni universal. Al respecto argumenta Nussbaum lo siguiente:

La libertad de las personas ricas para efectuar generosas donaciones a las campañas electorales puede socavar la igualdad al derecho al voto de todas las personas. La libertad de la industria para contaminar el medio ambiente empobrece la libertad de los ciudadanos y las ciudadanas para disfrutar de un entorno no contaminado. (2017, p. 93).

Por lo anterior es que no se pueden limitar las capacidades a la libertad, pues esta implica también una noción de restricción. Por ejemplo, la persona X es libre de realizar la acción Y hasta que comiencen las libertades de otras personas, allí inicia una restricción de, mi libertad termina cuando inicia la libertad del otro. (Nussbaum, 2017, p. 93).

Al igual que las capacidades, existen las libertades buenas, malas y triviales, y es por ello por lo que los Estados deberán generar las vías para determinar las que son verdaderamente importantes. Esto se logra a partir de la identificación de la justicia social a la altura de lo que es, *la dignidad humana*.

La vida buena, se establece desde el cumplimiento de unos mínimos requisitos consagrados en la lista de capacidades que ha establecido la autora desde una heterogeneidad abierta. La justicia social se logra a partir de la estructuración del nivel umbral mínimo que establece Nussbaum en los niveles I y II de su teoría – explicados anteriormente-.

Argumenta la autora que las capacidades de *razón práctica* y *afiliación* son las principales, de las cuales se derivan y garantizan las demás. Pues cuando las otras están presentes con la dignidad humana, esas dos forman parte de la estructura arquitectónica de la lista de capacidades. Dice la autora,

Si las personas están bien alimentadas, pero no facultadas para ejercer la razón práctica ni para ejercer planes sobre su salud y su nutrición, la situación no es plenamente acorde con la dignidad humana: se las está cuidando como se cuida a los bebés y de los niños de muy corta edad. Una buena política en el ámbito de cada una de las capacidades es aquella que respeta la razón práctica del individuo; esta no es más que otra forma de insistir en la importancia central de la elección dentro de la noción general de la capacidad entendida como libertad. (Nussbaum, 2017; p. 59).

Existe entonces una conexión entre *capacidad* y *libertad*, pues la capacidad es la oportunidad que se le brinda al individuo para seleccionar determinada cosa, situación, lugar, forma, entre otras, y la libertad es la elección plena, es decir la capacidad de elección.

Cuando Nussbaum fija la lista de capacidades, se fija en un diálogo intercultural, es decir, contrastando comunidades culturales diferentes, basándose en un pluralismo, sin embargo, esta lista propuesta por la autora es abierta, quiere decir que en cualquier momento puede realizarse su revisión - y de manera periódica si se quiere- a partir de un consenso entrecruzado.

La libertad de llevar diferentes tipos de vida se puede reflejar en las capacidades. Argumenta la autora sobre las capacidades lo siguiente:

Las capacidades no son simples habilidades residentes en el interior de una persona, sino que incluyen también las libertades o las oportunidades creadas por la combinación entre esas facultades personales y el entorno político, social y económico (Nussbaum, 2017, p. 40).

Una diferenciación importante que menciona la autora es la noción que construye de capacidades internas y capacidades combinadas. Las primeras son las que se estructuran con ayuda de agentes externos al individuo, es decir, con ayuda de la educación, una capacidad interna puede ser la comprensión lectora, puede que el individuo tenga la capacidad básica, pero solo con la alfabetización (educación) podrá construirla como capacidad interna.

Ahora bien, las capacidades combinadas son la suma de las capacidades internas, adicional a las condiciones sociales, económicas, políticas, culturales, o sea en lo que estas capacidades se pueden convertir si las personas así lo desean (funcionamiento). Se puede traducir en realizaciones o deseos. No se pueden construir las capacidades combinadas sin estructurar primero las capacidades internas.

Primero debemos darle al individuo las oportunidades para constituir sus capacidades internas, por ejemplo, con ayuda de la educación, y a partir de allí, se podrán estructurar las capacidades combinadas que vienen siendo el deseo, las realizaciones o las aspiraciones del individuo. La forma o la lista de aspiraciones surgen de las capacidades internas que el Estado haya ayudado a construir.

La vida de calidad, es decir una vida humana digna debe tener el sustento institucional, jurídico y político para su realización. Que cada uno de los ciudadanos y ciudadanas participen y actúen como interlocutores sobre el contenido de estas ideas. Por ejemplo, el sustento de las diez capacidades como estructura fundante de una vida digna y con calidad podría encontrar un significado en el individuo y sobre los distintos modos de vida, primero los que son de carácter negativo desde la coacción, los que implican que el ser humano lleve determinada forma de vida por obligación, estos no están a la altura propia del hombre digno y merecedor.

Proteger estas capacidades como derechos básicos se convierte en un requisito esencial para que una vida esté realmente dotada de dignidad.

En una sociedad pluralista es posible que este modelo de diez derechos pueda sostenerse como principios o metas políticas. Observando la perspectiva desde la cual el individuo puede hacer sus elecciones, se trae a colación el aspecto de las preferencias y de los deseos como punto de partida para direccionar las capacidades.

El tema de las preferencias²⁶ implica un aspecto principal de deseo; el utilitarismo tomó muy en cuenta esto y es lo que evidencia Nussbaum en su teoría, pese a que no sea el enfoque adecuado o más efectivo -aísla el utilitarismo como doctrina imperante-, quiere relucir la idea de que desde esta teoría se tiene muy en cuenta al humano y también a sus *deseos*. A contrario sensu desde una postura kantiana el deseo es lo que nos acerca a la animalidad, y como consecuencia la inteligencia no tiene cabida. Para Nussbaum el deseo es un elemento interpretativo que permite observar la inteligencia de la personalidad. Se presenta una información acerca del bien, a partir de los deseos. Y en definitiva los deseos informados son los más adecuados. Por eso el deseo, es parte de la estabilidad del enfoque, o sea, ayuda a la justificación política del mismo, a observar las capacidades desde una perspectiva política para la calidad de vida de un ser humano. (Nussbaum, 2007; p. 297).

Desde la vida pública, y siendo la dignidad humana parte de la ética pública, el deseo hace parte de un elemento de análisis para valores como: la libertad, la igualdad, la solidaridad y la seguridad de las capacidades. Pues la realización de la vida humana digna sólo se da en la

²⁶ Una preferencia es precisamente algo que se toma para ser revelado por la acción que de hecho se elige. Se puede comparar también con los deseos. Algunos filósofos contemporáneos argumentaron que el concepto de intención es irreducible al de creencia/deseo/emoción y, a la vez, una parte esencial de la explicación de la acción. (Nussbaum, 2002; p.173).

vida pública y es el individuo desde su interacción con otros quien logra definir una cantidad de preferencias, en este caso adaptativas²⁷. Cuando son adaptativas se presenta una dificultad, pues la adaptación es difícil de eliminar del contexto de una sociedad, pues existen adaptaciones negativas. Por ejemplo, cuando a una mujer le dicen desde su niñez que ha nacido para servirle a los hombres, y para depender de ellos ¿cómo explicarle que puede tener distintas opciones? Sus preferencias surgen a partir de la vida que ya es conocida para ella, del mismo modo sus deseos. Pero qué ocurre cuando la información para la toma de decisiones y para escoger sus preferencias es completa, es decir, se le advierte sobre la posibilidad de tener diversos caminos y diversas oportunidades, entonces verdaderamente el deseo podría ser un punto de partida para la toma de decisiones con consciencia y con la información complementaria para poder ejercer la ciudadanía desde un aspecto de deliberación democrática. Para el orden constitucional contemporáneo, la deliberación democrática que surge de Aristóteles juega un papel relevante si de ponderación se trata. Pues a partir del neoconstitucionalismo podemos establecer estructuras que garantizan los derechos a través de un ejercicio evaluativo de las libertades. Esta posición se aleja del llamado neoliberalismo que detiene a los derechos humanos a partir de las excepcionalidades basadas netamente en la economía.

La calidad de vida, desde la perspectiva de la dignidad humana, los deseos, las elecciones, las preferencias, la autonomía, la libertad, la igualdad, entre otras, nos llevan a un lugar en donde podríamos usar valores prudenciales como líneas que nos guían hacia la garantía de una lista de capacidades en el marco de una justicia social básica. La forma en la cual utilicemos estos elementos como puntos de referencia para realizar evaluaciones, deberá tener siempre la premisa de no excluir del todo las elecciones voluntarias que los ciudadanos puedan hacer para humillarse a sí mismos o para escoger relaciones que impliquen humillación en su vida personal, por más que consideremos desafortunadas tales elecciones. (Nussbaum, 2002; p.137).

²⁷ Noción trabajada por Amartya Sen. Aquí se trata el problema de la *adaptación*. Y no hace referencia solamente a la ausencia de información, sino al contexto y a la crianza de las personas. Si un individuo considera que no es útil acceder a la educación, entonces no accederá a ella, aunque tenga la oportunidad de hacerlo. Las personas ajustan sus preferencias a lo que piensan que pueden conseguir, y también a lo que su sociedad les dice que es una meta adecuada para alguien como ellos. Las mujeres y otras personas desfavorecidas muestran a menudo esta clase de “preferencias adaptativas”, formadas en el contexto de unas condiciones injustas. Esta clase de preferencias validan típicamente el *statu quo*. (Nussbaum M. C., 2016, pág. 85)

Quiere decir lo anterior que las capacidades como metas políticas siguen siendo el sentido principal y la garantía de los principios políticos fundamentales para reconocer y conservar la vida del hombre con dignidad y merecimiento, otorgando así un estar- bien. Y la prevalencia de la elección individual del ser humano a partir de sus necesidades e incertidumbres. El hombre entonces deberá vivir siempre en comunidad pues allí es donde se desarrolla y expresan sus necesidades. La característica para que esa colectividad sea a partir del bien común y de la calidad de vida es el reconocimiento y la protección de la dignidad humana con el papel activo y fundante de las instituciones estatales.

El respeto por la dignidad humana obliga a que los ciudadanos y las ciudadanas estén situados por encima de un umbral mínimo amplio (y específico) de capacidad en todas y cada una de las diez áreas mencionadas. No quiere decir esto que solo los nacionales de un país tienen derecho a las garantías de estas capacidades, al contrario, la autora mantiene su pensamiento de reconocer los derechos a los migrantes ya sea que hayan ingresado al país de manera regular o irregular²⁸. (cosmopolitismo propio de su pensamiento).

Aquí se realza el protagonismo institucional y se parte de que todos los ciudadanos y ciudadanas tienen el derecho a recibir la ayuda estatal para lograr superar el umbral mínimo de justicia social básica. A pesar de que cada Estado comparte un nacionalismo, no deben dejar de lado la axiología de los derechos humanos básicos. Para Nussbaum, “nuestra lealtad se debe a la comunidad mundial de seres humanos” (2013, p.93), es por tanto la evidencia del cosmopolitismo de la autora y su propuesta de una sociedad mundial.

Solo podríamos ser ciudadanos del mundo, si existiera una política mundial; esto no sería posible puesto que se estructuraría un gobierno mundial tiránico. Sin embargo, sí pueden establecerse valores a partir de un humanismo democrático, inculcarlo en las escuelas, los individuos no deberán ser por encima de sus naciones, ni por encima del universalismo.

Ser un ciudadano democrático es la única forma de conseguir una justicia mundial. Por encima del reconocimiento de pertenecer a una comunidad en particular, lo que otorga el

²⁸ Persona que ingresa al país sin los requisitos legales, es decir sin sellado de pasaporte o presentación de su cédula. Se tiene cuenta que estas personas ingresan por la trocha, sin embargo, al encontrarse en el país el Estado les ha brindado oportunidades de que regularicen su situación. En muchas ocasiones ingresan mujeres en estado de embarazo y/o con menores de edad, adultos mayores, en general población vulnerable y que requiere un mínimo de protección.

reconocimiento de una justicia social global, es el compromiso moral de realizar las conductas que se presentan correctas ya sea a nivel interno o global.

La comunidad internacional, desde la propuesta de Martha Nussbaum coincide con la postura humanista, es decir, esa consideración de los seres humanos y de su derecho a ser tratados como iguales según los principios del derecho y de la justicia. Uno de los objetivos de la educación moral es respetar las aspiraciones de justicia de todas las personas sin importar su nacionalidad.

La autora menciona que la soberanía es uno de los principios fundamentales para reconocer la existencia de los Estados, y que por tanto no debería aprobarse una intervención militar ni sanciones económicas en los casos en los cuales los Estados dejen de proteger y garantizar los derechos civiles y políticos a sus ciudadanos. Una excepción sería, por ejemplo, como lo expresa la autora en su libro, *Crear capacidades: propuesta para el desarrollo humano* (2012), el caso del Apartheid, donde la población estaba excluida en la práctica de toda participación en el Gobierno del país, entonces, allí donde no existe un Estado que pueda reclamarse poseedor de la más mínima legitimidad, el argumento moral en contra de la intervención pierde total vigencia, y de igual modo, la prudencia aconseja la no intervención. (Nussbaum, 2017, p. 147).

La ratificación de acuerdos internacionales dice Nussbaum, siempre tiene un poder de persuasión en los Estados, el acogerse a estos acuerdos con sus condiciones implica la vinculatoriedad, quiere decir que a partir del derecho interno los Estados deben dar cumplimiento. – debe ratificarse la norma internacional a través de una norma interna-. Empero, la legitimidad del derecho internacional queda supeditado a tal ratificación interna de los Estados; sin embargo, dice la autora que la presión de la comunidad internacional a partir de la voluntariedad de las sociedades globales hace hincapié al cumplimiento de directrices de carácter global.

Lo que interesa aquí es esa potestad que tienen los estados para obligarse con una comunidad internacional²⁹ respecto de las *capacidades* humanas centrales. Sin embargo, la

²⁹ El derecho internacional no tiene una base coactiva fuerte, más que la voluntad de los estados para acogerse a cierta normatividad. Pese a que no exista un marco coactivo fuerte, Colombia ha decidido sobreponer los derechos humanos universales sobre el derecho interno a la hora de reconocer los derechos mínimos de los ciudadanos

autora, no brinda una propuesta sólida al tema de la gobernanza global, pues esta buscaría la implementación de un régimen internacional más agresivo en materia de derechos humanos, y, ella plantea que los estados prioricen los acuerdos internacionales en materia de bienestar humano, sin la existencia de un marco coactivo que encamine a los Estados sin excepción cumplan con los principios propuestos.

venezolanos. Quiere decir, que sobre normas procesales ha ponderado la necesidad de la protección al ser humano, por el mero hecho de serlo. O sea, una premisa iusnaturalista.

Capítulo III

Análisis de la sentencia T-074 de 2019 a la luz del enfoque de las capacidades de Martha Nussbaum

Exposición de la sentencia T-074 de 2019

La sentencia de tutela de la Corte Constitucional Colombiana³⁰ T- 074 de 2019 trata sobre el caso en el cual, a una mujer migrante venezolana en condición de embarazo, no se le prestaron los servicios de salud que requería.

El alcance de la sentencia parte de que los extranjeros tienen los mismos derechos civiles que se reconocen a los nacionales colombianos³¹; tienen la obligación de cumplir con la Constitución y ley como los demás residentes del país y, a su vez, tienen derecho a recibir un mínimo de atención por parte del Estado en casos de urgencia con el fin de atender sus necesidades básicas, especialmente las relacionadas con asuntos de salud. (Cfr. Corte Constitucional Colombiana, Sala Quinta de Revisión; T-074 de 2019)

En la ciudad de Pereira (Risaralda) el señor X en calidad de agente oficioso de la señora Y – quien es su esposa- interpone acción de tutela en contra de la Secretaría de Salud Departamental de Risaralda, la Secretaría de Salud Municipal de Pereira, la Secretaría de Gobierno de Pereira – Oficina emigrante- y Migración Colombia. Con el fin de que a la señora Y se le fueran protegidos los derechos al debido proceso, a la salud y a la seguridad social entre otros, los cuales fueron vulnerados por estas entidades por cuanto le negaron los servicios de salud que ella requiere como consecuencia de su estado de embarazo. (Cfr. Corte Constitucional Colombiana, Sala Quinta de Revisión; T-074 de 2019)

En los hechos relatados por el señor X se encuentra que son ciudadanos venezolanos que llegaron al país en busca de mejores oportunidades -su situación migratoria es irregular-Pero

³⁰ Es el Tribunal constitucional colombiano, órgano de cierre en materia constitucional. Y la tipología de la sentencia es T, quiere decir de Tutela. Se le otorga esta identificación porque es un proceso que llegó a la Corte Constitucional a través de revisión de Tutela.

³¹ Esto según el artículo 100 de la constitución política de 1991. Los extranjeros disfrutarán en Colombia de los mismos derechos civiles que se conceden a los colombianos (...) Así mismo, los extranjeros gozarán, en el territorio de la República, de las garantías concedidas a los nacionales, salvo las limitaciones que establezcan la Constitución o la ley. (Cfr. Const,1991).

que al encontrarse la señora Y en estado de embarazo las entidades accionadas respondían que no podían prestarles los servicios de salud ya que no contaban con los papeles necesarios. También adujo que por la falta de documentación no pueden acceder a un trabajo en la ciudad residente -Pereira-. (Corte Constitucional Colombiana, Sala Quinta de Revisión; T-074 de 2019).

Solicitó el accionante que le sean prestados los servicios de salud y que fueran vinculados al régimen subsidiado por cuanto no contaban con los recursos económicos para sufragar dichos servicios. (Cfr. Corte Constitucional colombiana, Sala Quinta de Revisión; T-074 de 2019).

En primera instancia el Juzgado 2º Penal Municipal con función de control de Garantías, decidió declarar improcedente el amparo solicitado al considerar que, debido a que la agenciada – señora X- se encuentra en el país de manera irregular, no tiene derecho a la cobertura especial que brinda el Sistema General de Seguridad Social en Salud. (Cfr. Corte Constitucional colombiana, Sala Quinta de Revisión; T-074 de 2019)

De otro lado, la misma instancia afirmó que, con base en el artículo 20 de la Ley 1122 de 2007³² y la Circular 0010 del 22 de marzo de 2016, emitida por el Ministerio de Protección Social, a la agenciada únicamente se le deben brindar los servicios de urgencias. Por tanto, a su juicio, dictar una orden en contra de las entidades demandadas constituiría una actuación irregular, puesto que en este caso no se cumplen los requisitos necesarios para que se le otorguen los servicios que requiere, en tanto no ha regularizado su estancia en el país. (Cfr. Corte Constitucional colombiana, Sala Quinta de Revisión; T-074 de 2019).

En Sala de Revisión, el día 13 de julio de 2018, la Corte constitucional ordenó como medidas provisionales³³ que las secretarías de salud tanto Departamentales como Municipales garantizaran el derecho a la salud a la señora X y al que estaba por nacer, en todo lo derivado a causa del embarazo, mientras se tomaba una decisión de fondo. Sin embargo, cuando esto

³² Objeto de la ley: Por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones. (Ley 1122, 2007).

³³ Son medidas de prevención entre tanto se resuelve el litigio en cuestión. Todo esto para garantizar y/o prevenir la vulneración de derechos.

sucedió la señora X había dado a luz aproximadamente en mayo de 2018. (*Cfr.* Corte Constitucional colombiana, Sala Quinta de Revisión; T-074 de 2019).

El 25 de febrero de 2019, la Corte constitucional toma decisión de fondo sobre el asunto, argumentando que existía una carencia actual de objeto por hecho superado³⁴ tal como aparece en la parte resolutive de la sentencia. Sin embargo, revoca la sentencia emitida por el juzgado 2° penal municipal con función de control de garantías por la argumentación expuesta en la parte motiva de la sentencia que se sintetiza en que los ciudadanos venezolanos deben regularizar su situación migratoria para poder acceder al sistema de seguridad social en salud. Se toma en cuenta la medida actual del Estado que es el Permiso Especial de Permanencia – en adelante PEP- que indica que es un permiso transitorio de permanencia en el país, y, argumenta la Corte Constitucional que es el documento oficial expedido por Migración Colombia para acceder a los servicios de salud, educación y en general demostrar regularidad en la situación migratoria. Ese es el requisito para darle aplicabilidad al artículo 100 de la constitución Política de Colombia³⁵ (*Cfr.* Corte Constitucional colombiana, Sala Quinta de Revisión; T-074 de 2019).

De otro lado la Corte Constitucional menciona que, pese a que la crisis humanitaria por el éxodo venezolano es un asunto que le incumbe inicialmente al Estado Colombiano para dar solución y responder con mecanismos que permitan regularizar la situación migratoria en el país, también, dice la Corte es un asunto que le corresponde a la comunidad internacional. (*Cfr.* Corte Constitucional colombiana, Sala Quinta de Revisión; T-074 de 2019).

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales reconoció qué:

Son necesarias la asistencia y la cooperación internacionales para que los Estados que afrontan una afluencia súbita de refugiados y migrantes puedan cumplir sus obligaciones básicas. (2017)

³⁴ Es aquella situación que se presenta cuando durante el trámite de tutela o de su revisión por parte de la Corte, surgen circunstancias que hacen que el derecho que en principio se buscaba proteger, no se vea amenazado o afectado. En consecuencia, el accionante ya no tiene interés en la satisfacción de su pretensión, puesto que la vulneración ha cesado. (Corte Constitucional colombiana, Sala Quinta de Revisión; T-074 de 2019).

³⁵ (*Cfr.* Const.,1991, Art.100).

Esto lo menciona la Corte constitucional en la sentencia T 074 de 2019 haciendo énfasis en la necesidad del Gobierno Nacional de buscar recursos tanto nacionales como internacionales para atender la crisis humanitaria en materia de migración.

Del mismo modo, el Comité de Derechos Económicos, sociales y culturales en la Observación general N° 14, consagra que los países deben evitar políticas que deriven en actos de discriminación en relación con la salud y las necesidades de la mujer. También aduce que esto aplica tanto para los solicitantes de asilo como para los inmigrantes ilegales³⁶ (sic).

La sentencia en mención tuvo antecedentes para llegar a esta nueva interpretación, como lo es la sentencia de unificación SU³⁷677 de 2017 que habla respecto de la permanencia irregular en el territorio colombiano por parte de extranjeros y la reiteración de las reglas estructurales de la dignidad humana. Los hechos se fundamentan en que no se afilió al sistema de la seguridad social en salud a una menor de edad y por parte de la Registraduría no se obtuvo resultados favorables al solicitar el registro del nacimiento en Colombia. A través de una medida cautela la Corte constitucional ordenó el registro del nacimiento de la recién nacida y su vinculación al sistema de seguridad social. Aquí se sentó un precedente para que no existiera un nuevo retraso por parte de la Registraduría Nacional del Estado Civil, y para que, se vinculara a las personas sin importar su situación migratoria, siempre que cumplan con el compromiso de regularizarla. (Cfr. Corte Constitucional colombiana, Sala Plena; SU 677 de 2017).

Esta sentencia hace énfasis al principio de solidaridad que debe ser tenido en cuenta para la asistencia estatal brindada a las personas residentes en el territorio nacional. Nacionales y extranjeros. Se tiene en cuenta la protección que se le debe a los extranjeros con permanencia irregular en el contexto de una crisis humanitaria. (Cfr. Corte Constitucional colombiana, Sala plena; SU 677 de 2017).

Por otro lado, en el año 2018, se emite la sentencia de Tutela T 210 del 2018 que habla sobre el principio universal del servicio de salud. Expresa que existe un mandato universal para la prestación del servicio de salud. Y que, así como se ha establecido la prestación inicial

³⁶ Es incorrecto mencionar que un migrante es ilegal. Más bien su situación migratoria es irregular, pero no puede decirse que una persona *per se*, sea ilegal.

³⁷ Tipología de sentencias de la Corte constitucional colombiana. “SU” Son las sentencias que profieren por importancia jurídica, social o económica, o por necesidad de unificar y sentar jurisprudencia. (CPACA, art. 270)

del servicio de urgencias para los extranjeros, es deber de estos cumplir con la constitución y la ley. (Cfr. Corte Constitucional Colombiana, Sala Sexta de Revisión, T 210 del 2018).

En los hechos específicos de esta sentencia, se trata de garantizar los servicios de salud a una ciudadana venezolana que tiene una situación migratoria irregular. Esta persona tiene una enfermedad terminal (cáncer) y requiere del asistencialismo del Estado para sobrellevar esta enfermedad. Este es el motivo por el cual decide migrar hacia Colombia, pues la situación de su país avizoraba una precaria atención del sistema de salud. (Cfr. Corte Constitucional colombiana, Sala Sexta de Revisión, T 210 del 2018).

Distintas organizaciones de derechos humanos generaron concepto para esta sentencia solicitando a la Corte Constitucional brindar los servicios de salud a la ciudadana venezolana por razones humanitarias, y que se utilice el máximo de recursos de asistencia y cooperación internacional para atender esta emergencia. (Cfr. Corte Constitucional colombiana, Sala sexta de revisión, T 210 del 2018).

La decisión de la Corte constitucional fue amparar los derechos que en instancias anteriores habían sido negados. Instar para que se realizara una inscripción extemporánea de nacimiento ante la Registraduría Nacional del Estado Civil, de la ciudadana venezolana en estado de gravidez -pues era hija de madre colombiana- y a Migración Colombia para que la asesorara en trámite de regularización de su situación migratoria. (Cfr. Corte Constitucional colombiana, Sala sexta de revisión, T 210 del 2018).

Finalmente, la sentencia T 025 de 2019, trata de un ciudadano venezolano que ingresó con visa de turista, pero que superó el límite de 90 días para permanecer en el país. Lo que lo llevó a encontrarse con un estatus migratorio de irregularidad. El ciudadano venezolano era portador del síndrome de inmunodeficiencia humana -VIH- positivo. Su condición de salud le exige tomar unos medicamentos de manera diaria. Sin embargo, algunas entidades prestadoras de salud le negaron el servicio, y es allí donde surge el fundamento para la presentación de la acción de tutela que dio origen a la sentencia en mención. En primera instancia – fallo objeto de la revisión- el juez consideró que no se estaban vulnerando los derechos a la salud, la vida digna y el mínimo vital del ciudadano extranjero, pues si bien, es deber del Estado prestar los servicios de salud a los extranjeros, es también deber de estos residir en el país de manera regular. Se centró la negativa en el hecho de que el ciudadano venezolano no contaba con

documento válido para ser atendido. (Cfr. Corte Constitucional colombiana, Sala Novena de Revisión, T 025 del 2019).

En la argumentación de la Corte constitucional se hace mención de la sentencia de unificación SU 677 de 2017, en donde se establecen los parámetros estructurales para la afiliación al sistema de seguridad social en salud.

Aduce la Corte, lo siguiente:

En virtud de lo anterior es imperativo que los estados de urgencia en salud en los que se encuentre cualquier persona, independiente de su condición, sean debidamente atendidos, pues ello garantiza que los derechos fundamentales a la salud y a la dignidad humana, entre otros, sean respetados conforme los postulados constitucionales y normas de derecho internacional. (Corte Constitucional colombiana, Sala Novena de Revisión, T 025 del 2019).

Del mismo modo establece como existente la vulneración de los derechos fundamentales del ciudadano venezolano con VIH por parte de la entidad pública prestadora de servicios de salud. En esta sentencia también se declara una carencia actual de objeto, porque el ciudadano venezolano logró obtener el Permiso Especial de Permanencia y así acceder al sistema de seguridad social en salud. (Cfr. Corte Constitucional colombiana, Sala Novena de Revisión, T 025 del 2019).

Consideraciones problemáticas de la interpretación: dignidad y capacidades

Para adentrarnos en el punto problemático en cuanto a la interpretación de la sentencia T 074 de 2019 es necesario realizar las siguientes precisiones en cuanto a la idea interna de dignidad humana.

El artículo 1° de la constitución política de 1991 establece la fórmula de Estado Social de Derecho ³⁸ para Colombia. Además, los artículos 42, 53 y 70 de esta disposición presentan a la dignidad humana como elemento base para la protección de los derechos fundamentales y la promoción de la libertad, la igualdad y como resultado: una justicia social básica. La

³⁸ Artículo 1o. Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general. (Constitución política de 1991).

dignidad humana es concebida como el principio rector del Estado Social de Derecho – valor máximo desde las teorías axiológicas supremas-, garantizando la dignidad humana como principio se garantiza también la autonomía de la voluntad y por tanto la libertad.

Como siguiente punto, se analizará la dignidad humana como principio fundante del Estado social de Derecho³⁹. Aquí es importante tratar la noción del Estado Social como lo dilucida la sentencia SU-747/98 la cual trata de la renuncia de jurados de votación en los comicios de las elecciones locales de Caquetá por presunta amenaza de grupos al margen de la ley. En la decisión la Corte constitucional ordena rechazar la renuncia y permitir las elecciones de la época, arguyendo que el Gobierno nacional garantizaba la seguridad de tales comicios. De esta sentencia se extrae el término *social* que señala que la acción del Estado debe dirigirse a garantizarle a los asociados condiciones de vida dignas. Es decir, con este concepto se resalta que la voluntad del constituyente en torno al Estado no se reduce a exigir de éste que no interfiera o recorte las libertades de las personas, sino que también exige que el mismo se ponga en movimiento para contrarrestar las desigualdades sociales existentes y para ofrecerle a todos las oportunidades necesarias para desarrollar sus aptitudes y para superar los apremios materiales. (Corte Constitucional colombiana, Sala Plena, Sentencia SU-747-1998)

Del mismo modo, el concepto de *Estado Democrático* se desentraña a partir de distintas características del régimen político colombiano; por un lado, que los titulares del Poder público ejercerán esa calidad en virtud de la voluntad de los ciudadanos, la cual se expresa a través de las elecciones; de otro lado, en lo que ha dado en llamarse democracia participativa, que los ciudadanos no están limitados en su relación con el poder político a la concurrencia a elecciones para seleccionar sus representantes, sino que también pueden controlar la labor que ellos realizan e intervenir directamente en la toma de decisiones, a través de mecanismos como los contemplados en el artículo 103 de la carta; y, finalmente, y de acuerdo con la reformulación del concepto de democracia, que la voluntad de las mayorías no puede llegar al extremo de desconocer los derechos de las minoría ni los derechos fundamentales de los individuos. (Corte Constitucional colombiana, Sala Plena, Sentencia SU-747-1998)

³⁹ Aquí se analizará todo lo que compone el Estado social de Derecho y el alcance que le ha dado la corte constitucional.

Esta explicación por parte de la Corte Constitucional colombiana respecto de lo que significa el *Estado* desde su alcance democrático evidencia un control político desde los mecanismos de participación del pueblo. Sin embargo, la utilización de estos resulta mínima, más si en la práctica nos encontramos con un Estado hiperpresidencialista. Es decir, con un Estado inclinado hacia la rama ejecutiva.

En la misma sentencia se preceptúan el Estado de Derecho liberal y el Estado Social, los cuales se diferencian en la relación que construyen entre el Estado y los asociados, así: mientras que el primero busca ante todo limitar el poder, de tal manera que no pueda amenazar los derechos y libertades de los ciudadanos, el segundo acoge esa limitación del poder, pero también precisa que el Estado debe cumplir con unos fines en la sociedad, lo cual implica que intervenga en ella. La Constitución dentro de este último modelo de Estado representa un cuerpo armónico de valores - acerca de cómo debe configurarse la comunidad social y política -, que debe encontrar su aplicación práctica, y ello produce tanto deberes para el Estado como para los asociados. (Cf. Corte constitucional colombiana, Sala Plena, Sentencia SU-747-1998)

La dignidad humana como valor, constituye el aspecto axiológico de la Constitución Política de 1991. Del mismo modo es un principio constitucional del cual derivan derechos fundamentales y además es el Pilar ético fundamental del ordenamiento jurídico colombiano. Esta caracteriza de manera definitoria al Estado colombiano como el conjunto de instituciones jurídicas. La importancia práctica de esta “faceta” de la dignidad humana está mediada simplemente por la posibilidad de claridad conceptual. (Cf. Corte constitucional colombiana, Sala Plena, Sentencia SU-747-1998)

Para Sarrias (2016) en una citación de la sentencia T 881 de 2002 se evidencia por parte de la Corte constitucional colombiana una influencia netamente kantiana respecto a lo que es la dignidad humana. Ya ha quedado claro que ésta es el valor fundante del Estado social de Derecho, quiere decir, que es transversal a todo el accionar Estatal. Ahora, veamos la cita textual:

La dignidad de la persona debe ser considerada, primariamente, como aquel valor constitucional que busca proteger al individuo en tanto ser racional y autónomo, capaz de adoptar las decisiones necesarias para dar sentido a su existencia y desarrollar plenamente su personalidad y, de conformidad con ello, determinar sus acciones sin coacciones ajenas de ninguna índole. El objeto fundamental del principio de la dignidad de la persona es, entonces, la protección del individuo como fin en sí mismo, el individuo como universo

único e irrepetible con capacidad para darse sus propias leyes morales, las cuales, en razón de que los otros son, también, fines en sí mismos, deben ser compatibilizadas con las de las otras personas. El principio de la dignidad humana protege como diría Kant al individuo autolegisador en un reino de fines. (Corte Constitucional colombiana, Sala Séptima de revisión, Sentencia T 881 de 2002)

Se observa esta interpretación como kantiana, la idea de la dignidad autoevidente a la razón, y del autolegisador en el reino de los fines, evidencia que la Corte Constitucional tiene una línea muy marcada de la concepción de dignidad humana a partir de Kant. Es decir, un marco de interpretación teórico propio del siglo XVIII desde su esencia, pues se entiende que la corriente de los derechos humanos occidentales es la preferente y más utilizada, pero como tal aún existe una oscuridad interpretativa respecto de lo qué es la dignidad humana.

El Estado Social de Derecho colombiano desde su alcance como un valor requiere del principio rector de la dignidad humana. Y la presenta como el fundamento para garantizar un mínimo de justicia social. Desde su concepción *Social*, el Estado colombiano pretende superar las brechas sociales y materiales, desde la noción democrática pretende que el ciudadano sea partícipe de su democracia a partir de mecanismos de participación del pueblo y desde la prevalencia del Estado de Derecho se quiere garantizar la seguridad jurídica.

Siguiendo la misma línea, en la sentencia T-291 de 2016, se establece que la *dignidad humana* tiene dos dimensiones por las cuales ser concebida, i) a partir de su objeto concreto de protección y ii) con base en su funcionalidad normativa, veamos:

Respecto del objeto concreto de protección, se han identificado tres lineamientos: i) la dignidad humana entendida como autonomía o como posibilidad de diseñar un plan vital y de determinarse según sus características, ii) la dignidad humana entendida como ciertas condiciones materiales concretas de existencia; y iii) la dignidad humana entendida como intangibilidad de los bienes no patrimoniales, integridad física e integridad moral, o, en otras palabras, que los ciudadanos puedan vivir sin ser sometidos a cualquier forma de humillación o tortura. (Corte constitucional colombiana, Sala Octava de Revisión, Sentencia T-291 de 2016).

En cuanto al aspecto de funcionalidad de la norma, la Corte Constitucional ha puntualizado tres expresiones de la dignidad humana, entendida como i) principio fundante del ordenamiento jurídico y por tanto del Estado, y en este sentido la dignidad como valor, ii)

principio constitucional y iii) como derecho fundamental autónomo. (Corte Constitucional colombiana, Sala Octava de Revisión, Sentencia T-291 de 2016). Quiere decir esto, que para el Estado colombiano la dignidad humana tiene triple connotación para tener en cuenta a la hora de interpretar el Estado social de derecho.

Respecto del aspecto número i), en cuanto a la autonomía o a la posibilidad de *diseñar un plan vital de vida*, no es posible que esto sea concedido a un individuo que esté sometido a la extrema pobreza, a partir de allí se presentaría una coacción, se limitarían las decisiones y las acciones de un ser. Si tampoco cuenta con educación se reducen sus opciones, e inclusive su elección.

El segundo lineamiento, *ciertas condiciones materiales concretas de existencia*, dice el autor Andrés Sandoval Sarrias, que:

La dignidad entendida como “ciertas condiciones materiales” para “vivir bien” es un abanico tan amplio y tan variable que conceptualmente no aporta mucho. Pasa por encima de la diferenciación cultural, los fines propios y pasa por alto sutiles diferenciaciones que enmarcan la vida humana. (Sarrias, 2016, pág. 21).

Interpretando las palabras de este autor, el aspecto de estas condiciones presentadas en la sentencia de la Corte Constitucional resulta ambiguo y abstracto, es decir, no puede especificarse con claridad qué son las condiciones materiales concretas de existencia y si pueden ser concedidas *per sé* a la existencia del ser humano.

La no humillación es un punto fundamental para determinar el grado de dignidad que tiene una persona, pero en los casos en los que una persona viva en condiciones de dolor extremo, angustia, y su vida ya no sea humanamente posible, entonces en honor a excluir esa humillación debe la Corte Constitucional permitir una muerte digna, como se evidencia en la sentencia T 423 de 2017, en donde se consagra que es deber del Estado proteger la vida, pues es, compatible con el respeto a la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad. Por ello la Corte considera que frente a los enfermos terminales que experimentan intensos sufrimientos, este deber estatal cede frente al consentimiento informado del paciente que desea morir en forma digna. En efecto, en este caso, el deber estatal se debilita considerablemente por cuanto, en virtud de los informes médicos, puede sostenerse que, más allá de toda duda razonable, la muerte es inevitable en un tiempo relativamente corto. En cambio, la decisión de

cómo enfrentar la muerte adquiere una importancia decisiva para el enfermo terminal, que sabe que no puede ser curado, y que por ende no está optando entre la muerte y muchos años de vida plena, sino entre morir en condiciones que él escoge, o morir poco tiempo después en circunstancias dolorosas y que juzga indignas. El derecho fundamental a vivir en forma digna implica entonces el derecho a morir dignamente, pues condenar a una persona a prolongar por un tiempo escaso su existencia, cuando no lo desea y padece profundas aflicciones, equivale no sólo a un trato cruel e inhumano, prohibido por la carta política (CP art 12) sino una anulación de su dignidad y de su autonomía como sujeto moral. La persona quedaría a un instrumento para la preservación de la vida como valor abstracto. (Cf. Corte Constitucional colombiana, Sala Sexta de Revisión, Sentencia T 423 de 2017)

Hasta la fecha la Corte Constitucional observaba la interpretación de la dignidad humana desde una esfera de prevalencia de la vida por encima de la forma de vida digna cuando se fallaba a favor de la primera.⁴⁰ Con estos nuevos pronunciamientos la interpretación por la dignidad humana toma un pequeño giro, y digo pequeño porque sólo cambia la forma de enaltecimiento de la dignidad como lo es la prevalencia de la autonomía de la voluntad del sujeto moral y digno.

Ahora bien, dirigiéndonos al caso concreto dentro de la sentencia T 074 de 2019 se esboza como problema jurídico⁴¹ determinar si las entidades accionadas vulneraron los derechos fundamentales a la salud y a la seguridad social de la señora X al negarle los servicios de salud que requiere como consecuencia de su estado de embarazo, bajo el argumento de que esta no tiene regularizada su situación migratoria, ni cumple con los requisitos para acceder a los servicios de salud.

Dentro de la argumentación de la sentencia mencionada, la Corte Constitucional trabaja con ejes temáticos como: (i) los derechos de los extranjeros en Colombia; (ii) el derecho a la salud de los migrantes en Colombia; (iii) la afiliación de los migrantes al Sistema General de Seguridad Social; (iv) el desarrollo de algunos elementos que hacen parte de la situación actual

⁴⁰ Con anterioridad la Corte constitucional fallaba a favor de la vida y no de la muerte digna, pues por encima de todo estaba la prevalencia del artículo 11 de la constitución política de 1991, que reza: “*El derecho a la vida es inviolable. no habrá pena de muerte*”.

⁴¹ Problemas sobre los cuales se dirige la argumentación de la Corte constitucional para llegar a una resolución y dictar las ordenes correspondientes.

en materia de prestación de servicios de salud a migrantes venezolanos con permanencia irregular; y finalmente, (vi) el caso concreto.

En la sentencia se establece el desarrollo jurídico que sustenta los derechos de los extranjeros en Colombia, basándose en el artículo 100 de la constitución política de 1991 “los extranjeros gozarán, en el territorio de la República, de las garantías concedidas a los nacionales, salvo las limitaciones que establezcan la Constitución o la ley” (Const. 1991, art.100).

Menciona además la sentencia, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, específicamente el artículo 2,

Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.

Igualmente, el artículo 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos, “Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley” (Conv.1978).

Las anteriores disposiciones se interpretan por parte de la Corte Constitucional a partir de que, salvo las limitaciones que establezca el ordenamiento jurídico, los extranjeros gozan, en principio, de los mismos derechos fundamentales y garantías que se reconocen a los colombianos, pues son inherentes a la persona y tienen un carácter universal. Sin embargo, se recalca la necesidad del cumplimiento de las normas internas por parte de los extranjeros.

La Corte aclara que, en casos de extrema urgencia, pese a que no exista establecida una diferenciación proscrita entre nacionales y extranjeros

La admisibilidad de trato diferenciado, la Corte ha dicho igualmente que los extranjeros tienen derecho a que, en casos de extrema urgencia, el Estado le brinde una atención mínima a fin de atender sus necesidades primarias, dentro del respeto a la dignidad humana, particularmente en materia de salud. (Cfr. Corte Constitucional colombiana, Sala Quinta de Revisión; T-074 de 2019)

Sobre la materia, dice la Corte que se sujetan a la disponibilidad presupuestal, pero que, con base a los tratados internacionales puede ampliarse la cobertura de atención en salud.

De este primer punto se tiene en cuenta que los extranjeros tienen los mismos derechos civiles que los nacionales. De esta suerte tienen el derecho a recibir un mínimo de atención por parte del Estado en casos de urgencia con el fin de atender sus necesidades básicas, especialmente las relacionadas con los asuntos de salud. (*Cfr.* Corte Constitucional colombiana, Sala Quinta de Revisión; T-074 de 2019).

En la sentencia se citan argumentos que tienen que ver con el histórico jurisprudencial sobre la materia,

Al abordar el tema, la Corte ha resaltado el derecho que tienen los nacionales de otros países, independientemente de su permanencia regular o irregular en el país, de recibir una mínima atención de urgencias. (Corte Constitucional colombiana, Sala Quinta de Revisión; T-074 de 2019).

Dentro de la jurisprudencia en mención, se ha indicado que los extranjeros que se encuentren en Colombia tienen derecho a un mínimo vital, es decir un derecho a recibir una atención básica por parte del Estado en casos de extrema necesidad y urgencia. (*Cfr.* Corte Constitucional colombiana, Sala Quinta de Revisión; T-074 de 2019). Y que no basta con prevenir que la persona muera, sino también se debe prevenir todas las situaciones que hagan de su vida insostenible y, por tanto, se vea impedida para desarrollarse en sociedad de manera digna.

La afiliación de los migrantes al sistema de seguridad social en salud, lista los documentos oficiales que se requieren para que pueda llevarse a cabo la afiliación, entre ellos, registro civil de nacimiento, cedula de extranjería, pasaporte, entre otros. Documentos que sólo puede reunir una persona extranjera que ingrese al país de manera regular. Debido a la crisis humanitaria, se establecieron medidas para que los migrantes con situación irregular⁴² como lo es el Permiso Especial de Permanencia, que permitió que los migrantes permanecieran en el país hasta por dos años de manera regular. Este documento transitorio se incluyó en los requisitos para ingresar al sistema de seguridad social en salud. Este documento se entregaba

⁴² Se entiende que una persona se encuentra en situación de permanencia irregular, a saber: (i) cuando haya ingresado de forma irregular al país (por lugar no habilitado; por lugar habilitado, pero con evasión y omisión del control migratorio; o sin la documentación necesaria o con documentación falsa); (ii) cuando habiendo ingresado legalmente, permanece en el país una vez vencido el término concedido en la visa o permiso respectivo; (iii) cuando permanece en el territorio nacional con documentación falsa; y (iv) cuando el permiso que se le ha otorgado haya sido cancelado por las razones que se contemplan en la ley. (*Cfr.* Corte Constitucional colombiana, Sala Quinta de Revisión; T-074 de 2019).

a quienes al 2 de febrero de 2018 se encontraran en el país, sin embargo, del mismo modo, no cuenta como computo para que las personas demuestren su permanencia en el país – requisito para acceder a una visa- el PEP⁴³ no cuenta como documento de permanencia, sino más bien, de transitoriedad.

Este PEP permite que los migrantes de nacionalidad venezolana puedan acceder a los servicios en materia de salud. Para ello, del mismo modo ha surgido un desarrollo en esta materia, que, con organismos internacionales y bajo la línea de los derechos humanos ha logrado establecer recomendaciones a los países para superar la situación.

Pese a los esfuerzos del gobierno nacional por crear herramientas y mecanismos que ayuden a la población venezolana a obtener la regularización en el país – de quienes tienen su situación migratoria con un estatus irregular-, y de incluir en las dinámicas económicas, laborales y sociales al total de los migrantes venezolanos que residen en el país. No se logra el objetivo de aplicar la dignidad humana ya sea como principio, como valor o como derecho para obtener una vida de calidad para estas personas. Si bien, el Estado puede brindar asistencialismo, ¿esa es la solución? Es decir, ¿es la forma en la que los y las venezolanos/as pueden llegar a descubrir lo que son capaces de ser y de hacer?

El punto álgido aquí sería, ¿qué es lo que legitima a una persona para reclamar sus derechos? Quizás la ¿racionalidad?, ¿el hecho de estar vivos? o ¿la esencia del ser humano? Ahora bien, ¿y qué tipo de derechos son los que se encuentran dentro del paquete a reclamar?, tal vez derecho a recibir un tratamiento determinado, derecho a vivir bajo unos estándares de calidad, ¿derecho a tener oportunidades y a desarrollar sus capacidades?

En el caso en mención, la Corte Constitucional toma la decisión en favor de los ciudadanos venezolanos y ordena a las entidades asegurar una atención plena en servicios de salud a la mujer en estado de embarazo y al que estaba por nacer, sin embargo, ¿fue esa la solución a las necesidades de la población venezolana en Colombia?, ¿un ser humano debe soportar la carga de un proceso hasta llegar a su órgano de cierre como lo es la Corte

⁴³ Supra, p 43.

Constitucional colombiana?⁴⁴ El día que la Corte tomó la decisión de fondo sobre el caso, el hijo de la mujer en estado de embarazo ya había nacido – contaba con aproximadamente 9 meses de nacido- y de hecho en la sentencia se menciona la carencia de objeto por hecho superado. ¿Recibió toda la atención concerniente a los cuidados prenatales, tanto él como la madre? ¿Después de su nacimiento recibió la atención debida? Supongamos que las respuestas a estas preguntas son afirmativas y el tema en materia de salud fue solucionado, pensemos que también logran solucionar su situación migratoria y pueden regularizar su estadía en el país. ¿cómo se garantizan los derechos de estos ciudadanos extranjeros en el país?, ¿cuál es el paquete de derechos debido?, a quien debe reclamársele este paquete? y, ¿qué los legitima? ¿cómo pueden obtener estas personas una vida en condiciones dignas?, ¿cómo puede garantizárseles una verdadera inclusión?, ¿oportunidades para desarrollarse plenamente?

⁴⁴ La primera acción de tutela se interpuso en diciembre de 2017. El niño nace aproximadamente entre mayo y junio de 2018. Y la corte constitucional toma decisión de fondo el 25 de febrero de 2019 cuando el niño contaba con aproximadamente 9 meses de nacido. (Cfr. Corte Constitucional, Sala quinta de revisión, T- 074- 2019)

Conclusiones

Las siguientes conclusiones se presentarán a partir del análisis del enfoque de las capacidades presentado como sustento alternativo para la interpretación de una sentencia tutelar proferida por la Corte Constitucional colombiana.

Después de haber estudiado el concepto de dignidad humana en Martha Nussbaum desde un rastreo histórico y de haber presentado la polémica de la autora con Jhon Rawls, en el capítulo primero se concluye que: A través de la historia la idea de dignidad se ha transformado a partir de sus orígenes, y en la actualidad se separa de la idea del fundamento religioso. Fue en la Declaración Universal de los Derechos Humanos en donde se consignó por primera vez en un instrumento jurídico universal la noción moderna de dignidad humana.

Las corrientes occidentales de las que bebe la teoría de la autora parten de la concepción ética y política de Aristóteles. En la obra de Nussbaum se puede evidenciar una fuerte influencia de la visión aristotélica del ser humano y de la deliberación práctica, ya que la autora toma como método de justificación política el *equilibrio reflexivo* de Jhon Rawls, tomado a su vez de los procedimientos Socráticos y Aristotélicos. Esto es entonces, un intento socrático de alcanzar la claridad, de acuerdo con la estructura de juicios morales para una justicia social. Se observó que uno de los vínculos más importantes con enfoque de las capacidades es la noción de bien humano. Este tiene su explicación a partir del establecimiento de la función del hombre – en primera medida- y posteriormente la exploración de la vida desde las actividades comunes identificadas a través de la interculturalidad⁴⁵. Del mismo modo, Nussbaum, en una interpretación sobre Aristóteles plantea lo siguiente:

Aristóteles cree, que hay una lista de funcionamientos (al menos en cierto nivel de generalidad) que en realidad constituyen una buena vida humana. (Cfr. Nussbaum; 2017, p. 39).

En este punto se llegó a la interpretación de que Aristóteles presenta una lista precisa de funcionamientos, donde la autora expresa que debe existir una explicación objetiva y normativa del funcionamiento humano, a través de un procedimiento de evaluación objetiva,

⁴⁵ Y es en este punto donde se evidencia el esencialismo fundado históricamente, característico del enfoque de las capacidades y de un normativismo propuesto para la garantía de la dignidad humana.

valorando así los elementos que ayudan a contribuir a una vida humana buena. Nussbaum, rechaza una sola lista de funcionamientos, como sí expresa que pueda existir una sola lista de capacidades -siempre que sea abierta- pero como tal las naciones no pueden imponer sólo una forma de funcionamientos, pues allí se estaría sesgando la libertad del individuo.

Otra fuente teórica base para el *enfoque de las capacidades* en su versión más reciente es a partir de la ética de Kant desde donde Nussbaum ha pretendido configurar una teoría moral propia para estructurar una vida humana digna. Es cierto que la autora sigue muchos de los preceptos de la filosofía de Kant, como el fundamento de que el hombre debe ser fin en sí mismo y no un medio para fines externos. Sin embargo, para el enfoque de las capacidades el tema del deseo y de las preferencias en el ser humano es muy importante para determinar sus proyectos y acciones; se aleja de Kant en la postura que consiste en que el deseo es lo que nos acerca a la animalidad, y como consecuencia la inteligencia no tiene cabida. Para Nussbaum el deseo es un elemento interpretativo que permite observar la inteligencia de la personalidad. Se presenta una información acerca del bien, a partir de los deseos. Y en definitiva los deseos informados son los más adecuados. Por eso el deseo, es parte de la estabilidad del enfoque, o sea, ayuda a la justificación política del mismo, a observar las capacidades desde una perspectiva política para la calidad de vida de un ser humano. (Cfr. Nussbaum, 2017, p. 297).

La autora en su obra, *Las fronteras de la justicia: Consideraciones sobre la exclusión* (2017), plantea que la dignidad deberá ser aristotélica y no kantiana, y para ello dedica un capítulo de este libro a su explicación, la autora parte de una diferencia sustancial con lo que ella llama las teorías de la tradición y, aquí realiza una diferenciación a partir de la noción de la dignidad, y consecuentemente con la concepción Kantiana de la persona. Este autor contrapone la humanidad de los seres humanos a su animalidad, por el contrario, la posición que asume el *enfoque de las capacidades* es desde la racionalidad y la animalidad como unidad, siendo compatible con la idea aristotélica de ser humano como una criatura *necesitada de una pluralidad de actividades vitales*, observando la racionalidad como un aspecto del animal y partiendo de que no es lo único que define la idea del funcionamiento verdaderamente humano.

El debate con Jhon Rawls reside en la influencia kantiana de la persona humana como se expresó en el párrafo anterior, considera este autor que la personalidad reside en la racionalidad tanto moral como prudencial y no en las necesidades que los seres humanos comparten con los otros animales, por ejemplo, las necesidades corporales y de asistencia. Para la concepción política de la persona debe tenerse en cuenta que somos animales temporales y necesitados. La concepción de lo digno y lo valioso en Rawls toma la productividad desde la posición original, sin embargo, apela Nussbaum que no necesariamente nos ganamos el respeto de los demás con la productividad, sino que son nuestras necesidades como animales humanos las que ayudan a justificar la reivindicación de la dignidad humana. “La sociedad está unida por un amplio abanico de afectos y compromisos, sólo algunos de los cuales tienen que ver con la productividad. La productividad es necesaria, e incluso buena; pero no es la finalidad principal de la vida social”. (Cfr. Nussbaum, 2017, p. 167).

Al haber descrito el enfoque de las capacidades a partir de la historia de este y del Texto *Crear capacidades: Propuesta para el desarrollo Humano* (2017), obra de Martha Nussbaum presentado en el desarrollo del capítulo segundo se concluye que: Es importante generar un cuadro comparativo entre derechos y capacidades para gráficamente evidenciar las diferencias entre estas dos vertientes. Se tiene en el siguiente esquema a los derechos humanos sustentados en el instrumento jurídico de la Declaración Universal de los Derechos humanos, en el segundo, a los derechos fundamentales -derechos humanos de primera generación- en donde su instrumento jurídico se encuentra a nivel nacional por la Constitución Política de 1991; finalmente el enfoque de las capacidades de Martha Nussbaum, teoría que no se encuentra instrumentalizada jurídicamente en la actualidad por la prevalencia de la corriente de los derechos humanos de corte kantiano en occidente.

Ahora bien, veamos el siguiente cuadro comparativo respecto de los derechos humanos de primera generación, civiles y políticos-, los derechos fundamentales y las capacidades.

| Derechos | | Capacidades |
|---|--|---|
| Derechos humanos⁴⁶ | Derechos fundamentales⁴⁷ | Enfoque de las capacidades⁴⁸ |
| Artículo 18: Libertad religiosa o de culto. | Artículo 19: Libertad de cultos. | Capacidad central N° 4: Sentidos, imaginación y pensamiento: (...) Libertad de práctica religiosa. Capacidad N° 6: (...) protección de la libertad de conciencia y de observancia religiosa. |

Tabla 1. Derechos de primera generación y capacidades.

Fuente: elaboración propia.

Menciona Martha Nussbaum, en su obra *Las mujeres y el desarrollo humano* (2002) que:

El lenguaje de las capacidades tiene otra ventaja más sobre el lenguaje de los derechos: no se encuentra ligado en forma estrecha a una tradición cultural e histórica particular, como se cree que lo está el lenguaje de los derechos. Tal creencia no es muy exacta: a pesar de que el término “derechos” está asociado con el iluminismo europeo, las ideas que lo componen tienen profundas raíces en muchas tradiciones. (p.146).

Para el lenguaje de las capacidades no se hace necesario inscribirse en alguna cultura. Indistintamente todas las personas sin importar el país en el que hayan nacido se van a preguntar por lo que son capaces de ser y de hacer. Desde el enfoque de las capacidades, lo

⁴⁶ Declaración Universal de los Derechos Humanos. Organización de las naciones Unidas. 1948.

⁴⁷ Constitución política se 1991.

⁴⁸ Observar los derechos como capacidades combinadas para el funcionamiento humano.

mínimo y esencial que se exige de una vida humana para que sea digna es que supere un nivel umbral más que suficiente de diez *capacidades centrales*⁴⁹

Una de las diferencias radicales está en el lenguaje y la aplicabilidad. Los derechos humanos y fundamentales tienden a quedarse en el papel sin encontrar instrumentos para su aplicación efectiva. Por el contrario, el enfoque de las capacidades logra generar estrategias y herramientas a través de políticas públicas y acciones afirmativas.

Las capacidades básicas tienen una relación con los derechos a partir de la palabra reclamo, reclamar algo en favor mío, reclamárselo a alguien determinado. En este caso reclamar mi derecho a la libertad de cultos. ¿A quién se le reclama? Al Estado. Pero que se encuentre consagrado en un instrumento jurídico no es garantía para su efectividad material por parte de un Estado determinado.

Si observamos a los derechos en términos de capacidades combinadas para el funcionamiento humano, se deja clara la diferencia que una sociedad que tenga consagrado su derecho a la libertad de cultos en su constitución o en cualquier instrumento legítimo no es garantía para determinar su aplicación y respeto. Las personas de esta sociedad sólo tendrán este derecho si existen medidas, estrategias y herramientas efectivas para hacer que la gente sea *capaz* verdaderamente de desarrollar su libertad religiosa.

Si pensamos en términos de *capacidades*, estamos generando índices de medición para determinar si se garantizan o no los derechos en un Estado determinado.

Ahora veamos el segundo cuadro comparativo con los derechos humanos de segunda generación, los derechos sociales, económicos y culturales – encontrados tanto en la declaración Universal de Derechos Humanos como en la constitución política de 1991 en el capítulo 2- y el enfoque de las capacidades.

⁴⁹ Supra p.25.

| | | |
|---|--|---|
| Derechos | | Capacidades |
| ↓ | ↓ | ↓ |
| Derechos humanos⁵⁰ | Capítulo 2: Derechos económicos, sociales y culturales (Const, 1991)⁵¹ | Enfoque de las capacidades⁵² |
| Artículo 25: Derecho a la vivienda. ⁵³ (DUDH, 1948). | Artículo 51. Todos los colombianos tienen derecho a vivienda digna. (Const, 1991) | Capacidad N° 10: Control sobre el propio entorno (...) b. Material. Poder poseer propiedades (tanto muebles como inmuebles) y ostentar derechos de propiedad en igualdad de condiciones con las demás personas. |

Tabla 2. Derechos de segunda generación y capacidades.

Fuente: elaboración propia.

El derecho a la vivienda puede analizarse en términos de recursos, o de utilidad (satisfacción), o de capacidades claro está. Para ello, ejemplificaré la situación con una cita de Martha Nussbaum, en su obra *Las mujeres y el desarrollo humano* (2002),

“A” tiene derecho a tener techo- que frecuentemente remite a la exigencia moral de A en virtud de su condición humana, estando en posesión de lo que yo llamo *capacidades básicas*- de la afirmación “el país C otorga a sus ciudadanos el derecho a tener techo”- (p. 146).

Pensando el derecho a tener techo, como el derecho a una cierta cantidad de recursos nos lleva a un punto problemático y es lo siguiente: no necesariamente dar el recurso a las personas que se encuentren en situaciones diferentes ayuda a que éstas obtengan el mismo nivel de *capacidad para el funcionamiento*. Luego tomamos la perspectiva de la utilidad (satisfacción)

⁵⁰ Declaración Universal de los Derechos Humanos. Organización de las Naciones Unidas. 1948.

⁵¹ Constitución política de 1991. Capítulo 2.

⁵² Observar los derechos como capacidades combinadas para el funcionamiento humano.

⁵³ Artículo 25: Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, vejez y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad. (DUDH, 1948).

y generalmente la gente que sufre de privaciones puede encontrar satisfacción con un nivel de vida muy bajo.

Luego entonces, analizar los derechos económicos, sociales y culturales (materiales) en términos de capacidades nos lleva a observar una capacitación real acerca de lo que la gente tiene para vivir, cómo viven y cuáles son sus oportunidades. Esto justifica el hecho de que ciertos tipos de poblaciones requieran un desembolso de dinero mayoritario por parte del Estado, o que requieran la creación de programas especiales para ayudarles en su transición hacia la plena capacidad.

El lenguaje de los derechos es importante por su carga semántica e histórica, desde el punto del discurso público. Además, la prescripción de una normativa, anterior a la consecución de un hecho, indica desde la lógica una inferencia que otorga a los ciudadanos seguridad. El lenguaje de los derechos comunica mucho más que lo que podrían las capacidades. Sin embargo, la autora relaciona a los derechos con las *capacidades básicas* en el sentido de una justificación afirmativa de derechos naturales. Esta comprensión lleva consigo la aplicación de dos capacidades básicas, como lo son la racionalidad y el lenguaje. Quiere decir que a partir del hecho de las capacidades el lenguaje de los derechos indica que se tiene un argumento y a partir de este se pueden extraer conclusiones de carácter normativo.

De lo anterior se puede deducir que existe una estrecha relación del enfoque de las capacidades con el enfoque de los derechos humanos en distintos niveles. Por ejemplo, las libertades políticas, de asociación, la libertad de trabajo, los derechos económicos, sociales y culturales. Y comparten el mismo protagonismo que otorga el enfoque de las capacidades. Las capacidades cubren el lugar de los derechos humanos tanto de primera como de segunda generación⁵⁴.

El papel que pretende desarrollar el enfoque de las capacidades es idéntico al papel del enfoque de los derechos humanos: otorgar una justificación para los derechos fundamentales a nivel nacional para el derecho constitucional, a nivel internacional para una justicia globalizada. El lenguaje de las capacidades logra precisar, determinar y complementar el lenguaje de los derechos. Pues, la idea de los derechos humanos carece de claridad, es abstracta

⁵⁴ Supra p.3

y oscura, y eso nos llevar a observar una falta de eficacia del ordenamiento jurídico, en específico de la norma jurídica. -siendo los derechos humanos positivizados⁵⁵⁻⁵⁶

Entonces, cuando nos encontramos frente a una decisión de un Tribunal de cierre como lo es la Corte Constitucional colombiana para los asuntos de derechos humanos y derechos fundamentales, principalmente todo aquello que se encuentre consagrado en el texto constitucional ¿cómo se puede evaluar y verificar la eficacia de sus decisiones? Si el Derecho está compuesto tanto por reglas, como por principios, valores, deberes y decisiones judiciales.

La Corte Constitucional como Tribunal de cierre en materia constitucional, que goza de autonomía e independencia frente a los demás órganos del Estado Colombiano decide sobre asuntos excepcionales que debido a la ductilidad de la sociedad son necesarios para analizar. Por ejemplo, el caso de la migración masiva de ciudadanos venezolanos hacia Colombia.

En el capítulo tercero se expuso la sentencia T-074 de 2019, las raíces de la dignidad humana en el Estado Colombiano, la concepción de Estado, la triple connotación que la Corte Constitucional otorga a la dignidad y a continuación se presenta: Una forma alternativa de leer la sentencia T-074 de 2019 a partir del enfoque de las capacidades en Martha Nussbaum.

En el último capítulo observamos una lectura de la sentencia T 074 de 2019 a partir de los enfoques de derechos humanos (universales) y derechos fundamentales (particulares). Los primeros contruidos a partir de un lenguaje de una dignidad humana universal, abstracta y racional. Los segundos desde una aplicación global legitimados a partir de un texto

⁵⁵ Quiere decir consignados en los instrumentos jurídicos de manera escrita. En este caso los derechos humanos se encuentran consignados en la Constitución política de 1991.

⁵⁶ A este respecto Norberto Bobbio, y debo hacer la claridad que si bien no es un autor que se trabaje en este texto, sí tiene una obra denominada *Teoría General del Derecho* (2013) en donde aborda el problema de la justicia, la validez y la eficacia y es en definitiva crucial ejemplificar el problema de la eficacia no sólo de la norma jurídica sino además de las decisiones de las altas cortes. Por ejemplo, cuando el autor hace referencia a los fines del Estado representados o materializados por el legislador. Aduce que no se representan plenamente por esta rama del poder público. Ahora bien, el problema de la eficacia es aún mayor, puesto que se analiza si una norma es cumplida o no por las personas a quienes se dirige (los llamados destinatarios de la norma jurídica) y en caso de ser violada que se haga valer por los medios coercitivos que se encuentren prescritos en la norma jurídica. -esto en el caso de una regla, la cual se compone de antecedente y consecuente-. Pues el principio, por ejemplo, como la dignidad humana, lleva en sí un lenguaje abstracto que necesariamente debe ser interpretado por el juez. (Cfr. Bobbio, 2013; pág. 20). Norberto Bobbio nos lleva al final hacia la conquista del realismo jurídico, corriente que verifica la validez y la eficacia de la norma jurídica a partir de su evaluación sobre la justicia. Entonces una norma no es válida ni eficaz sino logra ser justa. (Cfr. Bobbio, 2013; pág. 34)

constitucional- para Colombia la Constitución Política de 1991-, e igualmente permeados por el lenguaje de los derechos de primera y segunda generación⁵⁷.

Desde la principialística constitucional, la Corte, decide construir su argumentación a partir de autores como Ronald Dworkin y Robert Alexy prevaleciendo el Estado constitucional. Para ello, me permito citar un aparte de la sentencia de constitucionalidad C-587 de 1992⁵⁸, que consagra la dimensión objetiva de los derechos fundamentales,

Los derechos fundamentales adquieren una dimensión objetiva más allá del derecho subjetivo que reconoce a los ciudadanos. En consecuencia, el Estado está obligado a hacer extensiva la fuerza vinculante de los derechos fundamentales a las relaciones privadas; el Estado legislador debe dar eficacia a los derechos fundamentales en el tráfico jurídico privado; el Estado juez debe interpretar el derecho siempre a través de la óptica de los derechos fundamentales (Corte Constitucional de Colombia, Sala plena, Sentencia C-587 de 1992. M.P. Ciro Angarita Barón).

Lo anterior nos brinda un panorama respecto de un deber adjudicado al alto tribunal constitucional de interpretar todos los asuntos a partir de la óptica de los derechos fundamentales y extender la fuerza vinculante a las relaciones privadas.

Sin embargo, ¿qué garantiza la eficacia de las decisiones de las altas cortes? A este respecto me permito citar la sentencia de la Corte constitucional C 548 de 1994⁵⁹,

El carácter vinculante de las decisiones judiciales contribuye a la eficacia del ordenamiento jurídico. Sólo si las sentencias son obedecidas, el derecho cumple una función social. Pero las sentencias no sólo vinculan a las partes y a las autoridades; también el juez que las profiere está obligado a acatar su propia decisión, sin que pueda desconocerla argumentando su cambio de parecer. (Corte Constitucional de Colombia, Sala plena, Sentencia C-548 de 1994 M.P. Carlos Gaviria Díaz).

⁵⁷ Supra p.3.

⁵⁸ Esta sentencia trata de la cosa juzgada material, de la naturaleza de la carta de derechos y de la interpretación de las normas constitucionales. (Corte Constitucional de Colombia, Sala plena, Sentencia C-587 de 1992 M.P. Ciro Angarita Barón).

⁵⁹ Esta sentencia trata de la cosa juzgada absoluta que opera como en el presente caso cuando en la misma providencia no se advierte la posibilidad de que existan algunos elementos relevantes que puedan ser materia de un nuevo examen de constitucionalidad que no hayan sido considerados expresamente en el primer fallo. (Corte Constitucional de Colombia, Sala plena, Sentencia C-548 de 1994 M.P. Carlos Gaviria Díaz).

Entonces la eficacia aquí se reduce a la decisión inmodificable que se profiera por parte del juez o Tribunal correspondiente. ¿sin embargo, esto es suficiente? La eficacia se representa a través de resultados, es decir, lograr un efecto deseado. En este caso, la garantía de los derechos, la extensión y vinculación de estos. Para el caso en concreto de ciudadanos venezolanos con su situación migratoria irregular, la eficacia puede evaluarse a partir del cumplimiento y la garantía de la protección de los derechos humanos y derechos fundamentales extendidos a los extranjeros en Colombia, frente al deber de estos de cumplir con la constitución y la ley. Ahora bien, ¿existe acuerdo respecto de la legitimación y la reivindicación de derechos en Colombia? Pese a que las sentencias mencionadas en el acápite anterior en su mayoría han concluido la carencia actual de objeto por hecho superado, siguen persistiendo asuntos similares en cuanto a la protección de las garantías de los ciudadanos venezolanos por encima de los requisitos procedimentales como el registro extemporáneo de nacimiento, o la vinculación al sistema de seguridad social en salud. Asuntos que en la práctica resultan problemáticos por la tardanza en el procedimiento. Si bien, la acción de tutela es un mecanismo de protección constitucional expedito, cuando en primera y segunda instancia no se reconocen los derechos a estas personas, se eleva para la revisión por parte de la Corte Constitucional a partir de un método de selección de tutelas, es decir, no todas son revisadas por el Tribunal constitucional.

No existe acuerdo alguno respecto de cuál es la base para el reclamo de los derechos en el enfoque de los derechos humanos. Nuevamente una discusión sobre si es la racionalidad, la sintiencia o el hecho de estar vivos. Otra diferencia importante hace referencia en si los derechos son prepolíticos -enfoque de derechos humanos- o si son creaciones de las leyes y las instituciones-como lo creía Kant-. Por el contrario, el enfoque de las capacidades tiene una posición clara en cuanto a la reivindicación de los derechos, lo que legitima a una persona para hacer sus reclamos justificados es la existencia de una persona como ser humano, es decir, el mero nacimiento de una persona dentro de la comunidad humana.

Los derechos de una persona – en el enfoque de las capacidades- no se basan exclusivamente en sus capacidades actuales, sino, en las capacidades básicas, características de la especie humana. Por ejemplo, si la señora en estado de embarazo -sujeto objeto de la sentencia en revisión- no cuenta con las posibilidades de acceder a los servicios básicos, un

trabajo en condiciones dignas, un lugar donde vivir con base en la dignidad y en general una calidad de vida a partir del merecimiento humano, la concepción política debería proporcionar vehículos para lograr estos objetivos, observando a las capacidades como metas políticas.

Con base en el pensamiento de Martha Nussbaum, se sostiene que los derechos relevantes son prepolíticos, y no, meras creaciones de las leyes y las instituciones. (Cfr. Nussbaum, 2017; p. 284).

Otro aspecto para analizar es la forma en cómo el Estado reconoce los derechos fundamentales (derechos humanos instrumentalizados internamente) y es, a partir de una libertad negativa. Esto quiere decir que el Estado no intervendrá ni prohibirá los derechos y las libertades. Al Estado no le corresponde ningún tipo de acción afirmativa. Y el enfoque de las capacidades, atiende al reconocimiento de los derechos como una tarea afirmativa.

A este respecto Martha Nussbaum menciona que la garantía de los derechos sirve para el reconocimiento de la justicia social. “En la medida en que los derechos sirven para definir la justicia social, no deberíamos reconocer que una sociedad es justa a menos que se hayan alcanzado efectivamente las capacidades correspondientes” (Nussbaum, 2017, p. 285).

Algo importante a diferenciar, es que un derecho prepolítico puede estar reconocido, pero no necesariamente puede estar implementado. Sin embargo, al definir los derechos en el lenguaje de las capacidades, se da claridad respecto de que la participación política no es reconocida únicamente porque se encuentre incorporada en un instrumento jurídico, sino cuando en realidad se verifique su existencia a través de medidas efectivas para que las personas puedan actuar realmente en el sector político.

El accionar afirmativo por parte del Estado, es lo que pone en marcha todo el aparato estatal. Quizás, a hoy, existan instrumentos jurídicos tanto internacionales como internos para sobrellevar la situación migratoria en cada uno de los países. Sin embargo, me pregunto si en realidad existen medidas efectivas para la implementación de los derechos de los extranjeros en Colombia. Hoy sin importar que su situación migratoria sea regular o irregular, los migrantes venezolanos pueden acceder a los servicios de salud, pero, en la práctica ¿si nos encontramos una materialización efectiva? Que tan eficaz será presentar un mecanismo de protección constitucional como lo es la acción de tutela y que en las primeras instancias se

reciba una respuesta negativa por parte de los jueces, quienes en primera medida deben ser los garantes de los derechos de las personas, sean nacionales o no.

Habiéndose pronunciado la Corte Constitucional a favor de la tutela y la salvaguarda de los derechos de la señora X y su hijo quien estaba por nacer, supongamos que hayan logrado regularizar su situación migratoria y que puedan acceder al servicio inicial de urgencias, que puedan ingresar a sus hijos a los primeros niveles de educación, como lo establecen los instrumentos jurídicos internos. ¿Se están garantizando plenamente los derechos de estas personas? En el lenguaje de los derechos, sí. Plenamente. Pero, en el lenguaje de las capacidades no podríamos estar seguros si estas personas pueden llegar a realizar un análisis respecto de lo que son capaces de ser y de hacer. Pues, en el enfoque de las capacidades todas las libertades se definen como capacidades para hacer algo.

Argumenta Nussbaum, que no pueden garantizarse las libertades si existen privaciones económicas o educativas, pues hacen que las personas sean incapaces de actuar realmente de acuerdo con las libertades que se les reconocen sobre el papel. (Nussbaum, 2017 p.288). Es importante mencionar que el enfoque diferencia y separa a las libertades (derechos de primera generación) del orden económico.

En su obra, *Las fronteras de la justicia* (2017) Martha Nussbaum realiza una importante distinción entre el enfoque de los derechos humanos y el enfoque de las capacidades,

El discurso tradicional sobre derechos ha ignorado cuestiones sobre desigualdad (...) El lenguaje de los derechos está estrechamente asociado a la distinción tradicional entre una esfera pública, regulada por el Estado, y una esfera privada, donde el Estado no debe interferir. (p.288).

Claramente cuando nos referimos a la población de ciudadanos migrantes venezolanos, estamos hablando de una población que tiene una carga adicional a la de los ciudadanos colombianos. Está este tipo de migrantes que requieren de la asistencia del Estado, quienes no tienen una situación migratoria regular, inclusive. Pero decir que las personas tienen derecho a X cosa, es decir que están legitimadas para reclamarlo. Me pregunto, ¿si un ciudadano venezolano justifica su petición a trabajo y vivienda digna, es suficiente para reclamarlo por parte de cualquier Estado? No lo es. Debe existir una materialización de la legitimidad, y es a partir de herramientas y estrategias para lograr la consecución de las capacidades combinadas

para el funcionamiento humano, sin importar el lugar de nacimiento de los seres humanos. Sólo basta con el hecho de serlo.

Las capacidades humanas centrales no son simplemente objetivos sociales deseables, sino títulos basados en la justicia para una reclamación urgente. El enfoque de las capacidades especifica una lista de 10 capacidades centrales y además un umbral mínimo que la comunidad internacional deberá tratar de alcanzar en cada país, teniendo en cuenta el derecho constitucional de cada nación.

El enfoque de las capacidades no es un rival del enfoque de los derechos humanos. No es que la autora proponga que debe escogerse sólo uno, de hecho, precisa que pueden complementarse y que, si se quiere, el enfoque de las capacidades puede ser una especificidad de los derechos humanos. Hay que tener una claridad y es que el enfoque de las capacidades otorga tareas afirmativas a la esfera pública y la interdependencia entre la libertad y la economía.

Cuando la autora, habla del consenso entrecruzado y habla de las raíces liberalistas del enfoque de las capacidades, propone una justificación ética y política en donde este enfoque logre reunir doctrinas comprensivas razonables que apoyen y sostengan la concepción política.

El enfoque de las capacidades tiene una premisa desde la filosofía de Kant, y es, que el enfoque propugna por un principio según el cual cada persona es un fin en sí misma. (Nussbaum, 2017 a, p.55). El objetivo para este enfoque es producir capacidades para todas las personas, inclusive cuando deba hacerse una discriminación positiva, habrá que propugnar por fomentar el desarrollo de las personas de manera individual, aun cuando deban desarrollarse en lo colectivo. Y basta, para la reivindicación de los derechos que exista vida humana sin entrar en conciliaciones de tipo racional o abstracto, el enfoque de las capacidades otorga aún más claridad y se propone como un complemento a los actuales enfoques occidentales.

Esta temática no finaliza aquí, queda abierta la discusión sobre cómo materializar una solución para las tres fronteras de la justicia propuestas por la autora, como lo son la garantía de la justicia para las personas en situación de discapacidad, los derechos de los animales, y

finalmente el cosmopolitismo. Sin embargo, en una sociedad como la colombiana y en un Estado como el nuestro que presenta graves problemas de eficacia y viabilidad para la garantía de la democracia, se presenta un reto sobre cómo reflexionar acerca de la aproximación a dichas fronteras dentro de una órbita de garantía para la justicia social.

Bibliografía

- Arias, A. D. (2013). ¿Hacia una justicia sin fronteras? El enfoque de las capacidades de Martha Nussbaum y los límites de la justicia. *Revista internacional de Filosofía*, pp.51-68.
- Aristóteles. (2005). *Ética a Nicómaco*. Madrid: Alianza Editorial.
- Benfeld, J. S. (2012). "Justice as fairness" y la idea de equilibrio reflexivo. *Revista de Derecho (Valparaiso)*, pp.607-635.
- Bobbio, Norberto (2013). *Teoría general del Derecho*. Bogotá. Temis.
- Congreso de la República de Colombia. (9 de enero de 2007). (Ley 1122 de 2007). *Por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones*. DO: 41214.
- Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, Declaración del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales: *Obligaciones de los Estados con respecto a los refugiados y los migrantes en virtud del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, E/C.12/2017/1.
- Constitución Política de Colombia (Const.) (1991) 2da Ed. Legis.
- Corte Constitucional, Sala plena. (12 de noviembre de 1992) Sentencia de Constitucionalidad C-587-1992. (MP. Ciro Angarita Barón) Bogotá. 1992.
- Corte Constitucional, Sala plena. (01 de noviembre de 1994) Sentencia de Constitucionalidad C-548-1994. (MP. Carlos Gaviria Diaz) Bogotá. 1994.
- Corte Constitucional, Sala plena. (06 de abril de 2015) Sentencia de Constitucionalidad C-143 de 2015. (MP. Luis Ernesto Vargas Silva) Bogotá. 2015.
- Corte Constitucional, Sala plena. (15 de noviembre de 2017) Sentencia de Unificación SU 677 2017. (MP. Gloria Stella Ortiz Delgado) Bogotá. 2017.
- Corte Constitucional, Sala plena. (02 de diciembre de 1998) Sentencia de Unificación SU 747 1998. (MP. Eduardo Cifuentes Muñoz) Bogotá. 1998.
- Corte Constitucional, Sala séptima de Revisión (17 de octubre de 2002) Sentencia de Tutela T 881 de 2002 (MP. Eduardo Montealegre) Bogotá. 2002.
- Corte Constitucional, Sala octava de Revisión (02 de junio de 2016) Sentencia de Tutela T 291 de 2016 (MP. Alberto Rojas Ríos) Bogotá. 2016.
- Corte Constitucional, Sala sexta de Revisión (04 de julio de 2017) Sentencia de Tutela T 423 de 2017 (MP. Ivan Humberto Escrucería) Bogotá. 2017.
- Corte Constitucional, Sala sexta de Revisión (01 de junio de 2018) Sentencia de Tutela T 210 de 2018 (MP. Gloria Stella Ortiz Delgado) Bogotá. 2018.
- Corte Constitucional, Sala novena de Revisión (29 de enero de 2019) Sentencia de Tutela T 025 de 2019 (MP. Alberto Rojas Rios) Bogotá. 2019.

- Corte Constitucional, Sala Quinta de Revisión (25 de febrero de 2019) Sentencia de Tutela T 074 de 2019. (MP. Antonio José Lizarazo Ocampo) Bogotá. 2019.
- Gutmann, A. (2013). "Ciudadanía Democrática. En M. C. Nussbaum", *Los límites del Patriotismo* (p,s. 91-97). Barcelona: Paidós.
- Kant, Immanuel. Fundamentación de la metafísica de las costumbres, trad. M. García Morente, Madrid: Encuentro, "opuscula philosophica", 2003
- Nussbaum, M. (2001). El futuro del liberalismo feminista. *Areté*, pp.59-101.
- Nussbaum, M. (2017). *Crear capacidades: propuesta para el desarrollo humano*. Barcelona, España. : Paidós.
- Nussbaum, M. C. (1995). *La fragilidad del bien, Fortuna y ética en la tragedia y la filosofía Griega*. Cambridge: University of Cambridge.
- Nussbaum, M. C. (2002). *Las Mujeres y el desarrollo humano*. Barcelona: Herder S.A.
- Nussbaum, M. C. (2013). *Los límites del patriotismo*. Barcelona, España: Paidós.
- Nussbaum, M. C. (2016). *Las Fronteras de la Justicia: consideraciones sobre la exclusión*. Barcelona: Paidós.
- Nussbaum, M. C. (2017) *Emociones Políticas ¿Por qué el amor es importante para la justicia?* Barcelona: Paidós.
- Pachón, G. E. (2013). *Democracia y liberalismo político. La perspectiva de Martha Nussbaum*. Colombia.
- Pelé, A. (S.F.). *Una aproximación al concepto de dignidad humana*. Universidad Carlos III de Madrid. Madrid.
- Recasens siches, Luis. Tratado General de Filosofía del Derecho. México: Porrúa, 2001, p. 434.
- Segni, Lotario (de). Il disprezzo del mondo, (II. 31), trad. R. D'Antiga, Milán: Luni, 1999, p. 126.
- Sen, M. N. (1996). *La calidad de vida..* México: Fondo de cultura económica.
- Serrano, E. (2005). La Teoría Aristotélica de la Justicia . *Isonomia*, pp.124-160.
- Unidas, P. d. (2016). *Informe sobre Desarrollo Humano*. Nueva York: PDNU.
- Vigo, A. G. (2012). Deliberación y decisión según Aristóteles . *Tópicos (Méxicos)* .