

EL AMPLIO DERECHO A LA ESPERANZA COMO EL PRIMER DERECHO HUMANO

THE BROAD RIGHT TO HOPE AS THE FIRST HUMAN RIGHT

JUAN CARLOS RIOFRÍO MARTÍNEZ-VILLALBA¹

Resumen

El derecho a la esperanza ha aparecido mencionado en diversos *obiter dictum* de la jurisprudencia norteamericana del último siglo, y en la última década ha logrado el reconocimiento formal como derecho autónomo de quienes padecen cadenas perpetuas. El Papa Francisco ha entrado al debate con una propuesta muy original sobre este derecho, que ha llegado a calificarlo como el primer derecho y más fundamental derecho humano. La doctrina pontificia presenta a los juristas desafíos no pequeños que aún quedan por resolver. En este escrito se analiza el derecho a la esperanza cotejando fuentes jurisprudenciales americanas y europeas, que la mayoría de las veces resultan complementarias. Después de mostrar cómo ha evolucionado este derecho, se analiza qué tipos de fundamento lo podrían avalar, cuál sería el objeto protegido de este nuevo derecho y, finalmente, en qué consiste la posible supremacía que podría tener sobre el resto de los derechos humanos.

Palabras clave

Derechos humanos, derecho a la esperanza, expectativas de derecho, legítimo interés, derecho penitenciario, derechos fundamentales, esperanza.

Abstract

The right to hope has been mentioned in various *obiter dictum* of some American case-law of the last century, and in the last decade it has achieved formal recognition as an autonomous right of those who suffer life imprisonment. Pope Francis has entered the debate with a singular original proposal on this right, which he has come to qualify as the first and most fundamental human right. Pontifical doctrine presents

¹Licenciado en Ciencias Jurídicas y Políticas, Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República y Doctor en Jurisprudencia por la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil. Especialista Superior en Derecho y Gestión de las Telecomunicaciones, por la Universidad Externado de Colombia. Licenciado en Derecho Canónico y Ph. D. en Derecho Canónico por la Università della Santa Croce, Roma. Correo electrónico: jcriofrio@strathmore.edu

jurists with no small challenges that remain to be solved. In this article, the right to hope is analyzed by comparing American and European jurisprudential sources, which most of the time are complementary. After showing how this right has evolved, this article analyzes what types of grounds could support it, what would be the protected object of this new right and, finally, what could be the possible supremacy it could have over other human rights.

Keywords

Human Rights, Right to Hope, Legal Expectations, Legitimate Interest, Prison Law, Fundamental Rights, Hope.

Sumario: 1. Introducción 2. Evolución del derecho a la esperanza 3. Fundamentación del derecho a la esperanza 4. Objeto protegido por el derecho a la esperanza 5. La primacía del derecho a la esperanza 6.

1. Introducción

Vivimos en una época en la que los derechos proliferan de manera prodigiosa². Con o sin razón hoy se proclaman nuevos derechos para todo. Este *right-boom* puede deberse a una mejor comprensión y distinción de los antiguos derechos, a un más civilizado tratamiento de los seres humanos, o a la simple consagración formal de cualquier aspiración lograda a través del activismo judicial.

Uno de los tantos derechos que ha comenzado a asomar cabeza en el horizonte internacional es el llamado “derecho a la esperanza”. Pionera en el asunto ha sido la jurisprudencia norteamericana, la que tras dedicar numerosos *obiter dictum* desde el año 1934, ha consagrado finalmente en el año 2010 un cierto derecho a la esperanza de los condenados a cadena perpetua. La Corte de Estrasburgo, y otras muchas en el mundo, le seguirán de cerca en el camino. Sin embargo, será el Papa Francisco quien le dará un giro radical a este derecho en varios de sus discursos, donde incluso ha sido calificado como “el primero y el más fundamental derecho humano.”

En los primeros capítulos de este escrito analizaremos la mencionada jurisprudencia y las reflexiones formuladas por el Romano Pontífice en cinco discursos, a fin de justificar, definir y delimitar los contornos del derecho a la esperanza con ambas fuentes. Con estos antecedentes en el último capítulo abordamos la cuestión de la posible primacía del derecho.

² Sobre el tema, me remito a lo escrito en Riofrío, 2017.

2. Evolución del derecho a la esperanza

Desde hace muchos años la frase “derecho a la esperanza” ha sido usada en muy diversos contextos³. Suele entonces tener tintes más poéticos que jurídicos, y expresa el deseo que el corazón humano tiene de cosas grandes.

En la doctrina jurídica algunos autores han tratado el tema en las últimas décadas. Ya en 1989 Laborit observaba que los internos debían desarrollar la esperanza desde que están en su celda, sin esperar a cumplir con la condena (1989, pp. 356 y ss). Según el autor francés, ellos podían salir “virtualmente” de los muros de la prisión, pese a que su cuerpo siga permaneciendo dentro de ellos. Otros autores se han centrado en el derecho del condenado de conocer “con esperanza inquebrantable” que nadie le puede atrasar la fecha programada de liberación, pudiendo incluso adelantarse su día si se dieran ciertas circunstancias⁴. Tal esperanza, por tanto, tendría dos dimensiones: la esperanza que impulsa al preso a salir de la cárcel y la que hay que desarrollar dentro de la celda.

Sin embargo, quienes más han desarrollado la noción y alcance del derecho a la esperanza han sido los jueces norteamericanos, la Corte de Estrasburgo y la doctrina pontificia, según veremos a continuación.

2.1. Evolución en la jurisprudencia

Desde hace casi un siglo la jurisprudencia norteamericana ha mencionado en múltiples ocasiones el “*right to hope*”. La mayoría de las veces se trata solo de un *obiter dictum* formulado por los tribunales inferiores, una frase corta, dicha de paso sin dar mayores explicaciones. En todo caso, conviene pasar revista de ellas para ver qué tuvieron en mente los jueces cuando aludieron a este derecho.

Una de las primeras menciones consta en *McDanel v. General Insurance Co.* (1934), un proceso donde el cliente defendido (el asegurado) estaba ausente. En un momento determinado el juez observa que la aparición del asegurado en el proceso podría ser esperada: el abogado “*had a right to hope for if not expect*”⁵. Una

³Por ejemplo, para temas religiosos, artísticos o de protección ambiental. Cf. *World Council of Churches* (2021). En 1995 la UNESCO organizó el proyecto “*The Right to Hope*” por su aniversario 51 relacionado con la paz, equidad y seguridad ambiental. Otro tópico totalmente distinto aparece en *HOAX Our Right to Hope Archives* (2021).

⁴Beristain, A. (1999). ¿Derechos deberes humano-fraternales en las prisiones? (desde el radicalismo étnico la paz en el país vasco). *International Annals of Criminology*, 37(1-2), 92.

⁵*McDanel v. General Insurance Co.* [Civ. No. 8641. Second Appellate District, Division Two. October 18, 1934.]

frase similar se repetirá luego en otros casos⁶. Lo interesante de la frase es que contrapone el derecho a esperar, que sería algo más endeble, con las legítimas expectativas.

Más tarde en *Cook v. Colby College* (1959) la Corte Suprema de Maine analizó una compensación por daños a una mujer que tenía un ojo con muy mala visión, que perdió totalmente después de un accidente. Previamente el ojo solo podía distinguir entre la luz y la oscuridad, y apreciar entre sombras algunos objetos muy cercanos. Para determinar la compensación se observó que “ella tenía derecho a esperar que, con el avance de la ciencia médica, la visión de sus ojos pudiera mejorar en el futuro”⁷. Por tanto, tenía “algo de valor presente” (ibid.) que se perdió con el accidente. Así se sugería que se debería compensar tanto el valor del órgano deficiente perdido, como la posibilidad futura de su sanación. La esperanza tiene precio.

En *Commonwealth of Kentucky v. Thomas C. Brinkley* (1962), la Corte de Apelaciones de Kentucky mencionó de paso que “nuestros refugios antiaéreos más modernos dan fe del hecho de que todo el mundo todavía desea el derecho a la esperanza de sobrevivir y un lugar para esconderse.” En esta simple afirmación la esperanza se asocia con el deseo, y con la supervivencia. Cabe intuir que la esperanza de sobrevivir ha de merecer una protección especial.

Un fallo muy interesante que analiza con algo más de detalle el tema es *Chenell v. Westbrook College* (1974). Allí la Corte Suprema de Maine analizó el caso de una bailarina cuyas “extraordinarias habilidades para bailar no se ponen en cuestión”. Desafortunadamente, un día cayó sobre ella un gabinete de 215 kilos que le inmovilizó las piernas contra el piso del gimnasio. El fallo a favor de la demandante habla del “derecho a la esperanza que ella tenía de algún día poder llegar a ser una segunda Isadora Duncan”. Aquí hay algo más que un derecho a soñar, pues estamos ante una bailarina “sobresaliente”, lo que justifica una compensación mayor. Como se ve, las esperanzas más posibles mayor precio tienen.

Posteriormente aparece un conjunto de fallos que hablan de la esperanza en el proceso judicial. En *Schremp v. Marvel* (1979), por ejemplo, la Corte Suprema de Delaware indicó que, pasados tres años del accidente sin continuar la causa, la defensa tiene derecho a esperar y a concluir que el litigio ha finalizado. Y en 1994 la Corte de Apelaciones de 7º Circuito observó que, aunque la ley prohíbe a los

⁶ V.g., en *Universal Steel co.*, 5 T.C. 627 (1945) y en *Myron's Enterprises, a Corporation, Plaintiff-appellant-cross-appellee, v. United States of America*, 548 F.2d 331 (9th Cir. 1977), en donde se menciona que ciertas personas “had a right to hope, if not expect” una venta determinada en un futuro cercano.

⁷Las traducciones de las sentencias son mías.

litigantes destruir las pruebas, tal disposición no obliga a terceras partes; por tanto, “mientras que Camaro Trading no podía destruir los registros, la compañía tenía el derecho de esperar que el banco lo hubiera hecho” y, por tanto, él tenía interés en el litigio⁸. Aquí el derecho a la esperanza viene a ser el soporte del interés legítimo necesario para intervenir en el proceso.

Las menciones del derecho a la esperanza también aparecen en otras áreas. En el mismo año 1994 el 7º Circuito señalará que las partes de un contrato tienen “el derecho a esperar que su interpretación pueda prevalecer, pero no al derecho a que... su interpretación sea correcta”⁹. Aquí el derecho a la esperanza es algo muy débil, incapaz de justificar una demanda judicial. Y en 1999 otro juez observará en un caso de menores que “en la mayoría de los casos de dependencia, el menor simplemente obtiene el derecho a esperar ser adoptado por una familia que lo amará, lo cuidará y lo nutrirá”¹⁰. Nuevamente este derecho se ve casi como un derecho a desear, algo poco consolidado en el sistema jurídico.

Un hito aquí será *Graham v. Florida* (2010)¹¹ donde finalmente la Corte Suprema norteamericana tocó el tema de la esperanza de los presos. En una “cadena perpetua sin posibilidad de libertad condicional no existe la posibilidad de realizarse fuera de los muros de la prisión, ni de reconciliarse con la sociedad, [y] no hay esperanza”, dice la sentencia. Otras sentencias posteriores seguirán la línea trazada en 2010 y profundizarán en este derecho¹².

Tres años más tarde será la Corte Europea de Derechos Humanos quien dará un nuevo giro al tema en *Vinter and others v. United Kingdom* (2013). Allí la esperanza llega a ser un “aspecto constitutivo de la persona humana”. La opinión concurrente del Juez Power-Ford dirá:

“[H]ope is an important and constitutive aspect of the human person. Those who commit the most abhorrent and egregious of acts and who inflict untold suffering upon others, nevertheless retain their fundamental humanity and carry within themselves the capacity to change. Long and deserved though their prison sentences may be, they retain the right to hope that, someday, they may have

⁸ *Nissei Sangyo America, Limited v. United States of America*, US Court of Appeals for the Seventh Circuit - 31 F.3d 435 (7th Cir. 1994).

⁹ *Colfax Envelope Corp. v. Local*, No. 458-3M, 20 F.3d 750 (7th Cir. 1994).

¹⁰ *In re Jeremy S.* (2001), supra, 89 Cal.App.4th at p. 526. La frase será citada textualmente en *In re Jayson T.* (2002).

¹¹ *Graham v. Florida*, 130 S. Ct. 2011, 2018–20, 2030 (2010). Cf. Biskupic, 2010.

¹² Cf. *Miller v. Alabama*, 132 S. Ct. 2455, 2460, 2469 (2012); *US v. Rivera-Ruperto*, *US v. Gonzalez-Miranda*, *US v. Nieves-Velez*, No. 12-2364 (1st Cir. 2018); *State v. Majors* (2020), Supreme Court of Iowa, no. 18-0536.

Sobre el tema, cf. Kirby, J. J. (2011). *Graham, miller, & the right to hope*. *CUNY Law Review*, 15(1), 149-172.

*atoned for the wrongs which they have committed. They ought not to be deprived entirely of such hope. To deny them the experience of hope would be to deny a fundamental aspect of their humanity and, to do that, would be degrading*¹³.

La Corte Europea volverá sobre el tema posteriormente, aunque con ciertas dudas¹⁴. En todo caso, ello ha generado que hoy sea cada vez más común hablar del derecho a la esperanza en el campo penitenciario¹⁵.

Como se ve, en la jurisprudencia comparada muy diversos temas quedan asociados con el derecho a la esperanza: temas de salud, de subsistencia, de menores, de contratos, temas procesales y temas de prisión. En ocasiones se ha llegado a pesar el valor económico del “derecho a la esperanza” en sí mismo, distinguiéndolo de otros derechos. No obstante, con mucha frecuencia se lo ve como un derecho a desear o a soñar, como algo que no llega a ser ni una “expectativa de derecho”, que solo sirve para justificar por qué alguien puede intervenir en un juicio. Todo esto contrasta fuertemente con la importancia que el Papa Francisco ha dado a este derecho en los últimos años.

2.2. *El derecho a la esperanza en el Magisterio Pontificio*

Desde el año 2017 el Papa Francisco ha dedicado algunas reflexiones al derecho a la esperanza, cuya noción y contenido ha desarrollado progresivamente, hasta llegar a afirmar que éste es el primero de los derechos humanos. Contamos con cinco discursos que tratan sobre el tema. Por la importancia que ellos tienen en este estudio, a continuación transcribiremos las partes más relevantes. El primero de estos discursos ofrece algunas definiciones muy importantes:

“Derecho a la esperanza. Muchos hoy experimentan soledad e inquietud, advierten el aire pesado del abandono. Entonces es necesario abrir espacio a este derecho a la esperanza: *es el derecho a no ser invadidos diariamente por la retórica del miedo y del odio*. Es el derecho a que no nos sumerjan las frases hechas de los populismos o la difusión inquietante y provechosa de las falsas noticias. Es el derecho a poner un límite razonable en la crónica negra, porque también la “crónica blanca”, a menudo silenciosa, tiene una voz. Es el derecho, para vosotros, los jóvenes a crecer libres del miedo al futuro, a saber que en la vida hay realidades hermosas y duraderas, por las que vale la pena entrar en juego. Es el *derecho de creer que el*

¹³ Corte Europea de Derechos Humanos. *Vinter and others v. the United Kingdom*, 66069/09, 9 de julio de 2013.

¹⁴ Por ejemplo, en *Trabelsi v. Belgium* (2014), que confirma la doctrina precedente, y en *Hutchinson v. United Kingdom* (2015) donde parece echar rienda atrás.

¹⁵ Cf. Graur, 2019; Kirby, 2011; Kuris, 2018.

verdadero amor no es “para usar y tirar” y que el trabajo no es un espejismo de alcanzar, sino una promesa para cada uno, que hay que mantener. (...)

Pero hoy vivimos una crisis que es también una gran oportunidad, un reto a la inteligencia y la libertad de cada uno, un reto que hay que aceptar para ser *artesanos de esperanza*” (Francisco, 2017, octubre 1).

En este primer discurso aparece una clara definición del derecho. Estamos ante el derecho “a no ser invadidos por la retórica del miedo y del odio”, lo que incluye “el derecho de creer” en el verdadero amor y en un futuro realizable a través del propio trabajo. El discurso —que vale la pena leer— recoge algunas consecuencias de este derecho, entre las que destaca la responsabilidad por el futuro de la casa común.

El año siguiente volverá a hablar de este derecho en dos ocasiones:

“Seamos cada vez más solícitos al tratar de dar, a quien la haya perdido, la esperanza que necesita para vivir que, de hecho, representa, de alguna manera, el primero y el más fundamental derecho humano, antes que nada, de los jóvenes. El derecho a la esperanza, esa esperanza cancelada hoy para tanta gente... El primer derecho humano: el derecho a la esperanza.

La esperanza de un futuro mejor *siempre pasa por la propia actividad e iniciativa, es decir por el propio trabajo, y nunca solamente por los medios materiales disponibles.* De hecho, no hay seguridad alguna ni forma de bienestar que pueda garantizar plenitud de vida y realización personal. Uno no puede ser feliz sin la posibilidad de ofrecer su propia contribución, pequeña o grande, a la construcción del bien común. Cada persona puede dar su contribución —¡más aún, debe darla!— para no volverse pasiva, o sentirse ajena a la vida social” (Francisco, 2018, junio 15).

Y pocos días más tarde añadirá:

“Hoy en el almuerzo un pastor dijo que tal vez el primer derecho humano es el derecho a la esperanza, y eso me gustó, y tiene que ver con este tema. Hemos hablado sobre la crisis de los derechos humanos hoy. Creo que debo comenzar con esto para pasar a su pregunta. La crisis de los derechos humanos parece clara. Se habla un poco de derechos humanos, pero muchos grupos o algunos países, toman distancia. Sí, tenemos derechos humanos, pero... no existe la fuerza ni el entusiasmo ni la convicción, no digo ya de hace 70 años, sino de hace 20 años. Y esto es grave porque debemos ver las causas. ¿Cuáles son las causas por las que hemos llegado a esto? Que hoy los derechos humanos son relativos. También el

derecho a la paz es relativo. Es una crisis de derechos humanos. Esto creo que debemos pensarlo a fondo” (Francisco, 2018, junio 21).

Esta vez Francisco no define el derecho, ni sus contornos, pero señala dos pautas muy relevantes. La primera es una explicación más acabada del “derecho a creer” en un futuro realizable por el trabajo: “la esperanza de un futuro mejor siempre pasa por la propia actividad e iniciativa, es decir por el propio trabajo, y nunca solamente por los medios materiales disponibles,” dijo en el primer discurso. En este contexto, “creer” no es solo un acto interno del pensamiento que acepta como verdadero una proposición, sino que incluye el esfuerzo personal y toca los contornos del derecho al trabajo.

La idea más original vertida en junio de 2018 es la de poner el derecho a la esperanza como “el primero y el más fundamental derecho humano”, asunto del que trataremos en el último inciso. Aquí solo me limitaré a observar la relación que esta idea tiene con el fundamento de los derechos humano, mencionada en el segundo discurso de ese año. Ahí, tras hablar de la primacía del derecho a la esperanza pasa a criticar la base relativista de los actuales derechos humanos. Ambos temas están relacionados. Sin esperanza, sin una razón última clara y segura de todo el sistema de derechos, los derechos humanos se desvanecen en el relativismo. Hasta el derecho a la paz resulta subjetivo: lo que da paz a uno no tiene por qué darla a otro. Nada permanece en pie. Con lo cual, para creer en los derechos humanos ha de aceptarse previamente un fundamento más firme que la mera voluntad. Según la doctrina pontificia este fundamento estaría relacionado con el derecho a la esperanza. Como se dijo, volveremos sobre este asunto más adelante.

El año 2019 Francisco tratará del tema en un nuevo contexto, el de la penitenciaría y centros de rehabilitación:

“Corresponde a cada sociedad alimentarla, garantizar que la pena no comprometa el derecho a la esperanza, y que se garanticen las perspectivas de reconciliación y reintegración. Al mismo tiempo que se corrigen los errores del pasado, no se puede borrar la esperanza en el futuro. La cadena perpetua no es la solución de los problemas —lo repito, la cadena perpetua no es la solución de los problemas—, sino un problema a resolver. Porque si se encierra en una celda la esperanza, no hay futuro para la sociedad. ¡Que nunca se prive del derecho de empezar de nuevo! Vosotros, queridos hermanos y hermanas, con vuestro trabajo y vuestro servicio sois testigos de este derecho: el derecho a la esperanza, *el derecho a volver a empezar*” (Francisco, 2019, septiembre 14).

El Papa añade nuevas consecuencias del derecho a la esperanza: el derecho a no “borrar la esperanza en el futuro” y “el derecho a volver a empezar”. Como la pena

de muerte¹⁶ y las cadenas perpetuas imposibilitan ambas cosas, tales penas resultan injustas e inhumanas. Aquí Francisco parece estar muy cerca de lo fallado en *Graham v. Florida* (2010) y en *Vinter and others v. the United Kingdom* (2013), pero en realidad va mucho más allá. Aunque todos parten de premisas semejantes, solo el Pontífice hace una condena categórica de las penas mayores¹⁷. Los jueces en cambio mantendrán en pie su vigencia. Al mismo tiempo, la doctrina pontificia redimensiona la finalidad de las penas: la rehabilitación del preso no consiste solamente en prepararlo para que se reintegre en la sociedad, sino también para que vuelva a nacer en él la esperanza de las cosas grandes.

La reflexión del Papa Francisco que más resonará en los medios de comunicación será la hecha al final de la Semana Santa del año 2020, en medio de las incertidumbres de la pandemia:

“En esta noche conquistamos un derecho fundamental, que no nos será arrebatado: el derecho a la esperanza; es una esperanza nueva, viva, que viene de Dios. No es un mero optimismo, no es una palmadita en la espalda o unas palabras de ánimo de circunstancia, con una sonrisa pasajera. No. Es un don del Cielo, que no podíamos alcanzar por nosotros mismos: Todo irá bien, decimos constantemente estas semanas, aferrándonos a la belleza de nuestra humanidad y haciendo salir del corazón palabras de ánimo. Pero, con el pasar de los días y el crecer de los temores, hasta la esperanza más intrépida puede evaporarse. La esperanza de Jesús es distinta, infunde en el corazón la certeza de que Dios conduce todo hacia el bien, porque incluso hace salir de la tumba la vida” (Francisco, 2020, abril 11).

Aquí Francisco siente la necesidad de anclar este derecho en algo más profundo que el mero buen ánimo o el sentido positivo de la vida. La idea ya había sido sugerida por Juan Pablo II, quien en la Navidad de 2001 señaló que Dios “se hizo hombre, para devolvernos el derecho de esperar”¹⁸. En el fondo, el derecho a la gran esperanza humana solo puede anclarse en un Dios vencedor de la muerte. Es cierto que sin un Ser omnipotente capaz de controlar todo mal futuro el derecho a la esperanza pierde considerablemente su fuerza y corre el riesgo de diluirse en un

¹⁶ De hecho, el Papa Francisco cambió ex Rescrito “ex Audentia SS.mi” de 2 de agosto de 2018 la redacción del punto 2267 del Catecismo de la Iglesia Católica, para señalar más categóricamente que “la pena de muerte es inadmisibles, porque atenta contra la inviolabilidad y la dignidad de la persona”. Cf. Francisco, Discurso del Santo Padre Francisco con motivo del XXV Aniversario del Catecismo de la Iglesia Católica, 11 de octubre de 2017: *L’Osservatore Romano*, 13 de octubre de 2017, 5.

¹⁷ A esta conclusión llega Almenara (2015): «*Pope Francis’ speech has proved that a discourse based on the protection of human dignity can provide the legal basis for complete abolition of life imprisonment. It is now for the ECtHR to make the next move*» (p. 376).

¹⁸ Juan Pablo II, Mensaje *urbi et orbe*, 25 de diciembre de 2001. https://www.vatican.va/content/john-paul-ii/es/messages/urbi/documents/hf_jp-ii_mes_20011225_urbi.html.

pasajero mundo de inocentes ilusiones. Sin embargo, entender estos conceptos teológicos en términos jurídicos no es para nada fácil.

3. Fundamentación del derecho a la esperanza

Si ya el tema del fundamento de los derechos humanos es ya complicado de por sí, mucho más lo es el fundamento del derecho a la esperanza. Y esto no es un tema baladí, porque del fundamento se desprende la solidez del derecho. Recuérdese alguna jurisprudencia norteamericana que llegó a tratar al derecho a la esperanza como un derecho a desear, algo que no llega a ser ni una “expectativa de derecho”. Revisando lo visto hasta ahora, encontramos que este derecho puede encontrar apoyo en elementos intencionales (ideas y deseos), en algunos hechos de la realidad, en elementos antropológicos o en el ser Divino. Desde mi punto de vista, estos fundamentos no son autoexcluyentes sino complementarios, y se exigen de tal modo unos a otros, que la exclusión de uno siempre va en perjuicio de los otros.

3.1. Fundamentos intencionales (ideas y deseos)

Según vimos, los jueces han señalado que el *right to hope* incluye el derecho a desear que alguien aparezca en el proceso (*McDanel v. General Insurance Co.*), a ponerle punto final a un litigio (*Schremp v. Marvel*),¹⁹ a que terceros hagan desaparecer las pruebas incriminatorias (*Nissei Sangyo America, Limited, v. USA*) y a que prevalezca la interpretación que una parte ha dado al contrato (*Colfax Envelope Corp. v. Local*). En este último caso el deseo se mezcla con la razón, y cabe imaginar algunas situaciones en las que la parte estará más justificada en su esperanza. Por ejemplo, si ella es un abogado mayor que conoce bien las líneas jurisprudenciales que interpretan ese género de contratos, bien se puede decir que su esperanza es casi un derecho consolidado. Por el contrario, la esperanza de que el desaparecido se asome en juicio resulta muy improbable.

Basados en los deberes de justicia natural, el derecho anglosajón ha desarrollado durante el siglo XX la doctrina de las legítimas expectativas, que impone a las autoridades el deber de respetar las legítimas expectativas que razonablemente han levantado en sus gobernados con su actuación²⁰. La misma doctrina se ha desarrollado fuera del sistema del *common law*. Por ejemplo, la Corte Constitucional

¹⁹Repárese en las similitudes de este derecho con “el derecho a volver a empezar” (Francisco, 2019, septiembre 14).

²⁰Hitos importantes en el desarrollo de la doctrina de las legítimas expectativas son *Schmidt v Secretary of State for Home Affairs* (1968) y *O'Reilly v Mackman* (1983) en el Reino Unido, *GTE (Australia) Pty. Ltd. v. Brown* (1986) en Australia, y *Abdul Nasir bin Amer Hamsah v. Public Prosecutor* (1997) en Singapore.

colombiana ha observado que conviene distinguir los derechos adquiridos, las expectativas de derecho y las meras expectativas. Los primeros pueden reclamarse directamente en juicio, las segundas merecen una cierta protección según varios factores (cuán fundadas son las expectativas, su probabilidad, concreción, entre otros), y las terceras carecen de protección legal²¹. Además, la misma Corte ha observado que “cuánto más cerca está una persona de acceder al goce efectivo de un derecho, mayor es la legitimidad de su expectativa en este sentido” (sentencia T-803-14), y mayor será por tanto su protección. Pienso que la misma progresividad ha de aplicarse al derecho a la esperanza, que está conectado intrínsecamente con estas figuras jurídicas.

En todo caso, es claro que las meras ideas o deseos (o meras expectativas) no constituyen justificación suficiente para que alguien pueda demandar algo en sede judicial. Tales razones y aspiraciones deben ser avalados por otros elementos: por ejemplo, la interpretación deseada de un contrato debe ser respaldada por la jurisprudencia, y la esperanza de hallar la vacuna contra un virus se asegura con horas de investigación. Un buen conocimiento de la realidad permite prever mejor el futuro y poner las esperanzas en algo más que sueños.

3.2. *Fundamentos extramentales (la realidad)*

Comparemos ahora el derecho a la esperanza de la destacada bailarina que perdió la movilidad de sus piernas tras sufrir un accidente en un gimnasio (*Commonwealth of Kentucky v. Thomas C. Brinkley*) con la esperanza de la mujer que perdió definitivamente su ojo defectuoso en un incidente automovilístico (*Cook v. Colby College*). La primera tenía una esperanza profesional específica y fundada en una incipiente carrera exitosa, mientras la segunda solo esperaba que a lo largo de los años la medicina llegara a encontrar la cura de su mal. En ambos casos el paso ordinario del tiempo y el acontecer normal de los eventos sin duda incrementaría las posibilidades de ambas de obtener lo esperado; sin embargo, tales esperanzas se desvanecieron para siempre en un accidente tanto para una, como para otra.

Con todo, es claro que la bailarina tenía algo más de control sobre su futuro, que la segunda. La primera tenía el derecho a labrarse el propio futuro, el derecho a “la esperanza de un futuro mejor” forjado “por la propia actividad e iniciativa, es decir por el propio trabajo” (Francisco, 2018, junio 15). Probablemente por eso ella tenía más razones para esperar que la segunda, y esto influyó en la valoración del monto a indemnizar. Como se ve, la esperanza fundamentada en la realidad puede tasarse. La pérdida de algo que ofrece posibilidades reales (un ojo, un par de piernas, un caballo que ha ganado varias carreras, el derecho a presentarse en una

²¹ Cfr. Corte Constitucional colombiana, sentencias T-803-14 y T-237/15.

licitación, etc.), tiene como consecuencia la pérdida de tales posibilidades. Mientras más ciertas y determinadas sean las posibilidades perdidas injustamente, mayor será lo que hay que pagar²².

Observamos que la mera realidad no crea esperanza. Para que propiamente haya esperanza la realidad debe estar acompañada tanto del deseo, aspiración, intención o expectativa de lo que vendrá, como de la posibilidad humana de alcanzarlo. Y esto nos lleva al siguiente tema.

3.3. *Fundamento antropológico*

Hay dos sentencias que merecen especial consideración: la que habla de la “esperanza de sobrevivir” en la guerra (*Commonwealth of Kentucky v. Thomas C. Brinkley*), y la que afirma que el huérfano tiene “derecho a esperar ser adoptado por una familia que lo amará, lo cuidará y lo nutrirá” (*In re Jeremy S.*). Aquí ya no nos encontramos con sueños de ser famoso, ni con aspiraciones de tener suerte. Estamos ante temas existenciales de todo ser humano, lo más básico que una persona puede exigir.

¿Por qué los jueces no hablan directamente del derecho a la vida y a la familia? En las circunstancias descritas no resulta fácil garantizarlo: en un bombardeo no siempre es fácil hallar refugio, y la administración de un orfanato no siempre tiene éxito gestionando adopciones. Como contrapartida, tampoco se descarta el derecho a la vida en la guerra, ni se dice que los huérfanos no tienen derecho al amor y cuidado de una familia. Al menos les queda la esperanza de que algún día sus deseos se hagan realidad. Estamos, ciertamente, ante cuestiones existenciales.

Los huérfanos no pueden demandar ante los jueces que se les otorguen unos padres que los amen, cuiden y nutran. A la vez, sí que puede exigir que les eviten “la crónica negra” —en palabras de Francisco—, aquellas frases desesperanzadas que los pueden llevar a un hundimiento emocional en la situación que atraviesan. Según la doctrina magisterial, incluso tienen derecho a la “crónica blanca” que les eleve el ánimo y les permita creer en el “verdadero amor”.

²² La teoría de la pérdida del chance o de la oportunidad se desarrolló en Francia con el nombre de *perte de chance*, *perte d' une chance*, *perte de chances* o *chance perdue*. Luego recibirá otros, como derecho a las posibilidades, derecho “de chance”, “pérdida di chance”, “pérdida o “frustración de la oportunidad”, entre otros. Cf. Tremante, Luigi (2006). La perdita di chance: Risarcimento del danno da attività amministrativa illegittima. Matelica (Macerata): Halley. Weingarten, Celia, & Ghersi, Carlos Alberto (2016). Daño al derecho de chance: Código civil y comercial de la Nación; Bénabent, Alain (1973). La chance et le droit. Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence. Carlos A. Ghersi, "Derecho de Chance Fundamentación Epistemológica Económica, El," *Con-texto: Revista de Derecho y Economía* 9 (2001): 6-10

Y lo dicho puede extenderse a todo el proyecto de vida de cada persona. Como dice la Corte de Estrasburgo, “la esperanza es un aspecto importante y constitutivo de la persona humana” (*Vinter and others v. United Kingdom*). La frase tiene mucho calado filosófico. La esperanza de “algo más” es constitutiva de la persona, que nunca se contenta con lo que alcanza, que siempre quiere más, siempre espera más. Como decía Polo, nuestro espíritu (con su inteligencia y voluntad) está abierto al infinito a tal punto que si Dios no existiera, o si no fuera posible alcanzarlo íntimamente, el género humano estaría condenado a la angustia existencial²³. Dios debe existir para evitar el fracaso humano. Así, la comprensión profunda del corazón humano nos abre las puertas a la teodicea, y ésta nos lleva a la teología.

3.4. *Fundamento teológico*

El Catecismo de la Iglesia Católica afirma:

“La virtud de la esperanza corresponde al anhelo de felicidad puesto por Dios en el corazón de todo hombre; asume las esperanzas que inspiran las actividades de los hombres; las purifica para ordenarlas al Reino de los cielos; protege del desaliento; sostiene en todo desfallecimiento; dilata el corazón en la espera de la bienaventuranza eterna (...)” (n. 1818).

Todas las pequeñas esperanzas que aparecen desperdigadas en la vida de cada ser humano (esperanza de sobrevivir en lugares inseguros, de tener salud en la vista y en las piernas, de tener una familia, de ser amado, de realizar ciertos proyectos, etc.) consciente o inconscientemente apuntan hacia algo superior: a las ansias de perpetuarse, de realizarse sin límites, de alcanzar alegrías cada vez mayores. Nadie se queda contento con las metas alcanzadas, siempre se aspira a más. Esto es algo que forma parte de la esencia humana, como bien lo señaló la Corte de Estrasburgo: “denegarles la experiencia de esperanza sería denegarles un aspecto fundamental de su humanidad y, por lo tanto, sería degradante”²⁴.

Independientemente de que Dios exista o no, nadie tiene derecho a destruir la esperanza de alcanzar la mayor unión con la Belleza infinita (Dios). En las religiones monoteístas esto suele implicar una creencia en un Creador benigno, en un Dios que es amor, en un Salvador que ha prometido un futuro glorioso a la humanidad. Todo ello se destruiría, como dice Francisco, a través de la “crónica negra” que ahoga las esperanzas del corazón humano, o también a través de un secularismo inhumano que elimina a Dios de varias facetas importantes de la vida, o de una sociedad consumista centrada obsesivamente en cosas de escasa importancia. Al

²³ Cf. Polo, 2010, pp. 148-155; 2014, pp. 195-196; 2015, pp. 160-175, 216; y Moros Claramut, 2017.

²⁴ *Vinter and others v. United Kingdom*. La traducción es mía.

menos se ha de respetar la libertad de cada persona de esperar y trabajar por conseguir la felicidad más alta posible según los dictados de su propia consciencia. Ahora bien, el derecho a la gran esperanza queda mejor justificado si existe un Dios omnipotente que es amor, que ha redimido al género humano y ha prometido la vida eterna. En rigor, para que pueda hablarse de un verdadero derecho a la esperanza —como deja entrever la doctrina pontificia—, y no de muchos derechos menores a aspirar un sinnúmero de cosas de diversa importancia, es preciso que exista un fundamento común y amplio que cobije todas las particularidades. Para tal efecto conviene acudir a la *doctrina de la concatenación de los fines* que hilvana varios fines intermedios para conseguir un gran fin último. Así, por ejemplo, la esperanza de no ser perjudicado en un conflicto justifica que la persona intervenga en un juicio sobre la materia; pero no se está en un juicio porque ello sea divertido, sino para fines ulteriores, como el de solucionar un problema de colocación familiar; y esto a su vez tiene otro fin posterior, como la felicidad del menor. Las mayores felicidades humanas por las que uno se juega la vida son de índole personal: mientras la persona pueda dar más, más felicidad se obtendrá. Siendo Dios el ser infinito, el que más puede dar, Él se constituirá en la esperanza última del género humano. Ante Él todas las esperanzas y proyectos humanos se convierten en medios destinados a alcanzar lo más sublime. Solo el gran derecho a la esperanza en Dios es capaz de unificar las pequeñas esperanzas que van apareciendo a lo largo de la vida, dándoles un cauce y sentido más profundo.

El fundamento del derecho a la esperanza “no es un mero optimismo, no es una palmadita en la espalda o unas palabras de ánimo de circunstancia, con una sonrisa pasajera” (Francisco, 2020, abril 11). La esperanza de la existencia humana requiere que se verifique una serie de presupuestos que hagan plausible la máxima felicidad. Bien lo dice la sabiduría bíblica: si no hay vida después de la muerte, “comamos y bebamos, que mañana moriremos” (1 Cor 15, 32). Quien no cree en la vida después de la muerte ha de soportar “la angustia existencial”, esa sensación de futilidad y de no servir para nada que se incrementa progresivamente mientras uno se va acercando a la muerte. El hombre entonces no es más que carne para los cementerios, pasión de infinito de antemano frustrada²⁵.

Por tanto, el fundamento más profundo del derecho a la esperanza exige al menos tres cosas: que exista un Ser infinito de bondades, que la persona pueda unirse a Él de tal forma que pueda gozar de sus bienes, y que tenga vida eterna para tal efecto. Aceptar esto, sin duda, exige realizar muchos actos de fe, algo que no puede pedirse a todos. Aquí ya no se puede avanzar un paso más sin aceptar una fe que nos abra el camino. Hemos escogido la teología pontificia para seguir avanzando,

²⁵“El hombre es una pasión inútil”, dijo el mayor de los existencialistas, Jean Paul Sartre. *Being and Nothingness* (1943) pt. 4, ch. 2.

porque es la que mejor ha hablado acerca del derecho a la esperanza. El Papa Francisco da en el clavo cuando dijo que en la noche de resurrección “conquistamos un derecho fundamental, que no nos será arrebatado: el derecho a la esperanza; es una esperanza nueva, viva, que viene de Dios” (2020, abril 11). Sin Dios que dirige todo hacia el bien, sin promesas de salvación, sin redención, sin resurrección no hay derecho a la esperanza fundamental, sino solo ilusiones de alcanzar lo inalcanzable.

Aún cabe profundizar algo más en el tema atendiendo a la letra de un antiguo himno litúrgico probablemente del siglo XVII, *Oh cor amoris victima*²⁶. Allí el Corazón de Jesús aparece como la última esperanza de la raza humana²⁷. La esperanza cristiana no es una aspiración infundada, loco deseo de conquistar el cielo, sino que principalmente es respuesta a los llamados de quien se dejó traspasar para abrirnos las puertas al amor divino. Así se oye en el mentado himno: “con una profunda herida, el Amor te abrió un camino, abrió la puerta; y el Amor te urge a entrar”²⁸. La iniciativa divina precede a la esperanza humana. No hay esperanza sin amor divino, amor que se manifiesta especialmente en la cruz. Nuestra esperanza “no es un mero optimismo (...). Es un don del Cielo, que no podíamos alcanzar por nosotros mismos” (Francisco, 2020, abril 11).

Al mismo tiempo, tal esperanza exige nuestro esfuerzo. Como dice Francisco, “La esperanza de un futuro mejor siempre pasa por la propia actividad e iniciativa, es decir por el propio trabajo, y nunca solamente por los medios materiales disponibles”. Primero es el don del Cielo, y luego la aceptación realizada con nuestro trabajo.

4. Objeto protegido por el derecho a la esperanza

Es preciso distinguir lo que directamente protege el derecho a la esperanza, del contenido de la esperanza misma. Por ejemplo, no es lo mismo la esperanza de una bailarina joven sobresaliente de triunfar en la vida, que el triunfo en sí mismo considerado. El derecho protege a la joven de que nadie impida su esperanza de

²⁶ Recuérdese que la liturgia y las oraciones son consideradas —según la expresión de Melchor Cano— *locus theologicus* (lugares teológicos), sitios que muestran el *sensus fidei* (lo que creen los fieles) y son estudiados por la teología para ahondar en la comprensión de la revelación. Estas fuentes no aportan “ninguna nueva revelación pública dentro del depósito de la fe” (*Lumen Gentium*, n. 25§4. Cfr. Conc. Vaticano I, Const. dogm. *Pastor Aeternus*, n. 4.), solo corroboran lo dicho por la Revelación desde diferentes ángulos de vista.

²⁷ “*O cor amoris victima, / caeli perenne gaudium, / mortalium solatium, / mortalium spes unica*”. Peter Castiella (ed.), *Christian Devotions and Hymns*, 4th ed. (Nairobi: Strathmore University Press, 2011), 111.

²⁸ “*Grandi reclusum vulnere, / amor dedit te pervium, / amor reclusit ostium, / hortatur et pervadere*” (id.).

manera ilegítima, pero no un supuesto derecho a triunfar. En todo caso, no podemos dejar de observar que ambas aún guardan una cierta conexión: una adecuada protección y fomento de las esperanzas sin duda aumentará las posibilidades de conseguir lo esperado.

Organizando lo visto en los incisos precedentes, tenemos que el gran derecho a la esperanza protege tres cosas: el deseo o aspiración en sí mismo considerado, los medios para alcanzar lo esperado, y ciertas posibilidades u oportunidades que sean razonables. Las analizaremos en su orden.

4.1. *El derecho a desear, creer y aspirar a algo bueno*

En primer lugar, ha de protegerse la aspiración misma considerada. Estamos ante el derecho a “la esperanza de un futuro mejor” (Francisco, 2018, junio 15). Para poder aspirar seriamente a conseguir algo bueno es necesario conocer que esa cosa es buena y que es alcanzable. Por eso el Papa Francisco afirma que ha de protegerse aquí el “derecho de creer” en el verdadero amor y el derecho “a saber que en la vida hay realidades hermosas y duraderas, por las que vale la pena entrar en juego” (2017, octubre 1). Este derecho a mantener viva la esperanza también consta en *Vinter and others v. United Kingdom* (2013), donde se afirmó que los sentenciados a prisión perpetua tenían derecho desde el principio de su condena, a albergar esperanzas reales de liberación, por pequeñas que estas sean.

No todas las aspiraciones merecen igual protección. Sin duda, han de protegerse con especial cuidado aquellas relacionada con las esperanzas más básicas o profundas del ser humano. En *Commonwealth of Kentucky v. Thomas C. Brinkley* (1962), por ejemplo, se deja caer que el estado tiene alguna obligación de construir ciertas edificaciones para proteger “la esperanza de sobrevivir” de los ciudadanos. Y Francisco habla de un deber de fomentar la “crónica blanca” que ayude a levantar las esperanzas más profundas del corazón humano. También de estas esperanzas trata *In re Jayson* (2020), cuando señala que el menor —aun sin uso de razón— tiene derecho a esperar ser adoptado en una familia que lo quiera, nutra y proteja.

Finalmente, cabe incluir aquí la doctrina de las legítimas expectativas creadas por la autoridad pública en sus gobernados. Según la jurisprudencia comparada,²⁹ las autoridades tienen un especial deber de procurar no frustrar tales expectativas cuando ellas fueren razonables y posean un determinado grado de probabilidad y determinación.

²⁹ Véanse las notas 20 y 21.

4.2. El derecho a los medios

La jurisprudencia y el magisterio pontificio distinguen dos tipos de medios. En primer lugar, hay un derecho muy claro a *conservar los medios que actualmente se poseen y permiten la esperanza*. *Cook v. Colby College* (1959) considera como un derecho enteramente consolidado el derecho a mantener el ojo defectuoso cuya sanación podía esperarse, y *Chenell v. Westbrook College* (1974) hace lo mismo con las piernas de una bailarina sobresaliente que le hubieran permitido triunfar.

Luego, también ha de protegerse *el derecho a trabajar para alcanzar lo esperado*. De alguna manera esto se contiene en la jurisprudencia norteamericana y europea que aborda la esperanza del condenado *de cambiar* y de ser liberado. Pero aquí el más enfático es Francisco, quien ha señalado que el derecho a la esperanza incluye el derecho a “ser artesanos de esperanza”, a labrarse el propio futuro, “el derecho a volver a empezar”, a “la esperanza de un futuro mejor” que pase “por la propia actividad e iniciativa, es decir por el propio trabajo”.

4.3. El derecho a ciertas posibilidades

Aquí tenemos el derecho a buscar oportunidades y a que se respeten las posibilidades de hecho alcanzadas. Sobre el primero, Francisco reafirma el derecho de quienes “sueñan con un futuro mejor y desean crear las condiciones para se haga realidad” a buscar “oportunidades para ellos y para sus familias”³⁰. Sobre el segundo, recordamos la jurisprudencia colombiana e inglesa³¹ que protegía las expectativas que resultaban más fundadas, ciertas y determinadas. Siguiendo este criterio, en *Chenell v. Westbrook College* (1974) se hicieron especiales consideraciones sobre el talento de la bailarina para determinar el monto a indemnizar. Mientras mayores sean las esperanzas más protección merecen. Piénsese, en un concurso público para nombrar a un juez donde participan en la primera etapa cincuenta abogados, de los cuales solo tres pasan a la segunda etapa, y solo uno obtiene el mejor puntaje en la etapa final. Si los organizadores cierran el concurso de manera injustificada, es claro que la pérdida de la oportunidad no es igual para todos. Incluso cabría decir que quien sacó el mejor puntaje ya prácticamente había adquirido el derecho a ser nominado.

También cabe incluir aquí *el derecho de los más necesitados a que se generen oportunidades reales de subsistencia y vida digna*. Los tratados de derechos humanos relacionados con temas económicos y sociales suelen incluir una serie de

³⁰ Francisco, *Carta Encíclica Fratelli Tutti* (3 octubre 2020), 37.

³¹ Véase capítulo III.1.

“derechos progresivos” o “programáticos”³² que generan el deber de adoptar políticas que progresivamente creen mayores oportunidades de empleo, educación y desarrollo. Así, por ejemplo, los ciudadanos no tienen derecho directamente a tener un empleo determinado, sino a que las autoridades adopten algunas medidas económicas que creen oportunidades de trabajo. La falta de recursos económicos no justifica la pasividad del estado: siempre las autoridades serán responsables de adoptar algún plan de acción que, en la medida de sus posibilidades, busque alcanzar la máxima realización del derecho³³. En la misma línea, el Papa Francisco ha sostenido que “la falta de oportunidades tangibles y concretas detrás de tanto análisis incapaz de ponerse en los pies del otro (...) es también una forma de generar violencia: silenciosa, pero violencia al fin”³⁴.

4.4. Los derechos negativos

Todos estos derechos incluyen su contrapartida negativa. Así, por ejemplo, el derecho a aspirar un futuro mejor implica un cierto *derecho a que no se turbe el ánimo positivo de manera injustificada*. Aquí está el “derecho a no ser invadidos diariamente por la retórica del miedo y del odio”, lo que incluye el derecho a evitar mensajes populistas inquietantes, noticias falsas, crónica negra, y el derecho “a crecer libres del miedo al futuro” (Francisco, 2017, octubre 1). El segundo derecho relacionado con los medios incluiría el derecho a abolir las penas de muerte y limitar las cadenas perpetuas. Y el tercer derecho relacionado con las posibilidades, permitiría demandar a quien destruyera de manera irrazonable aquellas posibilidades que las personas hayan alcanzado, en la medida en que se hayan concretado.

Esta última parte del derecho a la esperanza ha sido técnicamente desarrollada por la doctrina del derecho de chance (o derecho a las oportunidades) en varios países³⁵. Para que se configure este derecho, en general se consideran cuatro requisitos: a) que el frustrado hubiera esperado seriamente conseguir algo en el futuro; b) que su aspiración fuera legítima, valiosa, probable, determinable y haya sido frustrada; c) que la frustración fue causada por otra persona; y, d) que la actuación del causante haya sido ilegítima o, al menos, irrazonable. Dado lo

³² Tal nombre ha sido utilizado, por ejemplo, por el Tribunal Constitucional peruano, según el cual “cabe distinguir los derechos de preceptividad inmediata o autoaplicativos, de aquellos otros denominados prestaciones, de preceptividad diferida, progresivos o programáticos” (expediente 1417-2005-AA/TC §2.3).

³³ Diana Rocío Espino Tapia, “Derechos sociales y justiciabilidad en la teoría constitucional de inicios del siglo XXI”, *Cuestiones Constitucionales*, no. 1, 36 (2017), pp. 79-108.

³⁴ Francisco, (4 junio 2019), Discurso en la Cumbre de Jueces Panamericanos sobre Derechos Sociales y Doctrina Franciscana, Casina Pío V (Ciudad del Vaticano). https://www.vatican.va/content/francesco/es/speeches/2019/june/documents/papa-francesco_20190604_giudici-panamericani.html.

³⁵ Véase nota 22.

anterior, el perjudicado puede reclamar que se le indemnice calculando el beneficio neto que la oportunidad le hubiera dejado, valor que debe ser retrotraído a tiempo presente y multiplicado por el grado en que cada uno de los cuatro requisitos antes mencionados se dan. Es el caso del dueño de un caballo muy galardonado que pierde la oportunidad de participar en la carrera y de hacerse con la victoria por culpa del conductor que lo transportaba al hipódromo y que llegó una hora después de que el evento finalizara. Desde luego el dueño no tiene derecho a reclamar al culpable la totalidad del premio final, a menos que fuera evidente que lo iba a ganar; la mayoría las indemnizaciones por pérdida de oportunidad sufren una gran reducción, acorde a las probabilidades del beneficio, y al grado en que se verifican los factores antes indicados³⁶.

5. La primacía del derecho a la esperanza

La afirmación de que derecho a la esperanza es “de alguna manera, el primero y el más fundamental derecho humano, antes que nada, de los jóvenes” (Francisco, 2018, junio 15) es muy original, bastante audaz y, a la vez, algo misteriosa. Lo que está claro es que no estamos ante una primacía absoluta. El mismo Papa matiza que ella se da “de alguna manera”, “antes que nada de los jóvenes”, y poco después dejará caer la duda del “tal vez” en la boca de otro³⁷. Con lo cual, hemos de averiguar en qué género de primacía pensaba Francisco cuando pronunció esta frase.

Que alguna cosa sea la “primera” entre muchas puede tener varios significados, dependiendo del género de primacía que se tiene en mente³⁸. Por ejemplo, puede hablarse de una simple primacía cronológica, sin mayores consecuencias entre los elementos comparados: yo llegué antes que aquel, pero nuestras vidas son paralelas. Otras primacías son fundantes: en la línea de números, no hay “dos” sin “uno”, porque la noción de “dos” requiere que exista la noción de “uno” (dos es dos veces uno). En la Constitución de los Estados Unidos el primer derecho que se nombra como tal es el derecho de Nueva Hampshire a elegir tres miembros en la Cámara de Representantes (Art. 1, secc. 2.3), derecho que nadie ha considerado ser el más fundamental de todos. En cambio, suele considerarse a la vida como el primero y más fundamental de los derechos, porque ella es lo primero que recibimos (primacía cronológica), sin vida no es posible ejercitar ningún derecho (primacía como condición previa de lo posterior), y porque todo derecho viene a ser como un

³⁶ Id.

³⁷ “Hoy en el almuerzo un pastor dijo que tal vez el primer derecho humano es el derecho a la esperanza, y eso me gustó”, dijo Francisco seis días más tarde (2018, junio 21).

³⁸ Al respecto, cf. Riofrío, 2020. Juan Carlos Riofrío Martínez-Villalba, “Alcance y límites del principio de jerarquía. Criterios para jerarquizar derechos, valores, bienes y otros elementos”, *Revista Derecho PUCP. Revista de la facultad de derecho*, 84 (2020), pp. 189-240. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.202001.007>.

desarrollo del derecho a la vida: así, el derecho a la salud busca una vida saludable y el derecho a la educación busca una vida culta (primacía fundante).

Con todo, el derecho a la vida no posee una primacía absoluta en todos los campos. De hecho, la vida a secas no es autojustificativa y hay muchos que no le encuentran sentido: luego, ella existe para algo superior. El derecho a la vida, al aire para respirar, al agua y al alimento son derechos importantísimos porque de ellos depende la subsistencia humana, y por eso merecen la máxima protección. Sin embargo, el sistema jurídico no tiene como fin último sobrevivir, sino algo mucho más elevado.

Sentado lo anterior, podemos considerar ahora tres géneros de primacía:

a) *La primacía de la causa final*. El fin último existencial del ser humano ha merecido muchos nombres a lo largo de la historia: felicidad, florecimiento humano, beatitud, realización personal, vida buena o amor, entre otros. Todo el trabajo humano, toda la organización civil, las instituciones jurídicas, las normas morales y jurídicas, el reconocimiento de deberes y derechos en el fondo apuntan a “la búsqueda de la felicidad”³⁹. Recuérdese, la *doctrina de la concatenación de los fines*⁴⁰. En términos sencillos, la razón última por la que protegemos todos y cada uno de los derechos humanos es para lograr la felicidad de la persona y para evitar lo que pueda perjudicarla. Con lo cual, aquellos derechos más directamente vinculados con tal finalidad se constituirían como fundamento último, como justificativo de fondo o razón profunda de ser, de cada norma, derecho y deber del orden jurídico. Entre estos derechos primordiales estarían, por ejemplo, el “derecho a la felicidad”⁴¹ en sí mismo considerado, la libertad religiosa para intentar la felicidad eterna⁴² y el derecho a la esperanza de las cosas grandes.

De hecho, encontramos varias relaciones entre el derecho a la esperanza, la libertad religiosa y el derecho a la esperanza teologal (que viene a ser una concreción del primero). Mientras el derecho a la esperanza es un derecho más genérico que tiene en mira cualquier cosa que contribuya a la felicidad humana, la libertad religiosa lo concreta mostrando cuál podría ser la cúspide de esa felicidad: la íntima relación

³⁹ Declaración de Independencia de los Estados Unidos (1776). La frase “la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad” marca un orden: se vive para ser libre, se es libre para buscar la felicidad. Cf. Juan Carlos Riofrio, “The Right to Feast and Festivals,” *Vanderbilt Journal of Entertainment & Technology Law* 23, no. 3 (Spring 2021): 567-624.

⁴⁰ Cf. Capítulo III.4.

⁴¹ Tal derecho consta explícito en Francisco, la *Exhortación Apostólica Postsinodal Amoris Laetitia*, 19 de marzo de 2016, nn. 95 y 138.

⁴² Juan Pablo II concedió una cierta primacía a este derecho cuando observó que “fuente y síntesis de estos derechos [humanos] es, en cierto sentido, la libertad religiosa, entendida como derecho a vivir en la verdad de la propia fe y en conformidad con la dignidad trascendente de la propia persona” (encíclica *Centesimus Annus* (1991). n. 47§1).

con el Ser infinito. Finalmente, el derecho a la esperanza teologal (a esperar en Dios, por Dios y con Dios) se muestra como una concreción adicional de la libertad religiosa. Sentado lo anterior, todos estos derechos podrían considerarse “de alguna manera, el primero y el más fundamental derecho humano”.

b) *La primacía de la vida eterna.* Los derechos humanos merecen diversa consideración si se piensan en un plazo de ochenta, ochocientos u ocho mil años. Por un lado, ellos tienen fecha de caducidad; nadie los podrá ejercer después morir. Por otro, la mayoría de estos derechos solo están pensados para el corto plazo (el de la vida corporal o “terrenal”): el derecho a la vida, a la salud, a la nutrición y a la propiedad solo tienen sentido para quien tiene un cuerpo físico que pueda gozar de ellos. Con todo, si se acepta la subsistencia del alma después de la muerte, si realmente se admite la posibilidad de una vida espiritual de ocho millones de años, entonces es claro que los derechos más fundamentales son los que aseguran una vida eterna feliz. Y como nadie puede asegurar la vida eterna, al menos ha de protegerse el derecho a esperarla: el derecho a que se proteja la aspiración de eternizarse, los medios posibles para tal cometido (el trabajo), y las modestas posibilidades que se hayan adquirido.

c) *La primacía para el indigente.* Si en vez de mirar el futuro atendemos a nuestra realidad actual, inmediatamente advertiremos nuestras serias limitaciones: poseemos un cuerpo que se desmorona con los años, una inteligencia que batalla cada día por descubrir la verdad que no siempre alcanza, y una voluntad poco fiable capaz de tantas torpezas. A diario palpamos nuestro pecado y nuestra nada⁴³. Paradójicamente, al mismo tiempo constatamos que llevamos dentro de nosotros unas ansias insaciables de infinito⁴⁴. A los indigentes, a quienes no son capaces de alcanzar sus deseos, lo único que le queda es el derecho a estirar la mano y esperar la ayuda de alguien más pudiente. Por eso, para el indigente el primer derecho es el derecho a esperar que un ser superior sane todas las deficiencias humanas y provea todos los recursos económicos, jurídicos y espirituales que necesita. Este creo yo que es el sentido que el Papa Francisco ha dado a la afirmación del año 2018.

Así se entendería mejor la frase que pronunció Francisco en la fiesta de la Resurrección: “en esta noche conquistamos un derecho fundamental, que no nos será arrebatado: el derecho a la esperanza”⁴⁵. Con la Resurrección se abre al género humano la posibilidad de vencer la muerte corporal y la muerte del alma. Ella es un regalo del Ser superior, algo que la indigencia humana no podía lograr, sino solo esperar. También se entendería mejor por qué Francisco, después de

⁴³ Cf. Proverbios 24, 16.

⁴⁴ Ya hemos mencionado el tema en el Capítulo III.3. Cfr. nota 23.

⁴⁵ Francisco, 11 de abril de 2020.

decir que el derecho a la esperanza es el más fundamental, añade inmediatamente “antes que nada de los jóvenes”. Ya Tomás de Aquino había relacionado la juventud con la esperanza,⁴⁶ acotando que “los jóvenes y los ebrios son débiles en realidad, pero, según su propia estimación, son poderosos, porque ignoran sus defectos”⁴⁷. Si por un lado el ser humano es el animal más débil al nacer, el más desvalido para subsistir por sus propios medios, al mismo tiempo es el que más tiene derecho a esperar una ayuda de alguien superior. Desde el inicio, y especialmente en los primeros años, la existencia humana está anclada en este derecho.

6. Conclusión

El nacimiento de nuevos derechos puede darse de diversas formas. Hoy las cortes suelen consagrar nuevos derechos cuando juzgan casos que no pueden resolverse adecuadamente aplicando la normativa vigente. De forma opuesta a esta vía inductiva, la doctrina suele trazar criterios generales para deducir de ellos algunos principios y derechos propios del ser humano. El derecho a la esperanza ha nacido en el siglo XXI a través de ambos procesos.

Aunque ya existen algunos antecedentes en el siglo pasado, no fue sino hasta la segunda década de este siglo XXI cuando la jurisprudencia consagró firmemente el derecho a la esperanza de los internos. El Papa Francisco ha entrado al debate y le ha dotado a este derecho una más profunda concepción, a tal punto de que lo ha llegado a calificar como “el primero y el más fundamental derecho humano.” El Magisterio Pontificio sigue presentando desafíos a los juristas.

Este estudio ha sopesado el alcance que este nuevo derecho ha recibido en la jurisprudencia comparada y en la doctrina pontificia, fuentes que en este punto van casi siempre de la mano. También hemos procurado entender la primacía que Francisco da al derecho, tema sobre el cual aún se ciernen muchas preguntas. En la práctica, aquí solo hemos introducido la cuestión.

⁴⁶ Suma Teológica, I-II, q. 40, a. 6, en donde observa que la juventud es causa de esperanza por la vitalidad que tienen los jóvenes, por estar enfocados más en el largo futuro que les espera que en su corto pasado, y porque aún no han sufrido los reveses de la vida, por lo que juzgan con facilidad que las cosas son fáciles.

⁴⁷ *Suma Teológica*, I-II, q. 40, a. 6, ad 2.

Referencias

- Beristain, A. (1999). ¿Derechos deberes humano-fraternales en las prisiones? (desde el radicalismo étnico la paz en el país vasco). *International Annals of Criminology*, 37(1-2), 92.
- Biskupic, J. (2010, Mayo 17). Kennedy Holds to Hope in 5-4 Ruling. *USA Today*. <http://www.tisatoday.com/news/washington/judicial/2010-05-17-courtkenedyN.htm?csp=obinsite>.
- Concilio Vaticano II (1964). *Gadium et Spes*. Editrice Vaticana.
- Concilio Vaticano II (1965). Declaración *Dignitatis humanae*, sobre la libertad religiosa. Editrice Vaticana.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-237/15. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/T-237-15.htm>
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-803-14. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/T-803-14.htm>
- Corte Europea de Derechos Humanos. *Hutchinson v. United Kingdom*, (2015). <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-150778>.
- Corte Europea de Derechos Humanos. *Trabelsi v. Belgium* (2014), <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-146372>.
- Corte Europea de Derechos Humanos. *Vinter and others v. the United Kingdom*, 66069/09, 9 de julio de 2013.
- Estados Unidos. *Graham v. Florida*, 130 S. Ct. 2011, 2018–20, 2030 (2010).
- Estados Unidos. *Miller v. Alabama*, 132 S. Ct. 2455, 2460, 2469 (2012).
- Francisco (2017, octubre 1). Discurso en encuentro académico en Piazza San Domenico (Bolonia). https://www.vatican.va/content/francesco/es/speeches/2017/october/documents/papa-francesco_20171001_visitapastorale-bologna-mondoaccademico.pdf
- Francisco (2018, junio 15). Discurso a los participantes en el Congreso Nacional de la Federación “Maestri del Lavoro d’Italia” en el Aula Pablo VI. https://www.vatican.va/content/francesco/es/speeches/2018/june/documents/papa-francesco_20180615_federazione-maestri-dellavoro.pdf
- Francisco (2018, Junio 21). Conferencia de Prensa Padre durante el vuelo de regreso a Roma. https://www.vatican.va/content/francesco/es/speeches/2018/june/documents/papa-francesco_20180621_voloritorno-ginevra.pdf
- Francisco (2019, septiembre 14). Discurso a los miembros de la Policía Penitenciaria, del personal de la Administración Penitenciaria y del Departamento de Justicia Juvenil y de Comunidad en la Plaza de San Pedro. https://www.vatican.va/content/francesco/es/speeches/2019/september/documents/papa-francesco_20190914_polizia-penitenziaria.pdf

Francisco (2020, abril 11). Homilía del Sábado Santo en la Basílica Vaticana. https://www.vatican.va/content/francesco/es/homilies/2020/documents/papa-francesco_20200411_omelia-vegliapasquale.html

Graur, M.-C. (2019). The Convict's Right to Hope. Difficulties regarding the Prejudice Payment Conditions in the Matter of Conditional Release. *Journal of Eastern-European Criminal Law*, 2, 99-106.

HOAX Our Right to Hope Archives. (2021). *Psychosis Research Unit*. <https://psychosisresearch.com/tag/hoax-our-right-to-hope/>

Juan Pablo II (1988). *Mensaje para la Jornada Mundial de la Paz*. Osservatore Romano.

Juan Pablo II (1991). *Encíclica Centesimus Annus*. AAS 83.

Juan Pablo II (1991). *Mensaje para la Jornada Mundial de la Paz*. Osservatore Romano.

Kirby, J. J. (2011). Graham, miller, & the right to hope. *CUNY Law Review*, 15(1), 149-172.

Kirby, J. J. (2011). Graham, miller, & the right to hope. *CUNY Law Review*, 15(1), 149-172.

Kuris, E. (2018). The Right to Hope: The (R)evolution of the Case-Law of the European Court of Human Rights. *Teises Apzvalga Law Review*, 18, 9-45.

Laborit, H. (1989). *La vie antérieure*. B. Grasset.

Moros Claramut, E. (2017). La demostración de la existencia de Dios en la filosofía de Polo. *Studia Poliana* 19, 41-66.

O cor amoris victima (c. siglo XVII). En Fr. Coiset (ed.). *Officium Parvum Sacratissimi Cordis Iesu Little Office of the Sacred Heart of Jesus*. <http://www.preces-latinae.org/thesaurus/Filius/OPSCI.html>

Polo, L. (2010). *Antropología Trascendental*, tomo I. Eunsa.

Polo, L. (2014). *Epistemología*. Eunsa.

Polo, L. (2015). *El Ser*. Eunsa.

Riofrío Martínez-Villalba, J.C. (2017). La hiperinflación de los derechos fundamentales: consideraciones sobre sus límites, potencialidades y sobre su relativa indisponibilidad. *Revista de Direito Brasileira*, 18(7), 49-62. <http://dx.doi.org/10.26668/IndexLawJournals/2358-1352/2017.v18i7.3293>

World Council of Churches (2021). WCC General Secretary Highlights “Right to Hope” in a Panel on Climate Change and Human Rights. <https://www.oikoumene.org/news/wcc-general-secretary-highlights-right-to-hope-in-a-panel-on-climate-change-and-human-rights>.