



UNIVERSITAS

REVISTA DE FILOSOFÍA, DERECHO Y POLÍTICA

Número 31 – Enero 2020 – ISSN 1698-7950

Sumario

- 2 *Hart y el problema del positivismo jurídico. Una reconstrucción en tres actos*, por Francisco M. Mora-Sifuentes.
- 33 *El derecho humano a participar: Estudio del artículo 21 de la Declaración Universal de Derechos Humanos*, por Jorge Castellanos Claramunt.
- 52 *De nuevo sobre Constitución y discapacidad*, por Rafael de Asís.
- 65 *El impacto de las medidas antiterroristas en el ámbito de los derechos humanos. Un análisis de la aplicación de las sanciones inteligentes bajo la óptica de la protección del derecho a la tutela judicial efectiva*, por Bianca Leticia de Oliveira Tosta.
- 89 *Terrorismo y derecho penal. Del derecho penal como instrumento de última ratio al derecho penal del enemigo*, por Elisabetta Cutrale.

Participan en este número

Francisco M. Mora-Sifuentes, Profesor-Investigador de Tiempo Completo, Departamento de Derecho-DDPG de la Universidad de Guanajuato (México). Doctor especializado en Teoría y Filosofía del Derecho por el IDHBC de la Universidad Carlos III de Madrid (España). Miembro del SNI (Nivel I) y del Cuerpo Académico "Democracia, Sociedad Civil y Libertades". Becario del Centro de Estudios Parlamentarios del H. Congreso del Estado de Guanajuato, (México).

Jorge Castellanos Claramunt, Profesor contratado predoctoral (FPU) en Departamento de Filosofía del Derecho y Política, Universitat de València, (España).

Rafael de Asís, Catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidad Carlos III de Madrid, (España).

Bianca Leticia de Oliveira Tosta, Estudiante de Máster en Derecho y Ciencias Jurídico-Internacionales en la Universidad de Lisboa (Portugal), realiza movilidad práctica en el Instituto Universitario de Estudios Internacionales y Europeos "Francisco de Vitoria" de la Universidad Carlos III de Madrid, (España).

Elisabetta Cutrale, Licenciada en Derecho. Máster en Derechos Humanos y Relaciones Internacionales por SIOI Roma (Sociedad Italiana para las Relaciones Internacionales) tesis "El principio de no devolución y la legislación antiterrorista en Italia". Ha trabajado para Amnistía Internacional Madrid Y CIR (Consejo Italiano de ayuda a los refugiados), (Italia).

Universitas

Director

Rafael de Asís

Subdirección

Ángel Llamas
María Laura Serra

Consejo Editorial

Francisco Javier Ansuátegui Roig | Rafael de Asís |
María del Carmen Barranco | Reynaldo
Bustamante | Eusebio Fernández | Cristina García
Pascual | Ricardo García Manrique | Ana Garriga |
José García Añón | Roberto M. Jiménez Cano |
Ana Garriga | Marina Lalatta | Francisco Javier de
Lucas | José Antonio López García | Ángel Pelayo
| Andrea Porciello | Miguel Ángel Ramiro | Alberto
del Real | Adrián Rentería | José Manuel
Rodríguez Uribe | Mario Ruiz | Olga Sánchez |
María Ángeles Solanes | José Ignacio Solar Cayón
| Javier Medina | Ramón Ruiz Ruiz |

Redactores

P. Cuenca, A. Iglesias, V. Morente, A. Pelé, O.
Pérez, S. Ribotta, A. Palacios, G. Saravia, M.L
Serra, L. Lloredo Alix, M.A. Bengoechea.

Edita

Instituto de Derechos Humanos
"Bartolomé de las Casas"

© Universidad Carlos III de Madrid, 2015
universitas.revista@gmail.com

Dirección de envío de los trabajos para su evaluación:

universitas.revista@gmail.com

Al ser *Universitas* una revista semestral, apareciendo en los meses de enero y julio, los autores que deseen publicar en un determinado número deben tener en cuenta las siguientes fechas máximas de recepción de trabajos:

- Para trabajos a publicar en el número de enero: 30 de noviembre.
- Para trabajos a publicar en el número de julio: 31 de mayo

HART Y EL PROBLEMA DEL POSITIVISMO JURÍDICO

Una reconstrucción en tres actos

HART AND THE PROBLEM OF LEGAL POSITIVISM

A reconstruction in three acts

Francisco M. Mora-Sifuentes*

RESUMEN: Este trabajo tiene como finalidad destacar la contribución específica de H.L.A. Hart sobre el problema del positivismo jurídico. A juicio del autor, el tratamiento que Hart dio a la polémica entre positivismo jurídico y Derecho Natural estuvo marcada por dos extremos aparentemente contradictorios. Por una parte, se abocó a clarificar las diversas tesis que anidan tras la etiqueta "positivismo jurídico", así como las posiciones que suelen referirse como tales. Al hacerlo abrió el camino para mostrar en qué sentido no resulta ilógico defender algunas tesis asociadas al mismo o negar otras. Por otra parte, y si bien no asumió una posición que afirmase la conexión necesaria entre Derecho y moral, se ocupó también de mostrar en qué sentido tal conexión existe y es importante. Con dicho objetivo, en el primer apartado se ofrece una reconstrucción detallada sobre el tratamiento que Hart hizo sobre el problema del positivismo jurídico. En el segundo se expone el tratamiento del autor sobre el iusnaturalismo, con la intención de comprender el lugar preciso e implicaciones de su conocida tesis del "contenido mínimo Derecho Natural". En la tercera parte se aborda la teoría elaborada por Hart sobre el positivismo jurídico, esto es, el "positivismo jurídico hartiano" y las tesis por él defendidas. Importante aquí será su posición respecto a la posibilidad de que la regla de reconocimiento pueda incorporar criterios materiales para la identificación jurídica que nos introduce en una nueva etapa de la nunca acabada polémica.

ABSTRACT: *The aim of this work is to address H.L.A. Hart's contribution to the problem of legal positivism. According to the author, Hart's approach to the controversy of Natural Law/Legal Positivism was characterized by two apparently opposing ends. On the one hand, he clarified the label "Legal Positivism" as well as other approaches that are usually referred as such. In doing so, he paved the way to show in which sense it is not illogical to defend some theses associated with it and in which sense it is not. On the other hand, despite he did not take a stand for the necessary connection between Law and Morals, he did show in what sense such connection may exist and why it is important. To this end, section one offers a detailed reconstruction of Hart's approach to the problem of legal positivism. In section two the author's approach to Natural Law is explained so that his well-known thesis of "The Minimum Content of Natural Law", and what it implies, is properly understood. Section three is devoted to Hart's theory of Legal Positivism that is "Hartian Legal Positivism", where his main claims are presented. Hart's claim on the possibility for the rule of recognition to incorporate material criteria for legal identification or legal validity is particular relevant because it introduces us to a new stage of the never-ending controversy.*

PALABRAS CLAVE: H.L.A. Hart, positivismo jurídico, teorías de derecho natural, positivismo jurídico incluyente

KEYWORDS: *H.L.A. Hart, legal positivism, natural law theories, inclusive legal positivism.*

Fecha de recepción: 20/11/2019

Fecha de aceptación: 16/12/2019

doi: <https://doi.org/10.20318/universitas.2020.5135>

* Profesor-Investigador. Departamento de Derecho-DDPG. Universidad de Guanajuato (México). Miembro del SNI (Nivel I) y del Cuerpo Académico "Democracia, Sociedad Civil y Libertades". Becario del Centro de Estudios Parlamentarios del H. Congreso del Estado de Guanajuato. E-mail: fm.mora@ugto.mx

1. INTRODUCCIÓN

Una constante en el pensamiento de H.L.A. Hart fue señalar que gran parte del problema del positivismo jurídico radica en que la locución ha sido utilizada indistintamente para referir de forma ambigua doctrinas independientes y que tal “asociación irreflexiva” - por así decir-ha confundido el tópico quizás más que cualquier otro factor individual. En efecto, Hart advirtió que el término se utilizaba, al igual que la locución “Derecho natural”, para identificar “una” teoría a propósito del concepto o “naturaleza” del Derecho. Sin embargo, cada uno de esos términos se refieren a un número considerable de posiciones o tesis lógicamente distinguibles entre sí¹. Desde mediados del siglo pasado, en el momento más álgido de la polémica sobre el régimen nacionalsocialista alemán y su vinculación con los juristas, hacernos ver que la simple referencia a alguna teoría como “positivista” o “iusnaturalista” dice realmente muy poco fue una preocupación central del “Hart filósofo del Derecho”.

En este trabajo quiero destacar lo que considero es su contribución específica en este punto particular. En mi opinión, el tratamiento hartiano de la polémica entre positivismo jurídico y Derecho Natural estuvo marcada por dos extremos aparentemente contradictorios: por una parte, se abocó a clarificar las diversas tesis que anidan tras la etiqueta “positivismo jurídico”, así como las posiciones que suelen referirse como tales. Y al hacerlo abrió el camino para mostrar en qué sentido no resulta ilógico defender algunas tesis asociadas al mismo o negar otras. Por otra parte, y si bien no asumió una posición que afirmase la conexión necesaria o conceptual entre Derecho y moral, se ocupó también de mostrar en qué sentido tal conexión existe y es importante; o lo que es lo mismo, vio el grano de verdad podemos encontrar en algunas doctrinas de Derecho Natural.

Para desarrollar esta idea me valgo de tres apartados. En el primero ofrezco una reconstrucción detallada sobre el tratamiento que Hart hizo sobre el problema del positivismo jurídico. Tal tema, quiero avanzar, lo abordó desde el prisma su tradición filosófico-política asociada al utilitarismo de Jeremy Bentham o John Austin a quienes, en gran medida, defiende de lo que consideraba malinterpretaciones de sus obras². En el segundo expongo el tratamiento de nuestro autor sobre el iusnaturalismo, con la intención de comprender el lugar preciso e implicaciones de su conocida tesis del “contenido mínimo Derecho Natural”. En el tercer apartado abordo la propia teoría elaborada por Hart sobre el positivismo

¹ Cfr. HART, H.L.A., “Legal Positivism”, *International Encyclopedia of Philosophy*, P. Edwards (ed.), Macmillan Co. and the Free Press, New York, 1967, Vol. 4., pp. 418-420, p. 418-9.

² Por ejemplo, véase: HART, H.L.A., “El positivismo jurídico y la separación entre Derecho y moral”, en: *Íd., Derecho y moral. Contribución a su análisis*, trad. de G. Carrió, De Palma, Bs. As., 1962, pp. 3-14.

jurídico. Esto es, desarrollaré lo que podríamos denominar “positivismo jurídico hartiano” y las tesis por él defendidas. Importante aquí será su posición respecto a la posibilidad de que la regla de reconocimiento pueda incorporar criterios materiales para la identificación jurídica. Considero que el trabajo de Hart es fundamental no sólo para comprender el estatuto del positivismo jurídico sino, sobre todo, para introducirnos en las discusiones más relevantes sobre el particular. Concluyo con unas breves consideraciones finales.

2.- HART SOBRE POSITIVISMO JURÍDICO

Lo primero que debemos tener presente es que Hart elaboró en varios trabajos su postura en torno al positivismo jurídico. Su tratamiento del tema recorre gran parte de su producción intelectual. Pues bien, en lo que sigue me baso en la entrada “Legal Positivism”, escrita para la *International Encyclopedia of Philosophy*. Ahí sistematizó de forma clara su posición identificando cinco acepciones del término³. Tomo la entrada y le añado algunos ejemplos, dados por el autor u otros, para ilustrarla a mayor detalle.

2.1.- Positivismo jurídico como teoría y análisis de las formas jurídicas

La primera acepción de positivismo jurídico identificada por Hart la vincula a los filósofos del Derecho a los que suele denominarse “analíticos” en un sentido amplio. Entre ellos se encuentran Jeremy Bentham, John Austin y Hans Kelsen. Esos autores, sostiene, concuerdan en afirmar que existe una rama importante en el estudio del Derecho caracterizada por dos notas:

La primera -escribe Hart- es que no está referida a ningún Derecho o sistema jurídico ideal sino únicamente al Derecho o sistemas jurídicos realmente existentes. En segundo lugar, se distingue por abordar el Derecho de forma neutral o avalorativa desde el punto de vista moral o político. El objeto de este tipo de estudio lo constituye la clarificación del concepto de Derecho, la identificación de las características estructurales de un sistema jurídico y el análisis de los conceptos jurídicos fundamentales, tales como derecho subjetivo, deber, propiedad, personalidad jurídica⁴.

Un escrito de Kelsen puede ayudarnos a ejemplificar lo anterior. Afirma el autor que su *Reine Rechtslehre* es, en efecto, una teoría

³ Esas cinco acepciones las avanza ya en sus trabajos: “El positivismo jurídico y la separación entre Derecho y Moral”, cit., p. 15 (nota 25); y de igual forma en: *El Concepto de Derecho*, trad. de G. Carrió (1963), Abeledo Perrot, Bs. As., 2007, p. 321 (nota correspondiente a la p. 229).

⁴ HART, H.L.A., “Legal Positivism”, cit., 419.

tanto del Derecho positivo como general⁵. Por general, nos dice Kelsen, ha de entenderse que no está referida a sistema jurídico alguno en particular. Así, por un lado, el austriaco niega el dualismo entre el Derecho natural y el derecho positivo, entre un derecho ideal y un derecho real, y dedica su teoría al estudio del Derecho positivo exclusivamente⁶. La pretensión de Kelsen en tanto analítico, por otra parte, es descifrar “la naturaleza del Derecho en sí misma, determinar su estructura y formas típicas que muestra el Derecho independientemente de los contenidos variables que pueda mostrar en sociedades y épocas distintas”⁷. Pero también, intenta aclarar conceptos jurídicos fundamentales tales como “norma”, “sanción”, “derecho subjetivo”, etc. Denomina a su teoría como “pura” porque quiere delimitarla rigurosamente de dos posturas, la filosofía de la justicia, por un lado, y de la sociología, o conocimiento de la realidad social, por el otro. En tanto “teoría” su finalidad es comprender su objeto, el Derecho, *determinando lo que este es independientemente de lo que deba ser*. La teoría pura del Derecho en tanto ciencia del Derecho se ciñe, por tanto, al conocimiento y descripción de su objeto, no a su evaluación o justificación. Hasta aquí lo planteado por Kelsen.

Los autores positivistas, nos dice Hart, se abocaron a distinguir ese tipo de teoría “analítica” de otro tipo de estudios “críticos” o “evaluativos” del Derecho. Ahora bien, y contra lo que suele afirmarse, ninguno de esos autores consideró que tal aproximación excluyese por completo ese tipo de estudios evaluativos. Tampoco sostuvieron que los mismos fuesen irrelevantes⁸. De hecho, quiero anotar, Hart va a hacer un reconocimiento expreso de la obra de Ronald Dworkin -con mucha posterioridad a la publicación de su entrada “Legal positivism”- en términos muy parecidos. En efecto, en su *Postscript* afirmó que todo lo dicho por el filósofo norteamericano en *Law’s Empire* sobre convencionalismo, pragmatismo y el Derecho como integridad “es de gran interés e importancia como contribución a una jurisprudencia evaluativa justificatoria y no pretendo rebatir su detenido análisis de esas ideas interpretativas”⁹.

En todo caso, de que los analíticos pretendan desarrollar su trabajo lo más avalorativamente o neutral posible, no se sigue necesariamente que los positivistas sean “amoraless”. El no atender esa precisa distinción, tal vez, ocasionó que no en pocas ocasiones se les haya acusado de lo anterior. Por otra parte, Hart afirma que otras

⁵ KELSEN, H., “The Pure Theory of Law and Analytical Jurisprudence”, *Harvard Law Review*, vol., 55, núm. 1, 1944, pp. 44-70, aquí p. 44.

⁶ KELSEN, H., “The Pure Theory of Law and Analytical Jurisprudence”, cit., p. 48.

⁷ KELSEN, H., “The Pure Theory of Law and Analytical Jurisprudence”, cit., p. 54.

⁸ HART, H.L.A., “Legal Positivism”, cit. p. 419.

⁹ Véase: HART, H.L.A., *The Concept of Law*, 2nd ed., Ed. J. Raz & P. A. Bullock, Oxford, Clarendon Press, 1994 [*Postscript* (pp. 238-276)]. De las traducciones en castellano al *Postscript* tengo a la vista la que se contiene en: *Post scriptum al concepto de derecho*, trad. R. Tamayo, México, IIJ-UNAM, 2000, p. 14.

aproximaciones al Derecho, como por ejemplo las sociológicas que buscan explicar las funciones del Derecho en la sociedad u otras que buscan establecer las conexiones entre el Derecho y otros fenómenos sociales son también evaluativamente neutrales, al menos en su intención. Y éstas, nos dice, deben considerarse también en algún sentido positivistas. Por tanto, las teorías como las de Austin, Bentham, Kelsen o el propio Hart, así como las de los realistas jurídicos, en su matriz escandinava o norteamericana han de denominarse en un sentido amplio positivistas a pesar de sus diferencias de metodológicas¹⁰. En definitiva, resulta claro que desde esta primera acepción el “positivismo jurídico” no sería sino una metodología o forma de aproximarse al estudio del Derecho de manera general y descriptiva, o lo más posible.

2.2.- Positivismo jurídico en la definición del Derecho

La definición del Derecho como mandato de un soberano es para Hart, sin género de duda, el ejemplo más importante de esta forma de positivismo¹¹. En una tradición que puede remontarse hasta Thomas Hobbes, pasando por Jeremy Bentham y que llega hasta John Austin, la idea de que el Derecho puede definirse en términos de un soberano ha sido muy influyente¹²; y quizás preponderante a partir de la obra *The Province of Jurisprudence Determined* donde Austin sostuvo que la noción de mandato era “la clave de la ciencia del Derecho y de la moral”¹³. Según Hart, Austin se vale de las siguientes nociones para construir su esquema de Derecho:

a) la idea de mandato, que analiza como una expresión de deseo por una persona que tiene el propósito, y también cierto poder, de infligir un mal en el caso de que el deseo sea desatendido;

b) del hábito de obediencia con respecto a una determinada persona. Con relación a estos dos elementos define en lo sucesivo:

b.1) estar bajo un deber u obligación (estar sujeto a un mal, en caso de desobediencia, por parte de la persona que manda); un superior (una o más personas que pueden obligar a otros a obedecer); sociedad política independiente (una sociedad en la que la mayoría tiene un hábito de obediencia a de un determinado superior común que no tiene tal hábito respecto de otro); y

¹⁰ HART, H.L.A., “Legal Positivism”, cit. p. 419.

¹¹ Véase: HART, H.L.A., “El positivismo jurídico y la separación entre Derecho y moral”, cit. p. 15.

¹² Sobre dicha tradición pueden verse: CATTANEO, M., *Il positivismo giuridico inglese: Hobbes, Bentham, Austin*, Milano, Giuffrè, 1962; DE PÁRAMO, J.R., H.L.A., *Hart y la teoría analítica del Derecho*, prólogo de G. Peces-Barba, Madrid, CEC, pp. 105 y ss.; GOLDSMITH, M., “Hobbes on Law”, en: T. Sorell (ed.), *The Cambridge Companion to Hobbes*, Cambridge, CUP, 1996.

¹³ HART, H.L.A., “El positivismo jurídico y la separación entre Derecho y moral”, cit. p. 17.

b.2) soberano (un determinado superior humano que no tiene hábito de obediencia con respecto a un superior semejante, pero que recibe obediencia habitual del grueso de una sociedad determinada¹⁴.

A pesar de la simplicidad y “belleza” del modelo de Austin¹⁵, como sabemos, Hart reconstruyó su “nuevo comienzo” en filosofía del Derecho partiendo de la crítica a su teoría imperativa por considerar que adolecía de varios defectos. Entre ellos, destacaban la deformación generada a cambio de una pretendida uniformidad del Derecho en términos de mandatos respaldados por amenazas, su insuficiencia en la explicación de distintos tipos de reglas (primarias y secundarias) o la defectuosa explicación de la obligación jurídica en términos psicológicos o predictivistas¹⁶. Como dice Frederick Schauer, la explicación del Derecho y la obligación jurídica en términos coactivos como defendía Austin fue “sabiduría convencional” hasta la crítica de Hart quien cambió profundamente el panorama de la teoría y filosofía del Derecho contemporánea¹⁷.

Ahora bien, la expresión positivismo se utiliza en un sentido más amplio “para incluir cualquier doctrina según la cual el Derecho es definido como la expresión de la voluntad humana, que el Derecho es de hechura humana, incluso si no tiene la forma de un mandato”¹⁸. Por tanto, señala Hart, dos doctrinas conocidas en la teoría del Derecho norteamericana bajo la amplia etiqueta de “realismo jurídico”, una según la cual sólo las decisiones de los tribunales, o las predicciones de tales decisiones, son Derecho, y aquellas teorías del Derecho Internacional que insisten en que éste se compone únicamente por reglas originadas por la costumbre o por los acuerdos de voluntad entre los Estados son usualmente descritas, ambas, como positivistas¹⁹. Con todo, escribe Hart, no debe pasarse por alto que tanto Bentham como Austin, ampliaron la noción de mandato para incluir tanto el derecho consuetudinario como el de creación judicial. Para tal propósito acudieron a la idea de un mandato “indirecto” o “tácito” basado en el principio de que todo aquello que el soberano permitía estaba mandado por él²⁰. Nuevamente, es claro que aquí su interés es mostrar la complejidad de la obra tanto de Austin como de Bentham contra ataques que estima infundados.

¹⁴ Véanse: HART, H.L.A., “Introducción” a: John Austin, *El objeto de la jurisprudencia* (1832), trad. de J.R. De Páramo, Madrid, CEPC, 2002, p. 8; HART, H.L.A., “El positivismo jurídico y la separación entre Derecho y moral”, cit. pp. 17-18.

¹⁵ Como afirma Dworkin: “el modelo de Austin es bellísimo por su simplicidad”. DWORKIN, R., “El modelo de reglas (I)”, en *Ídem*, *Los derechos en serio*, trad. de M. Guastavino, Barcelona, Ariel, 5ª reimp., 2002, p. 67.

¹⁶ Cfr. HART, H.L.A., *El concepto de Derecho*, cit., pp. 23 y ss.

¹⁷ SCHAUER, F., “Hart Antiessentialism”, en: A. Dolcetti, L. Duarte y J. Edwards, *Reading H.L.A. Hart’s The Concept of Law*, Hart Publishing LTD, UK, 2013, p. 242.

¹⁸ HART, H.L.A., “Legal Positivism” cit., p. 419.

¹⁹ *Ídem*.

²⁰ *Ídem*.

2.3.- Positivismo como teoría del razonamiento judicial

En no pocas ocasiones el término “positivismo jurídico” dice Hart se utiliza para referirse a la postura “formalista”, a “la pretensión de que un sistema jurídico es un ‘sistema lógicamente cerrado’ en el que las decisiones jurídicas correctas pueden deducirse por medios lógicos de normas jurídicas predeterminadas, sin referencia a propósitos sociales, directrices o *standards* morales”²¹. Así, se afirma que los tribunales arriban a tales decisiones por pura deducción lógica al conjugar una proposición de las normas jurídicas relevantes con otra proposición de los hechos del caso. Esta postura también suele denominarse “concepción mecánica del proceso judicial”, y no es para nada claro que los que usualmente suelen clasificarse como positivistas en el contexto angloamericano, i.e., Austin o Bentham, suscriban tal posición²². Es más, Hart afirma aquí que la contribución del “realismo jurídico” ha sido fundamental para desenmascarar dicha postura. En efecto, los realistas contribuyeron como pocos a crear consciencia de los problemas de ambigüedad y vaguedad inherentes al lenguaje natural, un aspecto también central en la teoría hartiana y que, a su juicio, tal contribución trasciende el ámbito estrictamente jurídico²³. Al centrar nuestra atención en los límites del lenguaje nos habilitaron para entender por qué la visión “mecánica” del proceso judicial aludida es equivocada.

Así, la acusación hecha de que autores analíticos suscriben tal visión del proceso judicial, como por ejemplo Austin, es, por lo menos, desenfocada. Aunque la estimara importante, Austin fue consciente de los problemas del lenguaje aludidos y pensaba que en determinados casos limítrofes los jueces están obligados a legislar. La idea de que el juez nunca crea Derecho, sino que siempre lo “encuentran” y lo “declara” no sería sino una “ficción infantil” para él²⁴. Por otro parte, y aunque partía de la premisa de que los jueces

²¹ HART, H.L.A., “El positivismo jurídico y la separación entre Derecho y moral”, cit. p. 16 (nota al pie 25).

²² Cfr. HART, H.L.A., “El Derecho desde la perspectiva de la filosofía”, trad. de R. Tamayo *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 33, 1978, pp. 313-329, p. 322.

²³ Dice Hart sobre este punto que los realistas jurídicos: “abrieron los ojos a los hombres a lo que efectivamente ocurre cuando los tribunales deciden los casos, y el contraste que mostraron entre los hechos efectivos de la decisión judicial y el contraste que mostraron entre los hechos efectivos de la decisión judicial y la terminología tradicional que la describe como si fuera una operación totalmente lógica, ha sido, por regla general esclarecedor nos hicieron agudamente conscientes de una característica fundamental del lenguaje y pensamiento humanos cuyo énfasis es vital no sólo para la comprensión del Derecho sino para otras áreas de la filosofía que están muy alejadas de los límites de la teoría jurídica”. Véase: HART, H.L.A., “El positivismo jurídico y la separación entre Derecho y moral”, cit. p. 25.

²⁴ Cfr. HART, H.L.A., “El positivismo jurídico y la separación entre Derecho y moral”, cit. p. 28-30.

no deben sustituir la voluntad del legislador con la propia, Bentham reconoció que existen excepciones a la misma y que el juez posee en todo caso un “poder discrecional”. Dicho poder tiene para Bentham funciones sustitutorias y de enmienda: por la primera, los jueces pueden suspender el veredicto propuesto por la norma si encuentran que de su estricta aplicación se siguiera un resultado indeseable; por la segunda, los jueces proponen reformas al Derecho positivo misma que, en cualquier caso, el Parlamento tendría que aprobar en última instancia. Y todo lo anterior, bajo el prisma del principio de utilidad y del principio democrático²⁵.

Y precisado lo anterior, Hart se lanza contra quien sí podría adoptar tal “ficción” en la teoría jurídica anglosajona. Ese filósofo no sería otro sino William Blackstone, el autor de los famosos *Commentaries of the Law's of England*²⁶. En efecto, como sostiene David Lyons si por “formalismo” entendemos aquella visión que sostiene que el Derecho proporciona las bases suficientes para dar una respuesta jurídica a todos los casos pasados, presentes o futuros, Blackstone sería en algún sentido formalista²⁷. Pero lo sería, no por considerar que el Derecho positivo contenga todas las respuestas posibles sino por la vía de un Derecho natural de origen divino. Blackstone propugna el dualismo Derecho natural/Derecho positivo y al hacerlo no sólo subordina éste a aquel, sino que también lo “cierra” por completo²⁸. Es decir, el sistema jurídico aparece aquí sin lagunas debido a que “por encima” o “detrás” de las normas puestas por los hombres existe una fuente extraordinaria o suplementaria de razones justificativas, el Derecho Natural. Es ahí donde están todas las soluciones a los casos jurídicos no resueltos por el imperfecto Derecho positivo. Por tanto, es ese Derecho Natural de origen divino, que los seres humanos en tanto seres racionales estamos llamados a descubrir, el que cierra al Derecho positivo dejándolo carente de lagunas²⁹.

²⁵ *Ídem*.

²⁶ HART, H.L.A., “El positivismo jurídico y la separación entre Derecho y moral”, cit. p. 30.

²⁷ LYONS, D., “Legal Formalism and Instrumentalism-a Pathological Study”, *Cornell Law Review*, vol. 66, 1981, pp. 949-972, p. 950-1.

²⁸ “La ley natural, siendo coetánea a la humanidad y dictada por Dios mismo, es por supuesto una obligación superior a todas las demás. Es vinculante sobre todo el mundo, en todos los países y en todo momento; ninguna ley humana tiene validez, si es contraria al derecho natural; y aquellas que son válidas derivan toda su fuerza y toda su autoridad, mediata o inmediatamente, de este derecho original”. Véase: BLACKSTONE, W., *Commentaries on the Laws of England*, vol. 1, Philadelphia, Robert Bell, 1771, p. 41.

²⁹ Hart afirmará, en términos parecidos, que Ronald Dworkin revivió en gran medida esa ilusión de un Derecho carente de lagunas -el “noble sueño”- con su recurso a los principios (implícitos), el juez Hércules y la tesis de la única respuesta correcta: “indudablemente Bentham habría pensado en que ésta [la teoría de Dworkin] es una prolongación de la teoría de Blackstone del *Common Law*, según la cual las decisiones de los jueces no crean Derecho, sino que son meramente la evidencia de lo que el Derecho es”. Cfr. HART, H.L.A., “El Derecho desde la

Hart nos recuerda que la doctrina de que el juez no debe ejercer discreción en las resoluciones de los casos sino ser simplemente la “boca muda” de un Derecho preexistente puede encontrarse en los escritos de algunos de los filósofos más influyentes del siglo XVII y que usualmente no son considerados positivistas³⁰. El caso que de inmediato se nos viene a la mente, y es traído por el profesor de Oxford, es el del Barón de Montesquieu quien en un famoso pasaje de su obra *L'Esprit des lois*, sostuvo que “los jueces de la nación no son, según sabemos, sino la boca por donde habla la ley, seres inanimados que no pueden moderar ni su fuerza ni su rigor”³¹. Pero también Cesare de Beccaria propugnó tal visión del proceso judicial al sostener que “en todo delito debe hacerse por el juez un silogismo perfecto. Se pondrá como mayor la ley general; por menor la acción, conforme o no con la ley, de que se inferirá como consecuencia la libertad o la pena. Cuando el juez por fuerza o voluntad quiere hacer más de un silogismo, se abre la puerta a la incertidumbre”³². Al declarar Montesquieu que “el poder de juzgar es nulo” lo hacía pensando sobre todo en la doctrina de la separación de poderes. Un juez sometido a la ley es una garantía contra las decisiones arbitrarias como sostenía Beccaria en *Dei delitti e delle pene* pero también contra la incertidumbre y los privilegios del *L'Acient Régime*.

Es verdad que tanto Bentham como Austin pensaban que el espacio de libre decisión dejada al juez en los sistemas del *Common Law* era excesivo, generándose con ello una gran incertidumbre y abogaron también que esto podía y debía reducirse de forma drástica por medio de la clasificación y la codificación del Derecho en términos claros y detallados³³. Lo anterior es notorio en el caso de Bentham quien emprendió durante toda su vida una cruzada para “desmitificar el Derecho” y, particularmente, contra el *case-law* por considerarlo lleno de tecnicismos, ficciones y un obstáculo para la reforma social³⁴. Esa “ley no escrita”, resultado de las costumbres, aunque conteniendo algunos principios de valor inestimable, afirmaba Bentham “mezcla un montón de incoherencias, sutilezas, de absurdos y de decisiones puramente caprichosas” por lo que “es imposible creer que en esta obra extravagante se haya pensado en el bien de

perspectiva de la filosofía”, cit., pp. 322-7, esp. p. 328 de donde tomo la cita; HART, H.L.A., “Una mirada inglesa a la teoría del Derecho norteamericana: la pesadilla y el noble sueño”, en: J.J. Moreso y P. Casanovas, *El ámbito de lo jurídico*, Barcelona, Crítica, 1994, pp. 327-352.

³⁰ HART, H.L.A., “Legal Positivism”, cit., p. 419.

³¹ MONTESQUIEU, CH., *Del espíritu de las leyes* [1748], Madrid, Tecnos, 2006, p. 183.

³² BECCARIA, C., *Tratado de los delitos y de las penas* [1764], México, Porrúa, 2008, p. 12.

³³ Cfr. HART, H.L.A., “Bentham and the United States of America”, *The Journal of Law and Economics*, vol. 19, 1967, pp. 547-567, p. 563.

³⁴ Véase: HART, H.L.A., “Bentham and the Desmystification of the Law”, *The Modern Law Review*, vol. 36, núm. 1, 1973, pp. 2-17, p. 11 y ss.

país alguno”³⁵. Frente a la “gloriosa oscuridad de la ley”³⁶, ensalzada por los defensores del *Common Law*, Bentham propuso la codificación, es decir, abogó por sustituir ese Derecho no escrito por un cuerpo coherente de leyes, claras, breves y accesibles a todo el mundo, basadas en principios racionales que fuera promulgado por un parlamento soberano. Pero, nuevamente, por más que ambos propugnasen lo anterior, no por ello dejaron de ser conscientes que la actividad creativa del juez era un hecho innegable por lo que trataron de reconciliarlo con su definición de Derecho como mandato de un soberano utilizando la idea de mandato tácito³⁷.

2.4.- Positivismo como teoría del Derecho y la moral

Parece que todos los autores clasificados como positivistas han suscrito la posición de que, en tanto el Derecho mismo no disponga lo contrario, del hecho de que una norma jurídica sea moralmente inocua o injusta no supone que sea válida o inválida. Esa visión también puede expresarse con la afirmación de que ninguna referencia a la justicia u otros valores morales entra en la definición del Derecho. Para ilustrar este punto Hart utiliza aquí los famosos *dictums* de Austin “la existencia del Derecho es una cosa, su mérito o demérito otra”³⁸; y de Kelsen “las normas jurídicas pueden tener cualquier contenido”³⁹. Ahora, esta negación de una conexión necesaria o definitoria entre el Derecho o la validez jurídica con la moralidad es quizás el principal punto de desencuentro entre el positivismo jurídico y el Derecho natural. Como se señaló al principio y Hart recuerda, casi todas las variantes de este último se niegan a reconocer como Derecho o como normas jurídicamente válidas todo aquello que viole determinados principios morales fundamentales.

El caso paradigmático, y quizá más extremo, de que sí existe una conexión necesaria entre Derecho y moral —escribe Hart en otra parte— se asocia a la tradición tomista de Derecho Natural. Esta posición comprende dos tesis: “primero, que hay ciertos principios de verdadera moral o justicia, descubribles a la razón humana sin la ayuda de la revelación, aun cuando tengan origen divino. En segundo lugar, que las normas o leyes humanas que contradicen esos principios no son derecho válido”⁴⁰. Ese carácter “dualista” se hace más patente si analizamos el Derecho Natural de base teológica, preponderante durante el cristianismo. En efecto, se pensaba entonces que, así como Dios “estableció las leyes reguladoras de los

³⁵ BENTHAM, J., *Principios de legislación y codificación*, ed. de F. Ferrer y Valls, Madrid, Imprenta de D. Thomas Jordan, 1834, p. 171.

³⁶ BENTHAM, J., *Principios de legislación y codificación*, p. 170. (nota 1).

³⁷ HART, H.L.A., “Legal Positivism” cit., p. 419.

³⁸ AUSTIN, J., *El objeto de la jurisprudencia*, cit., aquí pág. 188.

³⁹ “Jeder beliebige Inhalt kann Recht sein”. Véase: KELSEN, H., *Reine Rechtslehre*, I ed., Studienausgabe, ed. de M. Jestaedt, Mohr Siebeck, Tübingen 2008, p. 74.

⁴⁰ HART, H.L.A., *El concepto de Derecho*, cit. pp. 194-195.

cuerpos, fijó también las leyes que regulan la conducta de los hombres”⁴¹. Como explica Norberto Bobbio, la Ley Natural, en la concepción de Santo Tomás de Aquino, “es la forma con que el orden cósmico creado por Dios se muestra en aquel aspecto de la creación que es la creatura dotada de razón, es decir el hombre”⁴². *Bonum faciendum, male evitandum* es su precepto fundamental. Y, sobre todo, para Tomás de Aquino, toda ley positiva para ser válida tiene que también ser justa o respetuosa de Derecho Natural: *Omnis lex humanis posita intantum habet de ratione legis inquantum a lege narutae derivatur si vero in aliquo a lege natural discordet, iam not erit lex, sed legis corruptio*⁴³. Este fragmento, afirma Bobbio es el “canon más seguro” para reconocer una doctrina iusnaturalista: “para una ley positiva la correspondencia al Derecho Natural es una condición de validez”⁴⁴.

Nuevamente debe recordarse que la negación de una conexión necesaria entre Derecho y moral es compatible con el reconocimiento de otras conexiones importantes entre ambos. Por tanto, dice Hart, pocos positivistas, si es que alguno, han negado que el desarrollo del Derecho haya sido influenciado por la moralidad o que los legisladores o los jueces tengan en cuenta consideraciones morales al momento de elegir entre interpretaciones divergentes o pretensiones en conflicto para determinar lo que el Derecho exige⁴⁵.

2.5.- Positivismo y la obligación de obedecer el Derecho

Finalmente, si el positivismo jurídico ha devenido en un término peyorativo, afirma Hart, se debe en gran medida a que ha sido identificado por algunos de sus críticos con la afirmación de que allá donde exista y opere un sistema jurídico, hay una obligación moral incondicional de obedecer el Derecho, sin importar lo injusto o inocuo que pueda ser. Tal afirmación puede estar basada bien en la opinión de que debe obedecerse en Derecho en cuanto tal o bien en la creencia de que la existencia de un sistema jurídico, sin importar cuan injustos u opresivos sean, porque proporciona un mínimo de paz, orden y seguridad a un gran número de personas y que nadie considerado individualmente posee justificación moral alguna para socavarlos a través de resistir o desobedecer el Derecho. El teórico del Derecho alemán K.M. Bergbohm, quizás el positivista jurídico más famoso en el siglo XIX en la Europa continental sostuvo este punto de

⁴¹ BOBBIO, N., *Locke y el Derecho Natural*, trad. de R. Facchi, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2017, p. 33.

⁴² *Ídem*.

⁴³ BOBBIO, N., *Locke y el Derecho Natural*, cit. p. 34.

⁴⁴ BOBBIO, N., *Locke y el Derecho Natural*, cit. p. 35.

⁴⁵ *Cfr.* HART, H.L.A., “El positivismo jurídico y la separación entre Derecho y moral”, cit. p. 10.

vista⁴⁶; pero también se adhirió a otras formas de positivismo descritas anteriormente, y es claro que tal postura es lógicamente independiente de ellas⁴⁷.

Positivistas utilitaristas, como Bentham y Austin, nos dice Hart, afirmaron que la resistencia al Derecho podría justificarse en casos extremos. Para ello se necesitaban cuidadosos cálculos en términos de utilidad para determinar el probable equilibrio entre los pros y los contras. Criticaron la doctrina del Derecho natural y los derechos naturales no porque creyeran que había una obligación incondicional de obedecer el Derecho sino porque, en su opinión, estas doctrinas suponían una tentación constante para que los hombres se rebelasen sin hacer tales cálculos de sus consecuencias⁴⁸. Nuevamente el caso de Bentham es aquí paradigmático. En las ácidas críticas contra la revolución americana y francesa encontramos la explicación de lo anterior. En su *Anarchical Fallacies* sostuvo que la idea de unos derechos inalienables, morales, absolutos e incondicionados era una contradicción, una estupidez, *non sense upon slitts*. Le parecía absurdo combinar la afirmación de que existen derechos inalienables con la de que el gobierno es necesario para protegerlos y que éste se legitima cuando así lo hace: es absurdo simplemente porque el gobierno tiene que restringir constantemente el ejercicio de sus pretendidos derechos inalienables. Por el contrario, esa doctrina de los *natural rights* tomada en su tenor literal es esencialmente anárquica y ha sido a menudo invocada para subvertir las bases de todo orden social bajo la premisa de todo gobierno es ilegítimo⁴⁹.

3.- HART SOBRE DERECHO NATURAL

Es de sobra conocido que Hart defiende la tesis de la separación conceptual entre Derecho y moral, para él no existe una conexión necesaria entre ambos. Por supuesto, esta tesis es una marca distintiva de su empresa *qua* positivista. No obstante, y como vengo insistiendo, puede afirmarse que Hart era consciente, al igual que sus predecesores, de los muchos sentidos en los que podemos decir que normas jurídicas y morales están relacionadas. En la introducción de *El Concepto de Derecho* encontramos una declaración de intenciones en este sentido que no deja lugar a dudas: “este libro [ha] querido promover la comprensión del Derecho, la coerción y la moral, en

⁴⁶ Sobre este autor, en castellano puede verse: LLAMBÍAS AZEVEDO, J., “Reflexiones sobre la crítica de Bergbohm a la doctrina del Derecho Natural” (I y II), *Diánoia*, vols. 11-12, núms. 11-12, 1965-1966.

⁴⁷ En no pocas ocasiones se ha afirmado que quizá el único autor que ha afirmado un deber de obediencia moral e incondicional al Derecho positivo ha sido Hobbes (positivismo ideológico). Lo anterior haría dudar de la filiación positivista o no-iusnaturalista de dicho autor. Véase, por ejemplo: PRIETO SANCHÍS, L., *Constitucionalismo y positivismo*, México, Fontamara, 1997, p. 15.

⁴⁸ HART, H.L.A., “Legal Positivism” cit., p. 420.

⁴⁹ Véase: HART, H.L.A., “Bentham and the United States of America”, cit., p. 555.

cuanto fenómenos sociales diferentes, aunque relacionados”⁵⁰. Pero dicho esto, nos conmina a reconocer que la afirmación de que existen conexiones necesarias entre el Derecho y la moral, en sus múltiples variantes, ha sido defendida en formas poco claras. Y nuevamente aquí, en el tratamiento de la cuestión, el profesor de Oxford piensa que es relevante distinguir al menos tres tipos de problemas: a) las importantes relaciones entre Derecho y justicia; b) las diferencias entre las normas jurídicas y morales de otras formas de estándares o reglas de conducta; y c) los diferentes sentidos en que podemos afirmar normas jurídicas y morales están relacionadas⁵¹. Pues bien, para comprender el tratamiento que hizo Hart sobre el Derecho Natural hasta llegar a su famosa propuesta de su “contenido mínimo”, conviene tener presente el tratamiento del tópico por él ofrecido de los muchos de los sentidos en que suele afirmarse una conexión entre Derecho y moral, comenzando por la idea de justicia.

3.1.- Derecho y justicia

Las relaciones entre Derecho y justicia son amplias. Tan es así, que en no pocas ocasiones, al censurar o alabar el Derecho, los juristas suelen usar las palabras ‘justo’ o ‘injusto’, como si las ideas de justicia y moral fueran coextensas⁵². Hart, sin embargo, estima que la justicia es sólo una parte o segmento de la moral y sostiene que las normas jurídicas pueden tener, o no, “excelencias” de diferentes tipos. Este es en mi opinión su punto básico: la justicia se presenta para él como un parámetro de crítica al Derecho vigente, más que como una propiedad que necesariamente poseen las normas jurídicas. Según Hart la justicia ha sido tradicionalmente concebida como que mantiene un equilibrio o proporción, que queda instanciado en el precepto que establece: ‘tratar los casos semejantes de la misma manera’ siendo necesario añadir también, ‘y tratar los casos diferentes de distinta manera’. Estamos pues ante una noción compleja que tiende hacia una nota de generalidad y hacia otra nota cambiante o variable –“particularista”, podríamos decir- para determinar cuándo, para un determinado propósito, los casos son semejantes o diferentes. Son varias las implicaciones que podemos deducir para el Derecho conforme a la justicia; bien por lo que hace a su administración o aplicación, bien por lo que hace al tratamiento que deben recibir las personas, i.e. su no discriminación como titulares de cargas y obligaciones sociales⁵³.

La justicia para Hart “es la más pública y más jurídica de las virtudes”⁵⁴. Hace referencia a la forma en cómo son tratados clases

⁵⁰ HART, H.L.A., *El concepto de Derecho*, cit. p. XI.

⁵¹ Cfr. HART, H.L.A., *El concepto de Derecho*, cit., pp. 195-6.

⁵² Cfr. HART, H.L.A., *El concepto de Derecho*, cit., pp. 196-7.

⁵³ Cfr. HART, H.L.A., *El concepto de Derecho*, cit., pp. 198-9.

⁵⁴ Cfr. HART, H.L.A., *El concepto de Derecho*, cit., p. 208.

de individuos y es precisamente eso, lo que la hace especialmente relevante para la crítica no sólo del Derecho sino también para otras instituciones públicas o sociales. Sin embargo, Derecho y justicia no son coextensos para el profesor de Oxford. Una norma injusta puede ser administrada con justicia -por ejemplo, la que prohíbe entrar a los negros al parque-, en el sentido que únicamente han sido condenadas las personas genuinamente culpables de transgredir dicha regla tras un proceso con todas las garantías. Ello debería prevenirnos, según Hart, de equiparar la justicia con la idea de proceder de conformidad con una regla, esto es, de equiparar la justicia en la administración del Derecho con la idea de justicia, aquí como simple conformidad con el Derecho⁵⁵. Podría afirmarse que lo anterior es un ingrediente de la justicia, pero ciertamente no el único. De igual manera, debemos tener presente que las estimaciones de justicia o injusticia del Derecho pueden enfrentar contraejemplos inspirados en una moral diferente: existe un pluralismo valorativo sobre el cual juzgar o valorar las exigencias de justicia. La justicia puede entrar en conflicto con otros valores que las normas jurídicas pueden tener o no tener, tal y como él sostiene. Es decir, el principio de 'tratar los casos semejantes de la misma manera' puede sacrificarse por otros como la seguridad o el bienestar general⁵⁶. En definitiva: que Derecho y justicia no sean coextensos para Hart, derivaría, pues, "del hecho de que existe un límite para la cantidad de imposiciones jurídicas que una sociedad puede soportar, aun cuando todas tiendan a remediar males morales".

3.2.- Derecho y moral

El segundo tema tratado de las relaciones entre Derecho y moral busca revelar los distintos sentidos en que la obligación moral y la obligación jurídica difieren. Nuevamente, es claro que existen semejanzas relevantes, como, por ejemplo, que ambas comparten el mismo vocabulario. En todo caso, sobre este punto particular, Hart advierte de que la palabra 'moral', así como la palabra 'ética' que se utiliza en no pocas ocasiones como sinónima, tiene una carga considerable de 'vaguedad' o de 'textura abierta'⁵⁷. Elucidar la naturaleza de la moral, el estatus de los juicios morales y su relación con otras ramas de la experiencia y del conocimiento humano sigue siendo una cuestión abierta. Por esta razón el profesor de Oxford decide expresamente no tomar partido por alguna de ellas⁵⁸. Como después tendremos ocasión de ver, Hart reafirmará este punto en su *Postscript*, algo que, a mi juicio, viene a limitar las posibilidades mismas del así llamado "positivismo jurídico suave" o "incluyente". En

⁵⁵ Cfr. HART, H.L.A., *El concepto de Derecho*, cit., p. 200.

⁵⁶ Cfr. HART, H.L.A., *El concepto de Derecho*, cit., pp. 206-7.

⁵⁷ Cfr. HART, H.L.A., *El concepto de Derecho*, cit., pp. 209.

⁵⁸ Cfr. HART, H.L.A., *El concepto de Derecho*, cit., p. 210.

cualquier caso, las normas morales, variadas como lo son, pueden comprenderse en términos generales sobre la base del grado de sacrificio que sobre interés individual o particular imponen, así como el peso de la presión social con las que se les acompaña a fin de asegurar su observancia regular⁵⁹.

La aceptación o punto de vista interno y la utilización del lenguaje normativo *no significa que los participantes expresen un juicio moral*, en el sentido de que moralmente es correcto hacer lo que el Derecho prescribe. Habiendo reconocido que las comunidades hay una parcial superposición de contenido entre las obligaciones jurídicas y las obligaciones morales, esto es, aquellas acciones u omisiones que se le exigen a cualquier adulto normal, es necesario indagar lo que es peculiar en la obligación moral. Para Hart existen distintos códigos morales. Sostiene también que las obligaciones reconocidas por éstas pueden de variar de sociedad en sociedad o, dentro de una misma sociedad, en épocas diferentes⁶⁰. En las sociedades que han alcanzado una etapa de desarrollo en donde es posible distinguir la moral social de su Derecho, sin embargo, siempre se advierten ciertas obligaciones que resultan obvias para que la vida social funcione. Tales normas son: a) aquellas que prohíben, o al menos restringen, el uso de la violencia; b) las que exigen ciertas formas de honestidad en el trato con los demás; c) las que prohíben la destrucción de cosas tangibles o su apoderamiento en perjuicio de otros⁶¹.

Resulta relativamente fácil constatar que el Derecho y la moral comparten, pues, semejanzas claras. Por ello, es más instructivo recordar en qué sentido difieren. Recuerda Hart que el intento más famoso de distinguir ambos tipos de obligaciones es aquél que intenta resumirlo en el carácter 'interno' de la moral y el 'externo de Derecho', algo que considera confuso y vago⁶². Hart, en cambio, resume la diferencia entre ambos tipos de obligaciones de la siguiente forma. Las normas morales para él se caracterizan por a) *su importancia*, que si bien se trata de un rasgo obvio y esencial no debe pasar desapercibido. Sin embargo, tal 'importancia' no es relevante para el *status* de todas las normas jurídicas. Las reglas o principios morales no pueden ser implantados o eliminados deliberadamente, por lo que, a diferencia de las normas jurídicas, aquellas se caracterizan por su b) *inmunidad al cambio deliberado*. En las normas jurídicas la responsabilidad no queda necesariamente excluida por la demostración de que el acusado no podía haber observado la norma que transgredía, habiendo otra diferencia puesto que existe un c) *carácter voluntario de las transgresiones morales*. Finalmente, las normas morales se caracterizan por d) *la forma de presión moral*

⁵⁹ *Ídem*.

⁶⁰ Cfr. HART, H.L.A., *El concepto de Derecho*, cit., p. 213.

⁶¹ *Ídem*.

⁶² HART, H.L.A., *El concepto de Derecho*, cit., p. 214.

peculiar que ejercen, toda vez que su cumplimiento se exige por su propia importancia y no tanto por la sanción que pueden traer aparejadas⁶³. Otra cuestión importante destacada por Hart es que la moral social, no agota como tal todos los contenidos desde los cuáles pueden criticarse las normas jurídicas. Incluso esa misma moral social puede ser objeto de crítica moral sobre la base de otros ideales morales; o por lo que podría considerarse como más próximo a la 'moral verdadera': aquella que propugna que todos los seres humanos deben incluirse y ser tratados como acreedores a ciertas protecciones y libertades básicas⁶⁴.

3.3.- La tesis del "contenido mínimo del Derecho Natural"

Quizá el aspecto más interesante en el tratamiento hartiano sobre las relaciones entre Derecho y moral, radica en su propuesta de un "contenido mínimo del Derecho natural". Para construir su punto enfatiza, en primer lugar, las diferencias que existen entre las así llamadas "leyes científicas" o "de la naturaleza", que son descriptivas, y las "leyes humanas", que son prescripciones⁶⁵. En segundo lugar, explica que el Derecho Natural puede tener una base teológica, cuando se piensa que las regularidades de la naturaleza son creadas por un Divino Legislador del Universo; o bien una base teleológica, cuando atribuimos que las cosas existentes, y entre ellos los seres humanos, "nos dirigimos hacia un estado preciso óptimo que es el bien específico, o el fin (*telos* y *finis*) que le es apropiado"⁶⁶. Dos son los problemas fundamentales de esta manera de ver las cosas para Hart. El primero es que caemos en la falacia naturalista, esto es, reducimos al "mínimo las diferencias entre los enunciados de lo que regularmente acaece y los enunciados de lo que debe acaecer". El segundo, tiene que ver con la negación del libre albedrío, es decir, "con la idea de que los seres humanos tenemos un propósito personal que tratan de realizar conscientemente y otros seres vivos he inanimados"⁶⁷. Entiende Hart que gran parte del punto de vista teleológico sigue presente en algunas formas típicas en como pensamos y hablamos. Tal es el caso del discurso de las *necesidades* humanas "que es bueno satisfacer y a ciertas cosas hechas a seres humanos, o sufridas *por* ellos, como *daños* o lesiones". Y aquí es donde reconoce "el grano de verdad" que hay en estas posiciones asociadas a la supervivencia humana. Pero al hacerlo, descarta las versiones que él considera "más metafísicas", para obtener en cambio su versión "atenuada" de Derecho Natural afirmando, como hecho

⁶³ Cfr. HART, H.L.A., *El concepto de Derecho*, cit., pp. 215-223.

⁶⁴ Cfr. HART, H.L.A., *El concepto de Derecho*, cit., p. 213.

⁶⁵ Cfr. HART, H.L.A., *El concepto de Derecho*, cit., p. 231.

⁶⁶ Cfr. HART, H.L.A., *El concepto de Derecho*, cit., p. 234-5.

⁶⁷ Cfr. HART, H.L.A., *El concepto de Derecho*, cit., p. 235.

contingente, la verdad de que los seres humanos desean en general vivir⁶⁸.

De esta forma, su argumento central “es simplemente que sin tal contenido las normas jurídicas y la moral no podrían llevar a cabo el propósito mínimo de supervivencia que los hombres tienen al asociarse entre sí”⁶⁹. En su opinión, esta verdad simple suministra una *razón* para que el Derecho y la moral deban incluir un contenido específico. Hart insiste que no se trata meramente de una cuestión causal, sino que esa verdad obvia suministra una conexión para que el contenido de ciertas reglas jurídicas y morales reconozcan en su contenido lo siguiente. a) La *vulnerabilidad humana* suministra razones para que se restrinja el uso de la violencia que se traduce en matar y causar daños corporales. b) La *igualdad aproximada* hace necesario el establecimiento de un sistema de abstenciones y concesiones mutuas. c) El *altruismo limitado* nos recuerda que los seres humanos no son demonios, pero tampoco ángeles. Dado que nuestro altruismo es limitado en extensión e intermitente, y las tendencias de agresión son bastante frecuentes como para no hacer posible la vida social, es necesario controlarles. d) La existencia de *recursos limitados*, a juicio de Hart, hace indispensable alguna forma mínima de institución de la propiedad necesaria para que los seres humanos colmen sus necesidades de alimentación, por ejemplo. Asimismo, la distribución de esos recursos hace necesaria la existencia de reglas a través de las cuales los individuos puedan crear o modificar sus obligaciones y con ello poder transferir, cambiar o vender sus productos. e) Finalmente, la *comprensión y fuerza de voluntad limitadas*, es el hecho por el cual se hace necesario establecer sanciones “no como motivo normal para la obediencia, sino como garantía de que aquellos que obedecen voluntariamente no serán sacrificados a quienes no lo hacen”⁷⁰.

Ese “contenido mínimo del Derecho Natural”, no obstante, no compromete el carácter positivista de la empresa hartiana toda vez que se deriva de “truismos” sobre la constitución de los seres humanos⁷¹. Al descartar las versiones “más grandilocuentes o controvertidas”, Hart obtiene su versión “suave” de Derecho Natural afirmando, como hecho contingente, la verdad de que los seres humanos desean en general vivir. Y esto es así porque el Derecho trata de las medidas sociales para existencia continuada de los miembros de una comunidad política, y no son, por tanto, “reglas para un club de suicidas”⁷². Al enfatizar lo anterior quiere dejar claro que se trata de una tesis que constata una *necesidad natural*. No se trata de una necesidad conceptual o de una tesis que establezca una

⁶⁸ Cfr. HART, H.L.A., *El concepto de Derecho*, cit., p. 235-7.

⁶⁹ HART, H.L.A., *El concepto de Derecho*, cit., p. 239.

⁷⁰ Cfr. HART, H.L.A., *El concepto de Derecho*, cit., p. 239-246.

⁷¹ HART, H.L.A., *El concepto de Derecho*, cit., p. 237.

⁷² HART, H.L.A., *El concepto de Derecho*, cit., p. 238.

conexión lógica con la moral⁷³. De la misma manera, esa conexión en tanto rasgo sociológico no tiene implicación práctica alguna. Es decir, de esa constatación no se sigue la posibilidad de que ese “contenido mínimo del Derecho Natural” sea operativo en el razonamiento jurídico. Lo anterior contrasta con otro tipo de argumentos tales como, por ejemplo, la “fórmula de Radbruch” o el “argumento de los principios” que, en sus versiones más modernas, sí establecen una conexión a nivel conceptual entre Derecho y moralidad⁷⁴.

4.- POSITIVISMO JURÍDICO HARTIANO

Hart desarrollará en varios trabajos su seminal teoría del positivismo jurídico, sobre todo en *El concepto de Derecho*⁷⁵. La publicación de esta obra en 1961 marca un antes y un después en la teoría y la filosofía del Derecho contemporánea que encumbra a H.L.A. Hart como referente inexcusable⁷⁶. Es difícil exagerar la influencia que ha ejercido dicha obra desde entonces. Su trabajo se ha considerado como un punto de encuentro para diversos autores que veían en él la mejor caracterización del positivismo jurídico. Y ello fue así a tal grado que, para algunos, marca un verdadero cambio de paradigma: el que va del “positivismo jurídico de los antiguos al de los modernos”⁷⁷; o que se trata de la forma más “clara, elegante y potente”⁷⁸ en que aquél se ha presentado. Ahora bien, ¿qué entiende nuestro autor por el positivismo jurídico? Para Hart por positivismo jurídico puede entenderse como “la simple afirmación de que en ningún sentido es necesariamente verdad que las normas jurídicas reproducen o satisfacen ciertas exigencias de la moral, aunque de hecho suele ser así”⁷⁹. Esta afirmación constituye la tesis positivista de la separación conceptual entre Derecho y moral,

⁷³ Tal idea ha sido destacada por muchos autores: desde la Escuela de Sheffield (Véase: Derick BEYLEVELD, P., y BROWNSWORD, R., *Law as Moral Judgement*, Sheffield, Academic Press, 1994, p.122), hasta un neo-institucionalista no-positivista como LA TORRE, M., (véase: “Il convitato di pietra. Carl Schmitt come monito”, *Diacronia. Rivista di storia della filosofia del diritto*, vol. 1, Pisa University Press, 2019, pp. 107-144, p. 126).

⁷⁴ Cfr. ALEXI, R., “On The Concept and Nature of Law”, *Ratio Juris*, vol. 21, núm. 3, 2008, pp. 281-299.

⁷⁵ En este apartado retomo y modifico partes un trabajo anterior: MORA-SIFUENTES, F.M., “Un intento de caracterización del positivismo jurídico incluyente”, *Papeles de Teoría y Filosofía del Derecho*, núm. 9, IDHBC-Universidad Carlos III de Madrid, 2010.

⁷⁶ Permítaseme una referencia a: MORA-SIFUENTES, F.M., “H.L.A. Hart: Vida y contexto filosófico”, *Problema. Anuario de teoría y filosofía del Derecho*, núm. 13, 2019, pp. 273-319, p. 288.

⁷⁷ La expresión, que remite a B. Constant, la tomo de GARCÍA FIGUEROA, A., *Criaturas de la moralidad. Una aproximación neoconstitucionalista al Derecho a través de los derechos*, Madrid, Trotta, 2009, pág. 246.

⁷⁸ DWORKIN, R., “El modelo de reglas (I)”, cit., p. 65.

⁷⁹ HART, H.L.A., *El concepto de Derecho*, cit., pág. 230.

misma que, sin embargo, debe complementarse con al menos otras dos tesis.

4.1.- El positivismo jurídico renovado de H.L.A. Hart

A decir del profesor de Oxford tres serían las tesis que están en la base del aparato conceptual de los positivistas, o lo que es lo mismo, tres serían las tesis defendidas por ellos a propósito de la "naturaleza del Derecho": a) la tesis de la separación conceptual —avanzada en el párrafo anterior—; b) la tesis de las fuentes sociales; y c) la tesis de la discreción judicial. Repasémoslas brevemente. La primera tesis sostiene que "aunque existen numerosas e importantes conexiones entre el Derecho y la moralidad, de modo frecuente, hay una coincidencia o solapamiento 'de facto' entre el derecho y algún sistema y las exigencias de la moralidad, tales conexiones son contingentes, no necesarias ni lógicas ni conceptualmente"⁸⁰. Recuérdese que esta es una de las tesis privilegiadas del positivismo jurídico en tradición anglosajona, defendida por igual por autores como Bentham y Austin. Y quizá a estas alturas está de más insistir en que la misma no niega en ningún caso la influencia de los sistemas morales en los sistemas jurídicos, así como sus múltiples interconexiones. Tampoco supondría negar la posibilidad de que principios morales puedan incorporarse a los sistemas jurídicos a través de los procedimientos determinados por el propio Derecho; o, incluso, la necesidad de que ese tipo de estándares tengan que aplicarse en determinados supuestos. Más bien, la tesis a lo que se contrapone es a toda postura que sostenga que sí existe alguna forma de conexión necesaria y no meramente contingente entre la validez jurídica y las exigencias de la moralidad.

La segunda tesis, denominada tesis de las fuentes sociales del Derecho, sostiene que "para que el derecho exista debe haber alguna forma de práctica social que incluya a los jueces y a los ciudadanos ordinarios, y esta práctica social determina lo que en cualquier sistema jurídico dado son las fuentes últimas del Derecho o criterios últimos o texto último de validez jurídica"⁸¹. Esta es la tesis más importante y sobre la que girará en gran parte la discusión que se trabará con sus detractores. Hart hace de lado la idea defendida por viejos positivistas como Austin de que el Derecho es un conjunto de órdenes respaldadas por amenazas de un soberano, misma que, sostiene él, no está posibilitada para explicar la persistencia del Derecho. En su lugar, y muy vinculada con la anterior tesis, Hart defenderá la existencia de una "regla de reconocimiento" entendida

⁸⁰ La presentación de estas tesis se hayan a lo largo de *El concepto de Derecho*. Aquí me baso en lo señalado por el propio autor en: HART, H.L.A., "El nuevo desafío al positivismo jurídico", trad. de L. Hierro, F. Laporta y J. R. Páramo, *Sistema*, núm. 36, 1980, pp. 4-18, aquí pág. 4.

⁸¹ HART, H.L.A., "El nuevo desafío al positivismo jurídico" cit., pág. 5.

como último criterio de validez jurídica, es decir, una regla que especifica “alguna característica o características cuya posesión por una regla sugerida es considerada como una indicación afirmativa e indiscutible de que se trata de una regla del grupo”⁸².

La tercera tesis afirma que “en todo sistema jurídico habrá siempre casos no previstos y no regulados expresamente, es decir, casos para los que ningún tipo de decisión es dictada por Derecho claramente establecido y, en consecuencia, el derecho es parcialmente indeterminado o incompleto”⁸³. Esta es la tesis de la discreción judicial. Como sabemos, frente al escepticismo, pero también frente el formalismo, ante las reglas, Hart afirmará que “si el juez ha de llegar por sí mismo a una decisión en tales casos y no inhibir su jurisdicción (o como Bentham defendía) remitir el asunto al legislativo, debe ejercitar su discrecionalidad y crear derecho para el caso, en lugar de aplicar meramente el derecho ya preexistente y establecido, aunque al hacerlo pueda muy bien estar sujeto a muchas cortapisas jurídicas que limitan su elección”. Esta tesis, también denominada “tesis de la creación judicial del Derecho”, en definitiva, afirma que, en los casos no previstos o no regulados, “el juez simultáneamente crea nuevo Derecho y aplica el derecho establecido, que, al tiempo, confiere y limita sus poderes de crear el derecho”⁸⁴.

El trabajo de Hart se había considerado como la mejor caracterización del positivismo jurídico pues con esas tres tesis —se pensaba— lo libró de muchos malentendidos. Arrojó luz allá donde había obscuridad. Sin embargo, no pasó mucho tiempo para que las cosas comenzaran a cambiar. En efecto, no tuvo que transcurrir mucho para que varios autores dudasen de la viabilidad de su versión del positivismo jurídico en tanto teoría del Derecho, tal y como lo demuestra su temprana polémica con el profesor Lon L. Fuller⁸⁵. Con todo, y no obstante la aparición de varias críticas, el profesor Hart mantuvo una postura de observador, intentando aprender de la vasta literatura que su libro generó. Con esto quiero decir que Hart se mantuvo al margen de las discusiones antes que intentar formular una defensa general y completa de su obra. Eso fue así hasta la aparición en 1994 de una segunda edición de *El concepto de Derecho*, preparada por J. Raz y P. A. Bullock, en la que, además se contenía

⁸² HART, H.L.A., *El concepto de Derecho*, cit., pág. 117.

⁸³ HART, H.L.A., “El nuevo desafío al positivismo jurídico” cit., pág. 5.

⁸⁴ HART, H.L.A., “El nuevo desafío al positivismo jurídico” cit., pág. 5-6.

⁸⁵ Véase: FULLER, L.L., “Positivism and Fidelity to Law—A Reply to Professor Hart”, *Harvard Law Review*, vol. 71, núm. 4, 1958, pp. 630-672. Para WALUCHOW, W., (“The Many Faces of Legal Positivism”, *University of Toronto Law Journal*, núm. 48, 1988, pp. 387-449, p. 387 y ss.), por ejemplo, los críticos del positivismo jurídico van desde los realistas jurídicos como J. Frank y K. Lewellyn; pasando por las teorías feministas como la de K. Mackinnon; a autores de filiación jusnaturalista como el propio L. Fuller o J. Finnis. Sin embargo, concuerda con la mayoría de la literatura en que la crítica más importante es la de R. Dworkin (p. 389).

un *Postscript*⁸⁶. En este trabajo el profesor británico procura responder de forma exhaustiva a las críticas que recibió; principalmente, intenta dar respuesta a las críticas de “gran alcance” formuladas por Ronald Dworkin⁸⁷. Su publicación supuso otro momento relevante para la teoría y filosofía del Derecho contemporánea, pues es hasta su aparición, con algunos matices, puede considerarse que surge explícitamente el “positivismo jurídico suave” o “incluyente” (PJI en adelante).

4.2.- El positivismo jurídico “suave” o “incluyente”

Tras el ataque de Dworkin, la estrategia de Hart para defender su teoría pasó por defender la tesis de las fuentes sociales y la regla de reconocimiento asociada a la misma, pues es en ellas donde se sostiene su aparato conceptual y el del positivismo jurídico, en la medida en que su teoría se considera paradigmática dentro de él. A los efectos que aquí me interesan, veamos la ruta de defensa ensayada por Hart a la crítica más importante y que sostiene que su teoría, es un “positivismo de meros hechos”⁸⁸. Según Hart, Dworkin se equivoca del todo al sostener que su teoría sea un ejemplo de “positivismo de meros hechos”, una teoría en donde los criterios de validez de las normas consisten en hechos históricos, incluyendo hechos sobre las creencias de los individuos y las actitudes sociales⁸⁹. Si bien, tal y como Hart concede, la mayoría de los ejemplos por él dados con su regla de reconocimiento se refieren al origen de las normas, nada hay en ella que niegue que dicha validez pueda depender, en determinados casos, también de criterios sustantivos. En sus palabras: aunque mis principales ejemplos de los criterios proporcionados por la regla de reconocimiento son cuestiones a las que Dworkin ha llamado ‘pedigrí’, y se refieran sólo a la manera en la cual las normas son adoptadas o creadas por las instituciones jurídicas y no a su contenido, expresamente sostengo que tanto este libro y en mi artículo anterior sobre ‘Positivismo y la separación de derecho y moral’, que en algunos sistemas de Derecho, como en el de Estados Unidos, el último criterio de validez jurídico podría

⁸⁶ HART, H.L.A., *Post scriptum al concepto de derecho*, cit., p. 10. Algunas de las tesis contenidas en este trabajo se avanzaron en: “El nuevo desafío al positivismo jurídico”, citado.

⁸⁷ El argumento de los “principios” (Cfr. DWORKIN, R., “El modelo de reglas (I)”, cit., pp. 72 y ss.) afirma que la existencia de este tipo de normas -que expresan un contenido de moralidad y no son indistinguibles por la regla de reconocimiento- así como su aplicación por parte de jueces y tribunales, muestra que existe una conexión necesaria y no meramente contingente entre Derecho y moral. Como se sabe, esta es la primera crítica de Dworkin contenida en *Taking Rights Seriously*; misma que, sin embargo, cambia de contenido, la tesis de la “controversia”, tornándose más potente y difícil de responder tras la aparición de *Law’s Empire*.

⁸⁸ Véase: DWORKIN, R., *Law’s Empire*, Harvard, The Belknap Press, 1986, pp. 33 y ss.

⁸⁹ HART, H.L.A., *Post scriptum*, cit., p. 19 [*Postscript* p. 245].

explícitamente incorporar, además del pedigrí, principios de justicia o valores morales sustantivos y éstos podrían constituir el contenido de límites jurídico constitucionales⁹⁰.

En la posibilidad de que en algunos sistemas jurídicos los criterios de validez incluyan (o incorporen) principios morales descansa el PJI⁹¹. De esta forma, el positivismo propugnado por Hart sería un positivismo diferente, un positivismo más moderado, por lo que la crítica de Dworkin resultaría del todo errónea. En primer lugar porque ignora su aceptación explícita de que la regla de reconocimiento pueda incorporar como criterios de validez jurídica “la conformidad con principios morales o valores sustantivos, lo que se ha denominado un ‘positivismo suave’” y, en segundo lugar, porque no hay nada en *El concepto de Derecho* que concluya “que los criterios de ‘meros hechos’ proporcionados por la regla de reconocimiento tengan que ser únicamente cuestiones de pedigrí; por el contrario, pueden ser límites sustantivos al contenido de la legislación como las Enmiendas Dieciséis o Diecinueve de la Constitución de Estados Unidos con respecto al establecimiento de la religión o restricciones al derecho al voto”⁹². No obstante, que exista la posibilidad contingente de que en determinados sistemas jurídicos esto *pueda* ocurrir, de ello no se deriva que *deba ser* así.

Se trata, como frecuentemente suele decirse, de una conexión contingente, pero no necesaria. Y lo que es más importante: de esa misma afirmación no se sigue, según el profesor de Oxford, que las teorías jurídicas deban comprometerse con alguna teoría filosófica controvertible “sobre el *status* general de los juicios morales y debe dejar abierto, como hago en este libro, la cuestión general de saber si éstos tienen lo que Dworkin llama ‘nivel objetivo’”⁹³. Por el contrario, continua Hart, si la cuestión del nivel objetivo de los juicios morales es dejada abierta por la teoría jurídica, como sostengo que debe ser, entonces el positivismo suave no puede ser simplemente caracterizado como la teoría en la cual los principios o valores morales pueden estar entre los criterios de validez jurídica, puesto que, si es una cuestión abierta saber si los principios y valores morales tienen nivel objetivo, también tiene que ser una cuestión abierta saber si las provisiones del ‘positivismo suave’ tendientes a incluir la conformidad con estos principios y valores entre las pruebas para la [determinación] del derecho existente, pueden tener tal efecto o, por el contrario, pueden únicamente constituir direcciones

⁹⁰ HART, H.L.A., *Post scriptum*, cit., p. 22 [*Postscript* p. 247]. Esa aceptación vendría ya desde su “Positivismo y la separación entre Derecho y Moral”, cit.

⁹¹ HIMMA, K.E., “Inclusive Legal Positivism”, en: J. Coleman y S. Shapiro (eds.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, Oxford, OUP, 2004, pp. 125-165, aquí pág. 125.

⁹² HART, H.L.A., *Post scriptum*, cit., p. 26 [*Postscript* p. 250].

⁹³ HART, H.L.A., *Post scriptum*, cit., p. 30 [*Postscript* p. 254].

para los tribunales para *crear* derecho de conformidad con la moralidad⁹⁴.

Esto último es relevante porque limita las posibilidades del PJI. Hart afirma en esta parte que ese “positivismo suave” no pasa por —o no debe— adoptar una teoría moral objetiva. Si entiendo bien, esto implicaría que aun cuando sea posible que la regla de reconocimiento adopte o pueda adoptar criterios sustantivos de validez, no significa, que esa incorporación haga referencia a *la* moral. Es decir, parece que rechaza el objetivismo moral con lo que ello pudiese implicar⁹⁵.

4.3.- ¿La autodestrucción del positivismo jurídico?

Gran parte de la literatura iusfilosófica reconoce que Hart contribuyó de manera notable a ordenar y disipar muchas dudas sobre el estatuto y metodología del positivismo jurídico. Sin embargo, en los últimos años el problema del positivismo jurídico ha vuelto a ocupar con ahínco a positivistas y no-positivistas, curiosamente, a causa del propio profesor británico: el *Postscript* ha puesto de manifiesto, una vez más, que tal cuestión no ha quedado zanjada del todo. Al menos no para un amplio sector de la doctrina: tratar de determinar “el contenido mínimo del positivismo jurídico”, el elemento que puede o debe poseer cualquier teoría que se considere de este tipo, sigue siendo una obsesión entre los teóricos del Derecho⁹⁶. O para decirlo de otra manera: las aclaraciones hechas por Hart en el *Postscript* han abierto una intensa discusión, tanto al interior de las propias filas del positivismo como fuera de él. Me explico.

Fuera del positivismo jurídico, porque los autores no-positivistas han visto en el *Postscript* una concesión definitiva: aceptar la posibilidad de que la regla de reconocimiento contenga criterios morales para determinar la validez de las normas jurídicas puede poner en peligro su preciada tesis de las fuentes sociales y con ella la de la separación conceptual entre Derecho y moral en una suerte de

⁹⁴ HART, H.L.A., *Post scriptum*, cit., p. 31 [*Postscript* p. 254].

⁹⁵ Sobre este punto particular, remito a: MORESO, J.J., “¿Es el Postscript de Hart una versión de positivismo jurídico incluyente”, *Revista Telemática de Filosofía de Derecho*, núm. 20, 2017, pp. 93-100.

⁹⁶ Tomo la expresión de: BAYÓN, J.C., “El contenido mínimo del positivismo jurídico”, en: V. Zapatero (ed.), *Horizontes de la filosofía del Derecho. Homenaje a Luis García San Miguel*, vol. 2, Madrid, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Alcalá de Henares, 2002, pp. 33-54. Dicho elemento o tesis no sería otro según el Catedrático de la Universidad Autónoma de Madrid que la denominada por él “tesis convencionalista”. Dicha tesis nos lleva a un estadio más reciente en las discusiones en torno al estatuto del positivismo jurídico y en el que, obviamente, no voy a incursionar en este trabajo.

“autodestrucción del positivismo jurídico”⁹⁷. Tal es el caso paradigmático de Ronald Dworkin, quien se percató de la cercanía entre el PJI y su teoría del Derecho como integridad⁹⁸. Al interior del positivismo distintos autores han optado por negar esa vía, prácticamente por similares motivos: niegan que dicha incorporación de esos criterios morales de validez a la regla de reconocimiento pueda darse sin que ello afecte el núcleo del positivismo jurídico, por lo que resultaría del todo implausible. Tal es el caso de Joseph Raz. Así, y debido en gran medida a la dilatada crítica de Dworkin, el panorama del positivismo jurídico en el ámbito anglosajón quedó dividido entre los partidarios de tres grandes ramas confrontadas entre sí: las versiones “excluyente”, “incluyente” y “normativo” del positivismo jurídico.

En primer término, tenemos al positivismo jurídico “excluyente” que considera incompatible con los postulados del propio positivismo (tesis de las fuentes) la incorporación de criterios morales en la regla de reconocimiento. Los partidarios del positivismo excluyente propugnan una “tesis fuerte” de las fuentes sociales. Para ellos la existencia y el contenido del Derecho dependen exclusivamente de hechos sociales, es decir, “propios a la acción humana o a un grupo social”⁹⁹. Visto con atención, los positivistas jurídicos excluyentes en realidad defienden la tesis de las fuentes sociales tradicional por lo que el adjetivo de “positivistas duros” que les ha sido atribuido, en realidad, no se sostiene. Y no se sostiene, sobre todo, si se parte de una teoría de la autoridad del Derecho como la defendida por Joseph Raz¹⁰⁰. Para este autor, además, la pretendida “incorporación de la moralidad” al Derecho, el punto destacado en los últimos tiempos contra por el positivismo jurídico, se daría en unos términos muy distintos. Lo que sucedería, en realidad, es que en ocasiones los operadores jurídicos tienen que *aplicar* normas jurídicas morales, como tienen que aplicar normas que no pertenecen a un ordenamiento jurídico particular, i.e. normas de Derecho

⁹⁷ Tomo la expresión del trabajo de: GOLDSWORTHY, J.D., “The Self-Destruction of Legal Positivism”, *Oxford Journal of Legal Studies*, núm. 10, v. 4, 1990, pp. 449-486.

⁹⁸ Véase: DWORKIN, R., “Thirty Years on”, *Harvard Law Review*, vol. 115, núm. 6, 2002, pp. 1655-1687.

⁹⁹ RAZ, J., *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, Oxford, Clarendon Press, 1979, p. 37, pp. 47-48; *Íd. Ethics in the Public Domain*, Oxford, OUP, 1994, p. 218.

⁹⁹ Véase: JIMENEZ-CANO, R.M., *Una metateoría del positivismo jurídico*, prólogo de G. Peces-Barba, Madrid, Marcial Pons, 2008, p. 195.

¹⁰⁰ Véase de este autor: RAZ, J., “Authority, Law and Morals” en: *Íd., Ethics in Public Domain*, cit. También puede verse: VEGA GÓMEZ, J., “El positivismo excluyente de Raz”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 110, 2004, pp. 709-739.

Internacional. Así vista, la pretendida incorporación no tendría relevancia alguna para el concepto de Derecho¹⁰¹.

En segundo término, los partidarios del positivismo jurídico “incluyente” sostienen una versión débil de las fuentes sociales y, para tal fin, separan la práctica social y los criterios de validez. Entienden que mientras el origen del Derecho es *necesariamente* fáctico (una práctica social); los criterios de validez contenidos en dicha práctica son *contingentemente* fácticos. Así, y aunque el origen del derecho siempre reside en un hecho social, se deja abierta la cuestión sobre si conceptualmente es posible que los criterios de validez del derecho puedan consistir en hechos sociales o en principios morales¹⁰². Es decir, la existencia y el contenido del Derecho, según esta propuesta, no siempre vendría determinado por hechos sociales, sino que, *en ocasiones*, también puede ser determinado por la moral, que actuaría en tales casos como criterio de validez jurídica. El punto de los incluyentes, básicamente, es que con la reformulación de las tesis hartianas (fuentes sociales, discreción judicial¹⁰³), el positivismo jurídico se fortalece y harían a esta teoría viable, al menos desde su punto de vista. Para W. Waluchow, por ejemplo, el PJI tiene mayor capacidad explicativa que el PJE por el hecho de que en algunos sistemas jurídicos se han reconocido explícitamente test morales para la validez y contenido de las leyes¹⁰⁴.

Por último, el positivismo jurídico “normativo”, también denominado “ético” o “democrático”, defiende no como una cuestión conceptual la tesis de la separación sino por sus implicaciones políticas¹⁰⁵. Es decir, desde esta perspectiva la regla de

¹⁰¹ Cfr. RAZ, J., “La incorporación por el Derecho”, trad. de R. Ruiz y R. Jiménez-Cano, *Derechos y Libertades*, núm. 16, 2007, pp. 17-40.

¹⁰² HIMMA, K.E., “Inclusive Legal Positivism”, cit., p. 145

¹⁰³ Los PJI consideran que no es cierto que siempre el juez tenga discrecionalidad en sentido fuerte y admiten, en algunos casos, la existencia de respuestas correctas en la medida en que nada hay en el positivismo que niegue dicha posibilidad. Esto también los aproxima a Dworkin. En efecto, si entendemos que el positivismo jurídico no se compromete con teoría moral alguna, sería coherente decir tanto que siempre existen respuestas correctas como el negar su existencia: el PJI “sostiene que es cierto que resulta posible la existencia de una respuesta correcta a algunas cuestiones morales, pero no es lo menos que en otras el ejercicio de la discrecionalidad es fuerte”. Véase: WALUCHOW, W.J., *Positivism jurídico incluyente*, trad. de M. S. Gil y R. Tesone, Madrid, Marcial Pons, 2007, p. 217.

¹⁰⁴ Es decir, el PJI parecería permitirnos ver aquello de modo *natural* y como algo generalmente aceptado: “como test explícitamente morales para el derecho que requieren que jueces y abogados se comprometan con argumentos morales sustantivos cuando deciden cuestiones de validez jurídica”. Véase nuevamente: WALUCHOW, W.J., *Positivism jurídico incluyente*, cit., p. 154.

¹⁰⁵ Dos advertencias son oportunas: se habla en ocasiones de una “ideología positivista” asociado al mismo para intentar diferenciarlo del “positivismo ideológico” toda vez que este último establecería un deber absoluto o incondicional de obediencia moral al Derecho, mientras que el primero no. De la misma forma, en el ámbito anglosajón distintos autores (v. gr. Jeremy Waldron, Gerald Postema

reconocimiento *no debe incorporar* (y si lo hace, *lo menos posible*) criterios morales que autoricen a los jueces a embarcarse en un razonamiento sustantivo en la identificación jurídica porque, de otra forma, la regla de reconocimiento “serviría de poco para determinar qué va a contar o qué no va a contar como Derecho”¹⁰⁶. El atractivo y superioridad del positivismo jurídico tiene que ver para sus partidarios, no con una tesis de naturaleza conceptual o su carácter descriptivo, sino “por sus prescripciones sobre cómo un sistema jurídico debería de ser formalmente”¹⁰⁷. Su “sentido”, como sostiene Tom Campbell, puede concebirse como “la provisión de un modelo y una justificación de cara a la construcción de un sistema jurídico que se aproxime, hasta donde sea posible, a la realización de un sistema de reglas, como parte necesaria de cualquier sistema político aceptable”¹⁰⁸. Puede apreciarse que este tipo de positivismo es cercano a una forma de concebir el ideal del *Rule of Law*, y sus conexiones políticas con la democracia, la división de poderes, los derechos humanos, etc. En efecto, los “normativos” muestran preferencia por la “dignidad de la legislación”, por la seguridad y certeza jurídica. Y, en fin, se alejan del modelo de juez propuesto por el “interpretativismo” rescatando, por el contrario, un modelo de juez que se ciña lo más posible al significado de las palabras, “no al ingrato proceso de pretender descubrir las ocultas intenciones y motivos legislativos”¹⁰⁹.

5.- A MODO DE CONCLUSIÓN

Señalé al comienzo que la simple referencia a alguna teoría como “positivista” nos dice demasiado poco y que hacérselo ver fue una preocupación central del “Hart filósofo del Derecho”. Pues bien, creo que pocos entendieron el contenido de este mensaje como lo entendió el más grande de sus críticos: Ronald Dworkin. En mi opinión, el profesor estadounidense toma en gran medida el testigo hartiano cuando afirmó —en su caso, *revisitando* el Derecho Natural— que por más que a los filósofos del Derecho nos gusten las categorías, e intentemos “etiquetarnos”, tanto a nosotros como a las

Tom Campbell), han desarrollado, o mejor, retomado esta “tesis normativa” que remite a los padres fundadores del positivismo jurídico: Hobbes, Bentham, Austin. Sin embargo, el ámbito continental europeo U. Scarpelli se había movido ya en esta línea con mucha anterioridad. Cfr. SCARPELLI, U., *Cos'è il positivismo giuridico*, Milán, Edizioni di Comunità, 1965; WALDRON, J., “Normative (or Ethical) Positivism”, en: J. Coleman (ed.), *Hart's Postscript. Essays on the Postscript to the Concept of Law*, Oxford, OUP, 2001, pp. 411-433.

¹⁰⁶ CAMPBELL, T., “El sentido del positivismo jurídico (II): El positivismo jurídico prescriptivo como un derecho humano”, trad. de J.A. Pérez Lledó, *Doxa*, núm. 27, 2004, pp. 27-44., p. 42.

¹⁰⁷ *Ídem*. p. 28.

¹⁰⁸ CAMPBELL, T., “El sentido del positivismo jurídico” trad. de Á. Ródenas, *Doxa*, núm. 25, 2002, pp. 303-331, p. 306.

¹⁰⁹ *Ídem*. p. 319.

teorías que defendemos, mal haríamos en focalizarnos en las etiquetas en lugar de las teorías¹¹⁰. Esto también aplica perfectamente para el positivismo jurídico que, más que una doctrina monolítica, constituye un conjunto de tesis heterogéneas, algunas defendibles y otras no tanto. Mostrar en qué medida ello es así, constituyó el objetivo central de este trabajo.

En efecto, como tuvimos oportunidad de apreciar, desde el mirador hartiano el positivismo jurídico no es defendible cuando se le asocia con el imperativismo, con la doctrina que afirma que el Derecho no es otra cosa sino mandatos de un soberano respaldados por amenazas. La clave de su comprensión no pasa por ahí, sino por la distinta noción de “regla” que, dicho sea de paso, falta al imperativista, pero también al realista jurídico. Tampoco es correcta la asociación que se hace del positivismo jurídico con la “teoría mecánica” o la “concepción formalista” de la decisión judicial. Mucho menos, lo sería en relación con aquellas posturas que lo asocian defendiendo un deber moral de obediencia absoluta al Derecho positivo. Nada hay en el positivismo jurídico, o mejor, en los autores asociados a su tradición, que pueda llevarnos a fundamentar un deber de ese tipo. Las cosas se complican en relación con el no-cognoscitivismo moral, pues, como sabemos, ni de Bentham ni de Austin, ambos utilitaristas, podemos predicar tal carácter.

Interesante también fue la afirmación de la idea de que lo que el Derecho sea, es algo de hechura humana, fundamentalmente. Desde esta perspectiva tanto el “realismo jurídico” —tanto en su versión norteamericana como en la de sus primos escandinavos— como el positivismo utilitarista de Bentham y Austin merecerían el rótulo de positivistas, según Hart. Sin embargo, más allá de su contribución para tener una visión más ajustada de la decisión judicial, poco se dice del trasfondo de los primeros. Esto es, Hart no fue muy prolijo por lo que respecta a las relaciones entre el positivismo jurídico y el positivismo filosófico, toda vez que entendió al realismo como una teoría del proceso judicial, y no en el más amplio marco del empirismo. Además de la escueta alusión al programa del *Cours de philosophie positive* de A. Comte en su entrada “Legal Positivism”, no se contiene en su obra un análisis detallado de las relaciones o confluencias entre el positivismo jurídico y el positivismo filosófico, algo que, como ha sido destacado, emparentaría a los realistas jurídicos, pero también a John Austin, con el “naturalismo”¹¹¹. Sé que resulta muy arriesgado aventurar una conjetura. Pero quizá lo anterior se debió a que Hart consideraba que el positivismo jurídico sería ante todo una doctrina o teoría a

¹¹⁰ DWORKIN, R., “Natural Law Revisited”, *University of Florida Law Review*, Num. 2, Vol. XXXIV, 1982, pp. 165-188, p.165.

¹¹¹ Véanse: HART, H.L.A., “Legal Positivism”, cit., p. 419; PAULSON, S.L., “La idea misma de positivismo jurídico”, trad. de Francisco M. Mora-Sifuentes, *Revista Derecho del Estado*, núm. 45, 2019, pp. 29-53.

propósito de la naturaleza del Derecho, con identidad e historia propia, más que la aplicación de una determinada epistemología.

Por lo que respecta a su tratamiento del Derecho Natural, pueden decirse cosas similares, en la medida en que Hart identificó varias modalidades. En primer lugar, aquellas que se emparentan al aristotelismo con una fuerte carga "teleológica". En segundo lugar, aquellas teorías de base religiosa, como por ejemplo la doctrina tomista de la Ley Natural. Éstas últimas son definidas sobre el dualismo que propugnan, y terminan supeditando la validez del Derecho positivo a un conjunto de principios éticos que no deben en ningún caso violentarse. Como afirmase N. Bobbio, lo anterior constituye el "canon más seguro" para identificar doctrinas iusnaturalistas. En tercer lugar, Hart encuentra ciertos "ecos iusnaturalistas" en la doctrina de la "moralidad interna del Derecho" de Lon L. Fuller, que, a su juicio, asocia erróneamente la aplicación imparcial y constante del Derecho con la justicia. También los encuentra en la teoría del Derecho como integridad de Ronald Dworkin y su "nuevo desafío al positivismo jurídico". No por nada, afirmó que este último, en el tema de la decisión judicial, sería visto por Bentham como un continuador de la doctrina del *Common Law* propugnada por Blackstone. Por último, Hart desarrolló su "contenido mínimo del Derecho Natural" como tesis sociológica o como "necesidad natural", lo que le permite reconocer el grano de verdad en dichas doctrinas sin comprometer el carácter positivista de su empresa.

A lo largo de su dilatada producción intelectual, Hart desarrolló consistentemente su propuesta iuspositivista. La misma se construyó sobre la base de las tesis de la separación conceptual, las fuentes sociales y la discreción judicial. Asimismo, propugnó el análisis del Derecho bajo presupuestos generales y descriptivos. Todo ello le redituó un reconocimiento casi unánime como el mejor teórico del Derecho del siglo XX. No obstante, las críticas recibidas en varios momentos por distintos autores, y, sobre todo, por Ronald Dworkin, han terminado erosionando el "nuevo edificio positivista" de Hart y la sombra de aquél se ha ido acrecentando con el paso de los años. Hoy se reconoce sin tapujos que para conocer la teoría de Hart hay que entender también la postura de Dworkin. Su embate abrió la última gran polémica que se ha suscitado en su seno: la de la posibilidad de que la regla de reconocimiento incorpore criterios morales para la identificación jurídica. Esto ha presionado fuertemente a los autores positivistas. Unos defienden la "pureza" de la tesis de las fuentes sociales; otros quieren integrar aspectos de la crítica de Dworkin y seguir siendo positivistas, y, en fin, otros acuden a los viejos padres fundadores en busca de respuestas. Curiosamente los "positivistas normativos" han ido muy lejos en su defensa de la tradición de Hobbes, Bentham y Austin algo que, no olvidemos, también buscó Hart. Pero al hacerlo de la manera en que lo hicieron,

paradójicamente, terminan dando la espalda a la propuesta metodológica del autor de *El concepto de Derecho*¹¹².

6.- BIBLIOGRAFÍA

- ALEXY, Robert, "On the Concept and Nature of Law", *Ratio Juris*, vol. 21, núm. 3, 2008, pp. 281-299.
- AUSTIN, John, *El objeto de la jurisprudencia* (1832), trad. de J.R. De Páramo, Madrid, CEPC, 2002.
- BAYÓN, Juan Carlos, "El contenido mínimo del positivismo jurídico", en: V. Zapatero (ed.), *Horizontes de la filosofía del Derecho. Homenaje a Luis García San Miguel*, vol. 2, Madrid, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Alcalá de Henares, 2002, pp. 33-54.
- BECCARIA, Cesare, *Tratado de los delitos y de las penas* [1764], México, Porrúa, 2008.
- BENTHAM, Jeremy, *Principios de legislación y codificación*, ed. de F. Ferrer y Valls, Madrid, Imprenta de D. Thomas Jordan, 1834.
- BEYLEVELD, Derick y BROWNSWORD, Robert, *Law as Moral Judgement*, Sheffield, Academic Press, 1994.
- BLACKSTONE, Sir William, *Commentaries on the Laws of England*, vol. 1, Philadelphia, Robert Bell, 1771.
- BOBBIO, Norberto, *Locke y el Derecho Natural*, trad. de R. Facchi, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2017.
- CAMPBELL, Tom, "El sentido del positivismo jurídico" trad. de Á. Ródenas, *Doxa*, núm. 25, 2002, pp. 303-331.
- CAMPBELL, Tom, "El sentido del positivismo jurídico (II): El positivismo jurídico prescriptivo como un derecho humano", trad. de J.A. Pérez Llegó, *Doxa*, núm. 27, 2004, pp. 27-44.
- CATTANEO, Mario A., *Il positivismo giuridico inglese: Hobbes, Bentham, Austin*, Milano, Giuffrè, 1962.
- DE PÁRAMO, Juan Ramón, *H.L.A., Hart y la teoría analítica del Derecho*, prólogo de G. Peces-Barba, Madrid, CEC, 1984.
- DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, trad. de M. Guastavino, Barcelona, Ariel, 5ª reimp., 2002.
- DWORKIN, Ronald, "Natural Law Revisited", *University of Florida Law Review*, Num. 2, Vol. XXXIV, 1982, pp. 165-188.
- DWORKIN, Ronald, *Law's Empire*, Harvard, Belknap Press, 1986.
- DWORKIN, Ronald, "Thirty Years on", *Harvard Law Review*, vol. 115, núm. 6, 2002, pp. 1655-1687.

¹¹² Este trabajo forma parte de un proyecto de investigación más amplio sobre filosofía del Derecho contemporánea "De *El concepto del Derecho* a los conceptos de Derecho" en curso, que recibió un apoyo de la SEP de México (NPTC- PRODEP-2017). Estoy en deuda con el personal de la Dirección de Apoyo a la Investigación y Posgrado (DAIP) de la Universidad de Guanajuato por su acompañamiento en la gestión de dicho recurso. Agradezco las sugerencias que me formuló Alicia I. Saavedra-Bazaga. Los errores e insuficiencias son de la exclusiva responsabilidad del autor.

- FULLER, Lon L., "Positivism and Fidelity to Law-A Reply to Professor Hart", *Harvard Law Review*, vol. 71, núm. 4, 1958, pp. 630-672.
- GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, *Criaturas de la moralidad. Una aproximación neoconstitucionalista al Derecho a través de los derechos*, Madrid, Trotta, 2009.
- GOLDSMITH, Maurice M., "Hobbes on Law", en: T. Sorell (ed.), *The Cambridge Companion to Hobbes*, Cambridge, CUP, 1996.
- GOLDSWORTHY, Jeffrey D., "The Self-Destruction of Legal Positivism", *Oxford Journal of Legal Studies*, núm. 10, v. 4, 1990, pp. 449-486.
- HART, H.L.A., "El positivismo jurídico y la separación entre Derecho y moral", en: *Íd., Derecho y moral. Cotribución a su análisis*, trad. de G. Carrió, De Palma, Bs. As., 1962, pp. 3-14.
- HART, H.L.A., "Bentham and the United States of America", *The Journal of Law and Economics*, vol. 19, 1967, pp. 547-567.
- HART, H.L.A., "Legal Positivism", *International Encyclopedia of Philosophy*, P. Edwards (ed.), Macmillan Co. and the Free Press, New York, 1967, Vol. 4., pp. 418-420.
- HART, Hart, "Bentham and the Desmystification of the Law", *The Modern Law Review*, vol. 36, núm. 1, 1973, pp. 2-17.
- HART, H.L.A., "El nuevo desafío al positivismo jurídico", trad. de L. Hierro, F. Laporta y J. R. Páramo, *Sistema*, núm. 36, 1980, pp. 4-18.
- HART, H.L.A., "El Derecho desde la perspectiva de la filosofía", trad. de R. Tamayo *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 33, 1978, pp. 313-329.
- HART, H.L.A., "Introducción" a: John Austin, *El objeto de la jurisprudencia* (1832), trad. de J.R. De Páramo, Madrid, CEPC, 2002.
- HART, H.L.A., "Una mirada inglesa a la teoría del Derecho norteamericana: la pesadilla y el noble sueño", en: J.J. Moreso y P. Casanovas, *El ámbito de lo jurídico*, Barcelona, Crítica, 1994, pp. 327-352.
- HART, H.L.A., *El Concepto de Derecho*, trad. de G. Carrió (1963), Abeledo Perrot, Bs. As., 2007.
- HART, H.L.A., *The Concept of Law*, 2nd ed., Ed. J. Raz & P. A. Bullock, Oxford, Clarendon Press, 1994.
- HART, H.L.A., *Post scríptum al concepto de derecho*, trad. R. Tamayo, México, IIJ-UNAM, 2000.
- HIMMA, Kenneth E., "Inclusive Legal Positivism", en: J. Coleman y S. Shapiro (eds.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, Oxford, OUP, 2004, pp. 125-165.
- JIMÉNEZ-CANO, Roberto M., *Una metateoría del positivismo jurídico*, prólogo de G. Peces-Barba, Madrid, Marcial Pons, 2008.
- KELSEN, Hans, "The Pure Theory of Law and Analytical Jurisprudence", *Harvard Law Review*, vol., 55, núm. 1, 1944, pp. 44-70.

- KELSEN, Hans, *Reine Rechtslehre*, I ed., Studienausgabe, ed. de M. Jestaedt, Mohr Siebeck, Tübingen 2008.
- LA TORRE, Massimo, "Il convitato di pietra. Carl Schmitt come monito", *Diacronia. Rivista di storia della filosofia del diritto*, vol. 1, Pisa University Press, 2019, pp. 107-144.
- LLAMBÍAS AZEVEDO, Juan, "Reflexiones sobre la crítica de Bergbohm a la doctrina del Derecho Natural" (I y II), *Diánoia*, vols. 11-12, núms. 11-12, 1965-1966.
- LYONS, David, "Legal Formalism and Instrumentalism-a Pathological Study", *Cornell Law Review*, vol. 66, 1981, 949-972.
- MONTESQUIEU, Charles Secondat Barón de, *Del espíritu de las leyes* [1748], Madrid, Tecnos, 2006.
- MORA-SIFUENTES, Francisco M., "Un intento de caracterización del positivismo jurídico incluyente", *Papeles de Teoría y Filosofía del Derecho*, núm. 9, IDHBC-Universidad Carlos III de Madrid, 2010.
- MORA-SIFUENTES, Francisco M., "H.L.A. Hart: Vida y contexto filosófico", *Problema. Anuario de teoría y filosofía del Derecho*, núm. 13, 2019, pp. 273-319.
- MORESO, José Juan, "¿Es el Postscript de Hart una versión de positivismo jurídico incluyente?", *Revista Telemática de Filosofía de Derecho*, núm. 20, 2017, pp. 93-100.
- PAULSON, Stanley L., "La idea misma de positivismo jurídico", trad. de Francisco M. Mora-Sifuentes, *Revista Derecho del Estado*, núm. 45, 2019, pp. 29-53.
- PRIETO SANCHÍS, Luis, *Constitucionalismo y positivismo*, México, Fontamara, 1997.
- RAZ, Joseph, *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, Oxford, Clarendon Press, 1979.
- RAZ, Joseph, *Ethics in the Public Domain*, Oxford, OUP, 1994.
- RAZ, Joseph, "La incorporación por el Derecho", trad. de R. Ruiz y R. Jiménez-Cano, *Derechos y Libertades*, núm. 16, 2007, pp. 17-40.
- SCARPELLI, Ubert, *Cos'è il positivismo giuridico*, Milán, Edizioni di Comunità, 1965.
- SCHAUER, Fredrick, "Hart Antiessentialism", en: A. Dolcetti, L. Duarte y J. Edwards, *Reading H.L.A. Hart's The Concept of Law*, Hart Publishing LTD, UK, 2013.
- VEGA GÓMEZ, Juan, "El positivismo excluyente de Raz", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 110, 2004, pp. 709-739.
- WALDRON, Jeremy, "Normative (or Ethical) Positivism", en: J. Coleman (ed.), *Hart's Postscript. Essays on the Postscript to the Concept of Law*, Oxford, OUP, 2001, pp. 411-433.
- WALUCHOW, Wilfrid J., "The Many Faces of Legal Positivism", *University of Toronto Law Journal*, núm. 48, 1988, pp. 387-449.
- WALUCHOW, Wilfrid J., *Positivismo jurídico incluyente*, trad. de M. S. Gil y R. Tesone, Madrid, Marcial Pons, 2007.

EL DERECHO HUMANO A PARTICIPAR: ESTUDIO DEL ARTÍCULO 21 DE LA DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS*

THE HUMAN RIGHT TO PARTICIPATE: STUDY OF ARTICLE 21 OF THE UNIVERSAL DECLARATION OF HUMAN RIGHTS

Jorge Castellanos Claramunt**

RESUMEN: El derecho a la participación política se encuentra en el artículo 21 de la Declaración Universal de Derechos Humanos como un derecho humano. Este derecho ha seguido un desarrollo a nivel internacional desde una perspectiva global, así como continental, por lo que se analiza su evolución en los últimos 70 años y el impacto que ha tenido dentro del desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Por último se subraya el carácter fundamental del derecho a participar así como una proyección de su desarrollo en el futuro.

ABSTRACT: *The right to political participation is found in article 21 of the Universal Declaration of Human Rights as a human right. This right has followed an international development from a global as well as a continental perspective, so its evolution over the last 70 years and the impact it has had on the development of the International Law of Human Rights is analyzed. Finally, the fundamental character of the right to participate is stressed, as well as a projection of its.*

PALABRAS CLAVE: derechos humanos, participación política, democracia, ciudadanía, derechos.

KEYWORDS: *human rights, political participation, democracy, citizenship, rights.*

Fecha de recepción: 07/03/2019
Fecha de aceptación: 31/07/2019

doi: <https://doi.org/10.20318/universitas.2020.5136>

* Trabajo realizado gracias a la financiación del Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades (FPU014/02451). El presente estudio se realiza en el marco del Proyecto del MINECO excelencia "El avance del Gobierno Abierto. Régimen jurídico constitucional de la implantación de políticas de transparencia, acceso a la información, datos abiertos, colaboración y participación especialmente a través de las TIC y del gobierno electrónico" DER2015-65810-P.

** Profesor contratado predoctoral (FPU) en Departamento de Filosofía del Derecho y Política, Universitat de València. E-mail: jorge.castellanos@uv.es

1.- INTRODUCCIÓN

Con motivo del setenta aniversario de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948 (en adelante DUDH) reflexionamos acerca de uno de sus derechos, no siempre bien expresado y explicado en tanto que derecho humano, que cobija y explicita la citada DUDH. Este derecho no es otro que el derecho a la participación política, pieza clave en el conjunto de derechos humanos. Porque, como sostiene Friedrich, la política atañe a todos los seres humanos y el siglo XX reactualizó dramáticamente la imposibilidad de rehuirla¹. No se debe ni puede rehuir porque la sociedad democrática se construye con la participación activa de quienes la conforman². Es la participación de los ciudadanos lo que dota de fuerza política a las democracias, de ahí que este derecho deba tener todas las connotaciones propias de cualquier otro de los derechos humanos. Y por ello subrayamos el derecho a participar en el ámbito político como un derecho humano afrontando el análisis de la participación ciudadana como una realidad consustancial al ser humano, en tanto que el derecho a participar en los asuntos públicos, fundamentalmente en la esfera local, debe reconocerse, fomentarse y protegerse por ser un derecho básico para la pacífica convivencia.

A lo comentado cabe añadir que los Estados que promueven la institucionalización de los procesos participativos generan una reducción de la inequidad política, económica y social, ya que con su acción favorecen espacios políticos que garantizan una mayor capacidad de exigibilidad de los ciudadanos y, a su vez, garantizan la voluntad política de incluir sus demandas, en cualquier nivel de influencia, especialmente por parte de aquellos que detentan una menor posibilidad de incidencia política³. Por ello, además de un derecho humano y, por tanto, digno y merecedor de las más altas protecciones jurídicas, hay que tener en cuenta que el derecho a participar se trata de un derecho que «perfecciona» al ser humano en cuanto a que fomenta su desarrollo y evolución en tanto que ser humano. De hecho reconocidos autores como Carole Pateman⁴ o Benjamin Barber⁵, abiertos partidarios de la democracia participativa, consideran que la participación política favorece que se generen buenas cualidades personales y sociales. En este sentido podemos

¹ C. J. FRIEDRICH, *El hombre y el gobierno*, trad. de J. A. González Casanova, Tecnos, Madrid, 1968, p. 13.

² M. E. MARTÍNEZ GARZA, "Derechos humanos, rendición de cuentas y participación ciudadana", *Revista Dfensor*, núm 12, 2011.

³ PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO, "¿Qué entendemos por participación ciudadana?", en *Proyecto PNUD 89477, Fortalecimiento de la participación ciudadana y gobernanza ambiental para la sustentabilidad 2014-2019*, México, 2018.

⁴ C. PATEMAN, *Participation and Democratic Theory*, Cambridge University Press, Cambridge, 1970, p. 43.

⁵ B. BARBER, *Strong Democracy*, University of California Press, Berkeley, 1984, p. 153.

recoger las palabras de Pericles en su Discurso fúnebre en honor de los atenienses muertos durante el primer año de guerra contra Esparta cuando dice que «a quien no toma parte en estos asuntos lo consideramos no un despreocupado, sino un inútil»⁶. Valga la cita para reafirmar nuestro mensaje de la importancia de la participación de los ciudadanos en las cuestiones públicas, en los asuntos que nos incumben a todos, porque, como afirma Judt, «si nos sentimos excluidos de la gestión de nuestros asuntos colectivos, no nos molestaremos en expresar nuestra opinión sobre ellos. En este caso, no debería sorprendernos descubrir que nadie nos escuche»⁷. Por eso cabe reivindicar el escenario de lo político y de lo público, como lugar en el que se produce el intercambio de ideas, opiniones y sugerencias para una convivencia mejor. El espacio en el que se participa, en definitiva.

2.- EL DERECHO HUMANO A PARTICIPAR EN LA DUDH Y SU DESARROLLO POSTERIOR

Pasamos a profundizar en el estudio del derecho a participar, que está recogido en el artículo 21 de la DUDH: «1. Toda persona tiene derecho a participar en el gobierno de su país, directamente o por medio de representantes libremente escogidos; 2. Toda persona tiene el derecho de acceso, en condiciones de igualdad, a las funciones públicas de su país; y 3. La voluntad del pueblo es la base de la autoridad del poder público; esta voluntad se expresará mediante elecciones auténticas que habrán de celebrarse periódicamente, por sufragio universal e igual y por voto secreto u otro procedimiento equivalente que garantice la libertad del voto». Sobre la base de este artículo 21 DUDH se ha ido construyendo, a nivel internacional, un concepto de derecho humano a participar en los asuntos públicos. Por eso este mismo derecho se ve reconocido en el artículo 25 a) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante PIDCP) de 1966 puesto que el citado precepto indica que «todos los ciudadanos gozarán del derecho a participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos», sin que medie discriminación alguna de las expresadas en su artículo 2, es decir, por raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

Como es sabido, la conjunción de la DUDH y los Pactos Internacionales de Derechos Humanos y sus protocolos comprende lo que se ha denominado la Carta Internacional de Derechos Humanos. Por lo que el derecho humano a participar en los asuntos públicos no

⁶ TUCÍDIDES, *Historia de la Guerra del Peloponeso*, trad. de J. J. Torres, Biblioteca Clásica Gredos, Madrid, 1990, II 37-41.

⁷ T. JUDT, *Algo va mal*, trad. de B. Urrutia, Taurus, Madrid, 2010, p.131.

queda restringido a una orientación inscrita en la DUDH, sino que contiene la fortaleza jurídica que implica su redacción en un tratado internacional, como es el PIDCP, y por tanto conlleva su obligado respeto y cumplimiento por parte de los Estados firmantes. En consecuencia, la acción de la participación se entiende como un derecho humano, con una vocación democratizadora, en donde se reconoce al derecho de otros actores a participar. Por lo tanto, cualquier acción violenta o de intimidación de unos grupos a otros queda fuera del concepto⁸.

En 1996, con la Observación General 25 del Comité de Derechos Humanos, sobre el artículo 25 se pretende definir en mayor medida la cuestión de la participación en los asuntos públicos y derecho de voto recogido en el PIDCP. En su redacción se perfilan las cuestiones que hayan podido ser objeto de debate o de necesaria aclaración, casos como aquellos en los que se puede considerar razonable establecer algún criterio para limitar la capacidad de voto o, por ejemplo, qué se considera participación en la dirección de los asuntos públicos, entre otras.

Sobre esta base internacional expuesta del derecho humano a la participación, y como afirma Criado de Diego, actualmente no puede decirse que jurídicamente existan escenarios exentos de la participación, puesto que la misma ha entrado incluso en el ámbito contramayoritario por antonomasia, como son los derechos humanos⁹. Ello se sustenta en que, desde el Preámbulo de la Declaración y Programa de Acción de Viena de 1993, que es el texto fundacional del entendimiento contemporáneo de los derechos humanos, se afirma que la persona no es solo el principal beneficiario de los derechos, sino que «debe participar activamente en su realización», incidiendo en la participación activa en todos los aspectos de la vida a lo largo del texto; pasando por la Convención sobre acceso a la información, participación pública en la toma de decisiones y acceso a la justicia en temas medioambientales de la UNECE¹⁰, hasta la Declaración de 1999 sobre el derecho y el deber de los individuos, los grupos y las instituciones de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales universalmente reconocidos, que liga el fortalecimiento de los derechos humanos a la participación activa de las organizaciones de la sociedad civil, de los medios de comunicación y de los propios sujetos en su promoción, defensa y divulgación¹¹.

⁸ PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO; “¿Qué entendemos por participación ciudadana?”, en *Proyecto PNUD 89477, Fortalecimiento de la participación ciudadana y gobernanza ambiental para la sustentabilidad 2014-2019*, México, 2018.

⁹ M. CRIADO DE DIEGO, *Participar: la ciudadanía activa en las relaciones estado sociedad*, Dykinson, Madrid, 2014, p. 12.

¹⁰ Firmada el 25 de junio de 1998, es conocida como Convenio de Aarhus.

¹¹ M. CRIADO DE DIEGO, *Participar: la ciudadanía activa en las relaciones estado sociedad*, op. cit., p. 13.

2.1.- América

Prosiguiendo con el estudio del acomodo jurídico del derecho humano a participar pasamos de este ámbito, que podemos considerar como global, a un análisis internacional, pero restringido a un contexto continental. Por ello analizando la cuestión desde el continente americano observamos que, en 1969, en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) (en adelante Convención Americana) se enuncia en su artículo 23 el derecho a participar en los asuntos públicos. El precepto citado indica que «todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades: a) participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente, o por medio de representantes libremente elegidos; b) de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores, y c) de tener acceso en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país».

Hasta aquí la regulación resulta casi coincidente con el PIDCP. La nota característica aparece en el segundo punto del artículo 23 de la Convención Americana que preceptúa que «la ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal», lo cual difiere de lo dispuesto en el PIDCP. En consecuencia la Convención Americana establece que los únicos supuestos en los cuales se pueden establecer limitaciones al ejercicio de participación política son los dispuestos en su artículo 23.2, no siendo aceptables otros criterios, a diferencia del PIDCP que indica que no son aceptables las restricciones y las limitaciones que se basen en «raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social» (artículo 2). Por tanto podemos catalogar la regulación de la Convención Americana como más amplia en cuanto a la protección del derecho humano a participar ya que mientras que en el caso del PIDCP es posible aplicar una diversidad de criterios para limitar la participación política —siempre que no sean discriminatorios o indebidos—, en el caso de la Convención Americana esa posibilidad se reduce únicamente a siete cuestiones específicamente indicadas.

Por último cabe reseñar las aportaciones de la Carta Democrática Interamericana, que fue aprobada el 11 de septiembre de 2001. En dicho documento se pone de manifiesto la importancia del derecho a participar para sostener y afianzar el desarrollo democrático en el continente americano. Destacamos de entre su articulado lo dispuesto en el artículo 2 al indicar que «la democracia representativa se refuerza y profundiza con la participación

permanente, ética y responsable de la ciudadanía en un marco de legalidad, conforme al respectivo orden constitucional». Es importante subrayar la categorización que expone del derecho a participar en tanto a que, efectivamente es un derecho, pero no olvida su componente de responsabilidad. Así dispone su artículo 6 que «la participación de la ciudadanía en las decisiones relativas a su propio desarrollo es un derecho y una responsabilidad. Promover y fomentar diversas formas de participación fortalece la democracia». Queremos concluir con esta cuestión por su elevada importancia. Un gobierno responsable implica también el involucrar a los ciudadanos en la participación de los asuntos públicos, en generar escenarios propicios para amplias dosis de diálogo y de debate, fomentar procesos para alcanzar el consenso, y nuevas fórmulas de corresponsabilidad social, libertad y transparencia de información, colaboración y cooperación¹². Esa corresponsabilidad social va inserta en el propio derecho humano a participar y no puede pasarse por alto la cuestión de la responsabilidad de los ciudadanos si se pretende que el derecho humano a la participación tenga la dimensión y efectividad que requiere.

2.2.- África

En cuanto al continente africano, brevemente destacamos que el derecho a participar se regula en el artículo 13 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos de 1981. El contenido del artículo presenta similitudes con el recogido en el Pacto de San José puesto que dispone que: «1. Todo ciudadano tendrá derecho a participar libremente en el gobierno de su país, ya sea de modo directo o a través de representantes libremente escogidos de conformidad con las disposiciones de la ley; 2. Todo ciudadano tendrá derecho a acceder al servicio público de su país; y 3. Todo individuo tendrá derecho a acceder a la propiedad y a los servicios públicos en estricta igualdad con todas las personas ante la ley». De ahí que observemos una continuación, o línea a seguir, marcada por la implantación del derecho humano a participar en América que es seguida también en África, con el matiz de que incluye en el mismo artículo la cuestión de la propiedad.

2.3.- Europa

Desde la perspectiva europea, el documento de referencia que deberíamos tener en consideración es el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, de

¹² M. E. DEL CAMPO GARCÍA, "Buen gobierno y confianza institucional", en Cotino Hueso, L. y Boix Palop, A.: El buen gobierno y la transparencia, a caballo entre la Ética y el Derecho, *Dilemata. Revista Internacional de Éticas Aplicadas*, núm 27, pp. 55-71.

1950. Pero curiosamente en él no encontramos un reconocimiento manifiesto de este derecho humano a participar, debiendo buscar como referencia en su Protocolo Adicional de 1952 cuyo artículo 3 dispone que los Estados «se comprometen a organizar, a intervalos razonables, elecciones libres con escrutinio secreto, en condiciones que garanticen la libre expresión de la opinión del pueblo en la elección del cuerpo legislativo». Teniendo en cuenta la perspectiva americana y la africana, llama la atención que en el continente europeo, cuna de la democracia y las libertades, el derecho a participar se restrinja a que se celebren elecciones, mediante un sufragio secreto, obviamente respetando la libertad de expresión y que tengan por objeto el cuerpo legislativo. Por eso concluimos que la regulación que el derecho a la participación política recibe en Europa es bastante restrictiva debido a que el Protocolo Adicional no hace referencia al derecho de acceso a cargos públicos.

No obstante, el derecho humano reconocido en la DUDH sobre la participación a su vez ha tenido acomodo en las legislaciones nacionales europeas, siendo el artículo 23 de la Constitución Española (en adelante CE) el referente en nuestro país, obviamente con estatus de derecho fundamental: «1. Los ciudadanos tienen el derecho a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal; y 2. Asimismo, tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes».

Y en el contexto de la Unión Europea (en adelante UE) también se aprecia la consideración de este derecho, como se observa en el artículo 10.3 de la versión consolidada del Tratado de la Unión Europea (en adelante TUE) de 7 de febrero de 1992, también conocido como Tratado de Maastricht y que dispone lo siguiente: «3. Todo ciudadano tiene derecho a participar en la vida democrática de la Unión. Las decisiones serán tomadas de la forma más abierta y próxima posible a los ciudadanos».

Por último, en el ámbito municipal, destacaremos la Carta Europea de Salvaguarda de los Derechos Humanos en la Ciudad cuyo objetivo es mejorar el uso colectivo del espacio público y garantizar los derechos humanos para todos. Fue firmada en la ciudad de Saint-Denis, el dieciocho de mayo de dos mil. Subrayamos principalmente su artículo VIII que dispone lo siguiente:

«Artículo VIII

1. Los ciudadanos y ciudadanas tienen derecho a participar en la vida política local mediante la elección libre y democrática de los representantes locales.

2. Las ciudades signatarias promueven la extensión el derecho de sufragio activo y pasivo en el ámbito municipal a todos los ciudadanos y ciudadanas mayores de edad no nacionales, después de un período de dos años de residencia en la ciudad.

3. Fuera de las elecciones que se celebran periódicamente para renovar las instancias municipales, se fomenta la participación democrática. Con este fin, los ciudadanos y ciudadanas y sus asociaciones pueden acceder a los debates públicos, interpelar a las autoridades municipales sobre los desafíos que afectan al interés de la colectividad local y expresar sus opiniones, ya sea de forma directa mediante “referéndum municipal”, ya sea a través de las reuniones públicas y de la acción popular».

3.- DERECHO A PARTICIPAR COMO FUNDAMENTO POLÍTICO

La política en sí misma es una cuestión intrínsecamente humana en tanto que todos estamos llamados a participar social, cultural y políticamente en nuestro entorno. A fin de cuentas somos animales sociales, políticos¹³. Y ser ciudadano significa afrontar en todo momento decisiones políticas, y son políticas todas las decisiones que se refieren al mundo, a la Humanidad. Comprometerse con la suerte del mundo y de los demás seres humanos significa ser político¹⁴. La cuestión es mucho más relevante que una mera disquisición doctrinal:

«Hobbes, al rechazar el aserto aristotélico, permitió establecer una distinción entre el hombre y el ciudadano, pero devaluó a ambos en un ejercicio que el liberalismo hizo suyo. El hombre del liberalismo puede definirse como un ser casi siempre apolítico y siempre insuficientemente humano. Pero lo cierto es que si la vida social tiene un alcance político y si vivir la condición humana significa tener una vida política y social, entonces las categorías de ciudadano y de hombre tienen, o deberían tener, un alcance casi equivalente. Cualquier ser humano debería ser un ciudadano. Esto significa reiterar lo dicho por Aristóteles: el hombre es un animal político. Pero también significa afirmar que a nadie se le debe privar de la ciudadanía: hacerlo es tanto como negar el disfrute de una importante dimensión de lo humano»¹⁵.

Como vemos, la cuestión política, la participación en los asuntos públicos, es una cuestión trascendental. No es gratuita su consideración de derecho humano, ni mucho menos. Porque su consideración como derecho humano implica la participación de las personas en los sistemas organizativos elegidos por todos ellos para su convivencia. Y el modo menos imperfecto que hemos alcanzado de organización política es la democracia, modelo de gobierno en el que tiene reflejo en su mayor grado el derecho humano a la participación política de los ciudadanos. Porque la democracia, etimológicamente, remite a un poder (*cratos*) del *demos*, del pueblo, y ese poder se

¹³ ARISTÓTELES, *Política*, trad. de A. Gómez Robledo, 1ª ed., Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1963, p. 4.

¹⁴ P. B. CLARKE, *Ser ciudadano*, Sequitur, Madrid, 1999, p. 170.

¹⁵ *Ibidem*, p. 171.

ejercita participando. Y aunque apostillábamos que la democracia era, y es, el modo «menos imperfecto» de organización política, y con ello dejábamos constancia del potencial de mejora existente, nos adherimos completamente a la consideración de Villoria en tanto que una democracia de calidad asume selección y reemplazo de gobernantes por sufragio, pero también el respeto y promoción de los derechos humanos y la igualdad política¹⁶. Ese respeto y promoción de los derechos humanos implica, en consecuencia, el respeto y promoción del derecho a la participación política, en tanto que la propia participación es un derecho humano. Y siendo el fundamento de los derechos humanos el hombre mismo, su dignidad, el reconocimiento de la prioridad de la persona humana¹⁷, también habrá que poner en valor la capacidad del hombre de organizarse de forma plural y democrática y, en base a esa organización, tener reconocido su derecho humano a participar de esa organización política. Porque como afirma la profesora Fernández Ruiz-Gálvez, hoy ninguna teoría de la ciudadanía relevante puede prescindir de la centralidad de los derechos humanos reconocidos a los individuos. Tan importante para la salvaguarda de la dignidad y de la autonomía de las personas es participar en el ejercicio del poder político, como que este último respete la esfera reservada a los individuos¹⁸. Y es que ser humano, ser ciudadano, es ser sujeto de participación política. Trae relación un concepto de otro porque los caracteres que completan la cuestión humana recogen también los elementos connaturales a la participación. No hay que remitir, únicamente, a la indisponibilidad de derechos cuando estos remiten a necesidades básicas o, si se quiere, de índole vital. Sobre ello el profesor Ballesteros sostiene que el carácter irrenunciable de los derechos corresponde no solo a las necesidades humanas básicas, exigiendo la conservación de los recursos no renovables, y a la no disponibilidad de la vida y del cuerpo. Se refiere también a la libertad política¹⁹. Y esta libertad política cristaliza con la participación política. Porque cuando hablamos de libertad política de lo que en puridad estamos tratando es de la libertad humana:

«La creencia en la libertad humana, consecuencia necesaria del principio de dignidad. Libertad tanto en el sentido de autonomía individual, que exige la configuración de un ámbito de acción social,

¹⁶ M. VILLORIA, "La transparencia, la imparcialidad y la calidad de la democracia" en Cotino Hueso, L. y Boix Palop, A.: *El buen gobierno y la transparencia, a caballo entre la Ética y el Derecho, Dilemata. Revista Internacional de Éticas Aplicadas*, núm 27, pp. 1-16.

¹⁷ J. DE LUCAS, J. y E. VIDAL, "Los principios básicos de la Constitución (II): El Título I" en *Estudios sobre la Constitución española de 1978*, Universidad de Valencia, Valencia, 1980, p. 60.

¹⁸ E. FERNÁNDEZ RUIZ-GÁLVEZ, "La democracia como acción concertada y el futuro del Estado social", *Persona y derecho: Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, núm 70, 2014, 77-113.

¹⁹ J. BALLESTEROS, *Postmodernidad: Decadencia o resistencia*, Tecnos, Madrid, 1994, p. 155.

de relaciones sociales, exento de la interferencia de los poderes públicos y entregado plenamente a la disponibilidad individual, así como del sistema de garantías que la proteja, como en el sentido de tener derecho a participar en la formación de la voluntad de la comunidad a través de medios regulares y periódicos previstos por la ley»²⁰.

Por eso mismo no es suficiente con la garantía, por parte del Estado, de la mera participación política, sino que a la vez debe garantizar los demás derechos para evitar que el derecho a la participación se vea violentado por vía indirecta. Porque para el avance del proceso de las acciones políticas también son necesarias las libertades de reunión y asociación, en la medida en que son pieza básica para el desarrollo de un escenario colectivo en el que se inscribe el derecho humano a participar. La importancia de ambas libertades ha sido reconocida por el Comité de Derechos Humanos pues considera que la participación política «se respalda garantizando la libertad de expresión, reunión y asociación»²¹. Y de ahí que la Declaración de Viena de 1993 quisiera zanjar el debate entre aplicación de los derechos civiles y políticos frente a la de los económicos, sociales y culturales, al proclamar la integralidad e interdependencia de todos los derechos humanos²²:

«La democracia, el desarrollo y el respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales son conceptos interdependientes que se refuerzan mutuamente. La democracia se basa en la voluntad del pueblo, libremente expresada, para determinar su propio régimen político, económico, social y cultural, y en su plena participación en todos los aspectos de la vida. [...] La comunidad internacional debe apoyar el fortalecimiento y la promoción de la democracia, el desarrollo y el respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales en el mundo entero»²³.

Por todo ello el reconocimiento de este derecho humano a participar tiene implicaciones significativas para los Estados, ya que genera obligaciones para respetarlo, protegerlo, garantizarlo y promoverlo. En este sentido, desde la perspectiva del Estado, la participación ciudadana representa la llave de acceso a la

²⁰ M. MARTÍNEZ SOSPEDRA, *Estado y constitución. Una introducción* (2ª ed.), Fundación Universitaria San Pablo CEU, Valencia, 1994, p. 124.

²¹ COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. *Observación general nº 25. Artículo 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* (57º período de sesiones, 1996), párrafo 8.

²² J. THOMPSON, "Participación, democracia y derechos humanos. Un enfoque a partir de los dilemas de América Latina", *Revista IIDH*, vol. 34-35, 2001-2002, pp. 79-103.

²³ ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. «Declaración y Programa de Acción de Viena», aprobados por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos el 25 de junio de 1993, párrafo 18. A/CONF.157/23, del 12 de julio de 1993.

construcción conjunta de una gobernanza democrática²⁴. De ahí que no se pase de soslayo por cuestiones que redundan en una sociedad mejor, más justa e igualitaria, como es el hecho de que la participación sea efectiva sin ningún tipo de discriminación. Y puesto que compete a la legislación de cada país establecer quién puede ejercer el derecho al voto (pasivo o activo), cabe cierta sensibilidad hacia sectores sobre los que, con mayor frecuencia, han sufrido la desigualdad en esta cuestión, como es el caso de las mujeres. Así, el Comité de Derechos Humanos indica como obligación por parte de los Estados supervisar que «la ley garantice a la mujer los derechos amparados por el artículo 25 en pie de igualdad con el hombre y adoptar medidas eficaces y positivas, incluida las medidas necesarias de discriminación inversa, para promover y asegurar la participación de la mujer en los asuntos públicos y en el ejercicio de cargos públicos»²⁵.

Pese a ello existen razones que no por su implantación tienen un contenido discriminatorio. Así la edad es un criterio usualmente empleado para limitar la participación a través del voto. También suele serlo la incapacidad mental debidamente verificada²⁶. De hecho esta limitación aparece en la legislación española en el artículo 3 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General (en adelante LOREG) en la que se indican aquellos casos en los que se carece de derecho de sufragio: «a) 1. Los condenados por sentencia judicial firme a la pena principal o accesoria de privación del derecho de sufragio durante el tiempo de su cumplimiento; b) Los declarados incapaces en virtud de sentencia judicial firme, siempre que la misma declare expresamente la incapacidad para el ejercicio del derecho de sufragio; y c) Los internados en un hospital psiquiátrico con autorización judicial, durante el período que dure su internamiento, siempre que en la autorización el Juez declare expresamente la incapacidad para el ejercicio del derecho de sufragio; 2. A los efectos previstos en este artículo, los Jueces o Tribunales que entiendan de los procedimientos de incapacitación o internamiento deberán pronunciarse expresamente sobre la incapacidad para el ejercicio de sufragio. En el supuesto de que ésta sea apreciada, lo comunicarán al Registro Civil para que se proceda a la anotación correspondiente».

Sobre esta regulación se han pronunciado diversos autores subrayando su dudosa compatibilidad con los criterios del Tribunal

²⁴ PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO; “¿Qué entendemos por participación ciudadana?”, en *Proyecto PNUD 89477, Fortalecimiento de la participación ciudadana y gobernanza ambiental para la sustentabilidad 2014-2019*, México, 2018.

²⁵ COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. *Observación general nº 25. Artículo 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* (57º período de sesiones, 1996).

²⁶ COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. *Observación general nº 25. Artículo 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* (57º período de sesiones, 1996), párrafo 4.

Europeo de Derechos Humanos²⁷ (en adelante TEDH), con el artículo 29 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (en adelante CDPD, del que cabe indicar que es el primer texto de carácter vinculante en el ámbito del sistema universal de protección de los DDHH de las Naciones Unidas que se refiere de manera específica a las personas con discapacidad²⁸) de 13 de diciembre de 2006 en Nueva York²⁹ y con la propia CE, en su artículo 23.1 ya comentado. Por todos ellos recogemos lo expuesto por el profesor Martínez-Pujalte:

«...lo que hay que plantearse es si es cierto que las personas judicialmente incapacitadas o internadas en un establecimiento psiquiátrico carecen de capacidad de decisión. En tanto exista una mínima capacidad de decisión, aun cuando exija algún tipo de apoyo o asistencia, existe el derecho a participar también en las decisiones acerca de la vida colectiva. Pues conviene tener en cuenta que este derecho no está ligado en una sociedad democrática a la posesión de un determinado nivel de conocimientos o competencias, sino a la

²⁷ STEDH de 20 de agosto de 2010, *Alajos Kiss contra Hungría*, en la que se examinaba el caso de un enfermo mental sometido a curatela y privado del derecho de voto conforme a la Ley de Hungría. Se declaró tal privación contraria al art. 3 del Protocolo Primero de la Convención.

²⁸ P. CUENCA GÓMEZ, "Discapacidad y privación de la libertad", *Revista Derechos y Libertades*, núm 32, Época II, enero 2015, pp. 163-203.

²⁹ *Artículo 29 (CDPD). Participación en la vida política y pública:*

Los Estados Partes garantizarán a las personas con discapacidad los derechos políticos y la posibilidad de gozar de ellos en igualdad de condiciones con las demás y se comprometerán a:

a) Asegurar que las personas con discapacidad puedan participar plena y efectivamente en la vida política y pública en igualdad de condiciones con las demás, directamente o a través de representantes libremente elegidos, incluidos el derecho y la posibilidad de las personas con discapacidad a votar y ser elegidas, entre otras formas mediante:

i) La garantía de que los procedimientos, instalaciones y materiales electorales sean adecuados, accesibles y fáciles de entender y utilizar;

ii) La protección del derecho de las personas con discapacidad a emitir su voto en secreto en elecciones y referéndum públicos sin intimidación, y a presentarse efectivamente como candidatas en las elecciones, ejercer cargos y desempeñar cualquier función pública a todos los niveles de gobierno, facilitando el uso de nuevas tecnologías y tecnologías de apoyo cuando proceda;

iii) La garantía de la libre expresión de la voluntad de las personas con discapacidad como electores y a este fin, cuando sea necesario y a petición de ellas, permitir que una persona de su elección les preste asistencia para votar;

b) Promover activamente un entorno en el que las personas con discapacidad puedan participar plena y efectivamente en la dirección de los asuntos públicos, sin discriminación y en igualdad de condiciones con las demás, y fomentar su participación en los asuntos públicos y, entre otras cosas:

i) Su participación en organizaciones y asociaciones no gubernamentales relacionadas con la vida pública y política del país, incluidas las actividades y la administración de los partidos políticos;

ii) La constitución de organizaciones de personas con discapacidad que representen a estas personas a nivel internacional, nacional, regional y local, y su incorporación a dichas organizaciones.

condición de persona, pues todas las personas tienen idéntico título para participar en las decisiones sobre el bien de las personas, que eso son en último término las decisiones políticas. Solo podría ser eventualmente conforme con la Constitución, pues, una norma que excluyese de la posibilidad de emitir el voto a quienes efectivamente carecen de cualquier capacidad fáctica de decidir»³⁰.

De hecho el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en las observaciones finales aprobadas el 23 de septiembre de 2011 en relación con el informe presentado por España, manifestó su preocupación por el hecho de que se pudiera restringir el derecho al voto de las personas con discapacidad intelectual o psicosocial, si la persona interesada hubiese sido privada de su capacidad jurídica o hubiese sido internada en una institución, al tiempo que pidió expresamente al Estado español que modificara el art. 3 LOREG, con objeto de que se permitiera que todas las personas con discapacidad tuvieran derecho a votar³¹. Ello culmina con la presentación por parte de la Asamblea de Madrid de una Proposición de Ley para la modificación de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, de Régimen Electoral General para garantizar el derecho de sufragio de todas las personas con discapacidad (Orgánica), de 8 de septiembre de 2017, en la que se solicita la modificación del artículo 3 con la supresión de los apartados b) y c) de su punto primero y la supresión del punto segundo, así como agregar a la citada norma una disposición adicional séptima con la siguiente redacción:

«A partir de la entrada en vigor de la Ley de modificación de la LOREG para adaptarla a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, quedan sin efecto las limitaciones en el ejercicio del derecho de sufragio establecidas por decisión judicial fundamentadas jurídicamente en el apartado 3.1. b) y c) de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, ahora suprimidos. Las personas a las que se les hubiere limitado o anulado su derecho de sufragio por razón de discapacidad quedan reintegradas plenamente en el mismo por ministerio de la Ley»³².

Como hemos visto, no todo criterio resulta ser razonable para inhabilitar a una persona en su derecho al voto. Por ejemplo, una discapacidad no puede ser *prima facie*, un criterio para restringirlo ya que, como considera la profesora Elósegui, no se trata de que esas personas soliciten un régimen de excepciones que les llevaría a situarse en una situación de ventaja o privilegio sino que son medidas

³⁰ A. L. MARTÍNEZ-PUJALTE, "Discapacidad y derecho fundamental a la participación política", en De Lucas, J., Fernández Ruiz-Gálvez, E., Vidal Gil, E. y Bellver Capella, V. (eds.) *Pensar el tiempo presente. Homenaje al profesor Jesús Ballesteros Llompert*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 758.

³¹ Voto particular que formula la Magistrada doña Adela Asua Batarrita al Auto de desestimación del Recurso de Súplica interpuesto por el Ministerio Fiscal frente a la providencia de inadmisión del RA 2415-2016.

³² BOLETÍN OFICIAL DE LAS CORTES GENERALES. Congreso de los Diputados. XII Legislatura. Núm. 150-1, 8 de septiembre de 2017, p. 3.

de justicia necesarias para que pueda ocupar el mismo lugar que el resto de los ciudadanos³³. Así, al tratar la cuestión sobre el acceso a los derechos políticos en personas capaces pero con minusvalías físicas afirma que «ha habido grandes avances en las legislaciones para hacer posible el voto electrónico a personas con minusvalías», como por ejemplo la «Resolución Ministerial nº 820, de 17 de mayo de 2006, mediante el que es creado en el ámbito de la Dirección Nacional Electoral del Ministerio del Interior, el Programa de Accesibilidad Electoral, cuyo objetivo general es «incorporar a la normativa electoral previsiones que faciliten el derecho al sufragio de personas con discapacidad». Siguiendo en España, la profesora Elósegui también destaca que desde 2009 se ha puesto «a disposición de la persona invidente la posibilidad del voto accesible en braille, lo que le permite ejercer su derecho a voto pudiendo prescindir de la ayuda de una persona de confianza»³⁴.

4.- PROYECCIONES FUTURAS DEL DERECHO HUMANO A PARTICIPAR

En el marco de la Agenda 2030 y los Objetivos de Desarrollo Sostenible³⁵, el derecho a la participación ciudadana en los asuntos públicos vuelve a tomar relevancia. El Objetivo 16, Paz, justicia e instituciones fuertes, tiene como uno de sus componentes «garantizar la adopción de decisiones inclusivas, participativas y representativas que respondan a las necesidades a todos los niveles». Este componente, manifiesta la necesidad de incluir la voz de «las personas» en la decisión pública³⁶.

El futuro es incierto por definición, pero existen momentos históricos en los que puede observarse una tendencia que, en ocasiones, se va cumpliendo religiosamente. El problema se da cuando dos tendencias, *a priori* antagónicas, se solapan en el tiempo, por lo que las predicciones resultan meras conjeturas. En el caso que nos ocupa esas dos tendencias son un crecimiento de la participación política, o al menos acercamiento a nuevos conceptos participativos en una parte del mundo y, por otro lado, un incremento progresivo de la desigualdad en todos los espacios, tanto dentro de los países como, por supuesto, entre las distintas naciones. Así, por un lado el

³³ M. ELÓSEGUI ITXASO, *El concepto jurisprudencial de acomodamiento razonable: el Tribunal Supremo de Canadá y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ante la gestión de la diversidad cultural y religiosa en el espacio público*, 1ª ed., Aranzadi, Cizur Menor Navarra, 2013, p. 192.

³⁴ *Ibidem*.

³⁵ ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS; *Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible*, 2015.

³⁶ PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO; “¿Qué entendemos por participación ciudadana?”, en *Proyecto PNUD 89477, Fortalecimiento de la participación ciudadana y gobernanza ambiental para la sustentabilidad 2014-2019*, México, 2018.

escenario sobre el que se va a proyectar la participación política, la participación de los ciudadanos, abre un abanico de posibilidades inmenso debido a la imponente implantación de fenómenos tecnológicos en todos los sectores, obviamente el político no se va a librar. Pero este futuro, más próximo de lo que parece, de la interconexión total de los ciudadanos, también en cuestiones relativas a los asuntos públicos, no casa bien con un mundo cada vez más desigual, en el que las posibilidades de aquellas personas que nacen en determinadas latitudes se ven claramente perjudicadas³⁷. Con todo esto venimos a sostener que la participación es un derecho humano, sin duda, pero para que ese derecho humano tenga efectos prácticos, que no sea una mera virtualidad, no podemos desatender funciones primarias y básicas de las personas. La preocupación por los asuntos públicos vendrá beneficiada por un clima de relativa seguridad humana, y esta, por desgracia, no se está fomentando en muchos países de nuestro planeta. Por eso, el recurso a la participación ciudadana, las facilidades tecnológicas que existen en la actualidad, y que se irán desarrollando sin duda en el futuro, repercute, en principio, en una más y mejor democracia fomentada por una más y mejor participación. Pero se debería ser más ambicioso en esta cuestión. De nada sirve tener una democracia de primer orden, con una implantación de derechos y libertades muy amplia, si en numerosos países no se respetan las libertades más primarias, entre ellas la digna celebración de elecciones. Quizás, y el tiempo lo dirá, el error del enfoque contemporáneo de los derechos humanos es tratar de conseguir en nuestro entorno las mayores posibilidades, obviando todo lo demás. Si es un derecho humano el participar, nos concierne a todos el respeto y garantía de este derecho. Sin embargo se invierten cantidades excesivas en avances que permitan desarrollar algoritmos que prevean desenlaces electorales³⁸, así como inteligencias artificiales que tomen decisiones con mayor precisión que los humanos. Sí, también en el orden político³⁹. Si la capacidad de raciocinio de una inteligencia artificial supera a la del ser humano e introduce en la toma de decisiones muchos más parámetros que las que el propio ciudadano de a pie puede, siquiera, sospechar, la decisión resultante, también en lo concerniente a la política, será más eficaz y eficiente. Esa es la teoría, al menos.

Esta reflexión *pro futuro*, tiene como objeto poner de relieve que tras 70 años de Declaración Universal de Derechos Humanos, amparados en su artículo 21 se han desarrollado mecanismos y criterios participativos en numerosas democracias del mundo, y se

³⁷ H. G. FRANKFURT, *Sobre la desigualdad*, trad. de A. F. Rodríguez Esteban, Paidós, Barcelona, 2016.

³⁸ E. FINN, *La búsqueda del algoritmo: imaginación en la era de la informática*, trad. de H. Castells Albareda, Ediciones Alpha Decay, Barcelona, 2018.

³⁹ E. PARISER, *El filtro burbuja: cómo la red decide lo que leemos y lo que pensamos*, trad. de M. Vaquero, Taurus, Barcelona, 2017.

proyectan, como hemos esbozado, nuevos y más afinados procesos participativos. Sin embargo, otros lugares no gozan, ni tan siquiera, del más mínimo control y respeto de los principios democráticos más básicos en las elecciones. Problemas en los censos, dudoso control de las urnas, persecución a los disidentes. No hace falta focalizar el problema en un país en concreto porque esta situación no es esporádica ni excepcional. La calidad democrática de muchos Estados brilla por su ausencia. Y eso implica que no se respetan los derechos humanos, entre ellos el de participación política.

Quizás con la Agenda 2030 y los Objetivos de Desarrollo Sostenible se establezcan unas bases sobre las que erradicar los problemas mencionados en aras de avanzar, todos, en una mayor implantación de este, y otros, derechos humanos. Un planeta a varias velocidades en lo económico, en lo social y en lo político no es sostenible a largo plazo, por lo que es necesario reformular los objetivos de nuestras sociedades en beneficio de todos. Empezar por una garantía en la participación política, en el hecho de que todos los ciudadanos sean libres de participar en las decisiones que les afectan a todos sin duda es un objetivo deseado y una primera piedra para conseguir un mundo más justo e igual⁴⁰.

5.- CONCLUSIONES

El derecho humano a la participación política, recogido en el artículo 21 DUDH, necesita de la consideración del resto de derechos humanos y de las garantías institucionales que afirmen la independencia y autonomía de los órganos del Estado encargados de tutelarlos. De lo contrario, la vigencia de los derechos humanos en general se pone en cuestión⁴¹. Y, como derecho humano, también requiere de una serie de principios para que, efectivamente, pueda llevarse a término. De entre esos principios destacamos su labor de inclusión, ya que debe nutrirse de un alto grado de inserción de la ciudadanía en los asuntos que son públicos y nos conciernen a todos. En ese aspecto, su consideración como derecho humano e inclusivo es fundamental. Y como consecuencia de este principio, otra de sus notas debe ser la no discriminación y el fomento de la igualdad. Generar espacios participativos en los que los ciudadanos se impliquen de igual a igual, sin criterios excluyentes que contraríen el fomento de la labor conjunta de la participación política en los asuntos públicos «de la familia humana» de la que habla el Preámbulo de la DUDH. Esta condición igualitaria, en tanto que humanos, conlleva otra característica aparejada a la igualdad que es la horizontalidad. Los participantes ostentan la misma condición en

⁴⁰ F. PÉREZ DEL RÍO, *Ensayo sobre la desigualdad: ¿qué nos queda todavía para ser felices?* Universidad de Burgos, Burgos, 2017.

⁴¹ E. BERNALES BALLESTEROS, "El derecho humano a la participación política", *Derecho PuCP*, núm 59, 2006.

los escenarios participativos, y ese criterio de igualdad y horizontalidad denota su componente como derecho humano. Ahora bien, esa participación debe practicarse desde la autonomía, la libertad inherente a la expresión de opiniones en cuestiones públicas, barnizadas, eso sí, del aspecto de la responsabilidad o, mejor dicho, corresponsabilidad en las cuestiones públicas. El derecho humano a participar en los asuntos públicos se sustenta en la capacidad de todos y cada uno de los participantes de ejercer, de forma responsable, su participación, auspiciada, cuando corresponda, por las entidades estatales oportunas, que tienen la labor de garantizar las libertades en todos los procesos y basarse en criterios de transparencia y rendición de cuentas, para que la participación sea efectiva. Sobre ello cabe indicar que, en su Resolución 2003/36, relativa a la interdependencia entre la democracia y los derechos humanos, la extinta Comisión de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas declaró como elementos esenciales de la democracia el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales, entre los que incluyó la transparencia y la rendición de cuentas en la administración pública⁴².

Por ello si se respetan y cumplen todas estas características estaremos ante el ejercicio del derecho humano que establece el artículo 21 DUDH, y que posibilita un escenario de paz, diálogo y progreso democrático entre las personas. En esencia, y como sostiene Villoria, la democracia de calidad implica el fortalecimiento de la soberanía popular, el fortalecimiento de la igualdad política y el fortalecimiento del sistema de protección de los derechos humanos⁴³. Esos tres elementos pueden encontrarse en el derecho humano a la participación recogido en el artículo 21 DUDH, de ahí su importancia y deber de impulso y protección.

6.- BIBLIOGRAFÍA

- ARISTÓTELES, *Política* (A. Gómez Robledo, Trad.), 1ª ed., Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1963.
- ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, «Declaración y Programa de Acción de Viena», aprobados por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos el 25 de junio de 1993, A/CONF.157/23, del 12 de julio de 1993.
- BALLESTEROS, J., *Postmodernidad: Decadencia o resistencia*, Tecnos, Madrid, 1994.
- BARBER, B., *Strong Democracy*, University of California Press, Berkeley, 1984.

⁴² M. E. MARTÍNEZ GARZA, "Derechos humanos, rendición de cuentas y participación ciudadana", *Revista Dfensor*, núm 12, 2011.

⁴³ M. VILLORIA, "La transparencia, la imparcialidad y la calidad de la democracia" en Cotino Hueso, L. y Boix Palop, A.: *El buen gobierno y la transparencia, a caballo entre la Ética y el Derecho*, *Dilemata. Revista Internacional de Éticas Aplicadas*, núm 27, pp. 1-16.

- BERNALES BALLESTEROS, E., "El derecho humano a la participación política", *Derecho PuCP*, núm 59, 2006.
- CLARKE, P. B., *Ser ciudadano*, Sequitur, Madrid, 1999.
- COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, Observación general nº 25. Artículo 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (57º período de sesiones, 1996).
- CRIADO DE DIEGO, M., *Participar: la ciudadanía activa en las relaciones estado sociedad*, Dykinson, Madrid, 2014.
- CUENCA GÓMEZ, P., "Discapacidad y privación de la libertad", *Revista Derechos y Libertades*, núm 32, Época II, enero 2015, pp. 163-203.
- DE LUCAS, J. y VIDAL, E., "Los principios básicos de la Constitución (II): El Título I" en *Estudios sobre la Constitución española de 1978*, Universidad de Valencia, Valencia, 1980.
- DEL CAMPO GARCÍA, M. E., "Buen gobierno y confianza institucional", en Cotino Hueso, L. y Boix Palop, A.: *El buen gobierno y la transparencia, a caballo entre la Ética y el Derecho*, *Dilemata. Revista Internacional de Éticas Aplicadas*, núm 27, pp. 55-71.
- ELÓSEGUI ITXASO, M., *El concepto jurisprudencial de acomodamiento razonable: el Tribunal Supremo de Canadá y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ante la gestión de la diversidad cultural y religiosa en el espacio público*, 1ª ed., Aranzadi, Cizur Menor Navarra, 2013.
- FERNÁNDEZ RUIZ-GÁLVEZ, E., "La democracia como acción concertada y el futuro del Estado social", *Persona y derecho: Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, núm 70, 2014, 77-113.
- FINN, E.; *La búsqueda del algoritmo: imaginación en la era de la informática* (H. Castells Albareda, Trad.), Ediciones Alpha Decay, Barcelona, 2018.
- FRANKFURT, H. G., *Sobre la desigualdad* (A. F. Rodríguez Esteban, Trad.), Paidós, Barcelona, 2016.
- FRIEDRICH, C. J., *El hombre y el gobierno* (J. A. González Casanova, Trad.), Tecnos, Madrid, 1968.
- JUDT, T., *Algo va mal* (B. Urrutia, Trad.), Taurus, Madrid, 2010.
- MARTÍNEZ GARZA, M. E., "Derechos humanos, rendición de cuentas y participación ciudadana", *Revista Dfensor*, núm 12, 2011.
- MARTÍNEZ-PUJALTE, A. L., "Discapacidad y derecho fundamental a la participación política", en De Lucas, J., Fernández Ruiz-Gálvez, E., Vidal Gil, E. y Bellver Capella, V. (eds.) *Pensar el tiempo presente. Homenaje al profesor Jesús Ballesteros Llompарт*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- MARTÍNEZ SOSPEDRA, M., *Estado y constitución. Una introducción* (2ª ed.), Fundación Universitaria San Pablo CEU, Valencia, 1994.
- ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS, *Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible*, 2015.
- PARISER, E., *El filtro burbuja: cómo la red decide lo que leemos y lo que pensamos* (M. Vaquero, Trad.), Taurus, Barcelona, 2017.

- PATEMAN, C., *Participation and Democratic Theory*, Cambridge University Press, Cambridge, 1970.
- PÉREZ DEL RÍO, F., *Ensayo sobre la desigualdad: ¿qué nos queda todavía para ser felices?* Universidad de Burgos, Burgos, 2017.
- PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO, "¿Qué entendemos por participación ciudadana?", en Proyecto PNUD 89477, Fortalecimiento de la participación ciudadana y gobernanza ambiental para la sustentabilidad 2014-2019, México, 2018.
- THOMPSON, J., "Participación, democracia y derechos humanos. Un enfoque a partir de los dilemas de América Latina", *Revista IIDH*, vol. 34-35, 2001-2002, pp. 79-103.
- TUCÍDIDES, *Historia de la Guerra del Peloponeso* (J. J. Torres, Trad.), Biblioteca Clásica Gredos, Madrid, 1990, II 37-41.
- VILLORIA, M., "La transparencia, la imparcialidad y la calidad de la democracia" en Cotino Hueso, L. y Boix Palop, A.: *El buen gobierno y la transparencia, a caballo entre la Ética y el Derecho, Dilemata. Revista Internacional de Éticas Aplicadas*, nº 27, pp. 1-16.

DE NUEVO SOBRE CONSTITUCIÓN Y DISCAPACIDAD

AGAIN ON CONSTITUTION AND DISABILITY

Rafael de Asís*

RESUMEN: El trabajo comienza con el análisis de la propuesta de reforma del artículo 49 de la Constitución del año 2018 y del dictamen que al respecto realizó el Consejo de Estado. A partir de ahí, se expone el marco de referencia con el que debe realizarse una reforma del tratamiento de la discapacidad en la Constitución ajustado al discurso de los derechos humanos.

ABSTRACT: *The work begins with the analysis of the proposed reform in the year 2018 of article 49 of the Constitution and the opinion that the State Council made in this regard. From there, the frame of reference with which a reform of the treatment of disability in the Constitution adjusted to the discourse of human rights should be made is exposed.*

PALABRAS CLAVE: discapacidad, derechos humanos, Constitución, reforma.

KEYWORDS: *disability, human rights, Constitution, reform.*

Fecha de recepción: 06/10/2019

Fecha de aceptación: 13/12/2019

doi: <https://doi.org/10.20318/universitas.2020.5137>

* Catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidad Carlos III de Madrid. E-mail: rarfid@inst.uc3m.es

Como es sabido, el diciembre de 2018, el Consejo de Ministros aprobó un Anteproyecto de Ley para la reforma del artículo 49 de nuestra Constitución. El texto propuesto decía¹:

"1. Las personas con discapacidad son titulares de los derechos y deberes previstos en este Título en condiciones de libertad e igualdad real y efectiva, sin que pueda producirse discriminación. 2. Los poderes públicos realizarán las políticas necesarias para garantizar la plena autonomía personal e inclusión social de las personas con discapacidad. Estas políticas respetarán su libertad de elección y preferencias, y serán adoptadas con la participación de las organizaciones representativas de personas con discapacidad. Se atenderán particularmente las necesidades específicas de las mujeres y niñas con discapacidad. 3. Se regulará la protección reforzada de las personas con discapacidad para el pleno ejercicio de sus derechos y deberes. 4. Las personas con discapacidad gozan de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos".

Al parecer, existía en aquel momento un cierto consenso entre las fuerzas parlamentarias en relación con esta reforma, que podía hacerse por vía del artículo 167 de la Constitución y siguiendo las previsiones de los artículos 146 del Reglamento del Congreso y 154 a 157 del Reglamento del Senado.

La coyuntura política española provocó que no pudieran seguirse los trámites preceptivos y habrá que esperar a que los avatares políticos se resuelvan para ver si este trabajo se retoma.

En todo caso, en las páginas siguientes voy a referirme al texto del anteproyecto y a la oportunidad de acometer la reforma de la Constitución en materia de discapacidad.

1.- LA PROPUESTA DE REFORMA DEL ARTÍCULO 49 DE LA CONSTITUCIÓN

En la exposición de motivos del anteproyecto, se justifica la reforma aludiendo, en primer lugar, a la existencia de una demanda, por parte del colectivo de personas con discapacidad y sus representantes, de acomodar el artículo 49 a la realidad social y con ello sentar las bases de una acción pública más vigorosa y eficaz. Se afirma que el artículo 49 precisa una actualización en su terminología y en el enfoque de la discapacidad, al estar basado en el modelo médico-rehabilitador y no en el modelo social. Se busca así también superar un enfoque excesivamente paternalista de la discapacidad.

¹ Puede consultarse en:

https://www.mpr.gob.es/prencom/notas/Documents/071218_Art49Consti.pdf

En resumidas cuentas, se dice que se pretende que el precepto vuelva a ser una referencia en la protección de los derechos de las personas con discapacidad.

La nueva redacción modifica en primer lugar la terminología, refiriéndose ahora a las personas con discapacidad. De esta manera, se actualiza el lenguaje de una forma que refleja los propios valores de la Constitución y la dignidad inherente a este colectivo.

Igualmente, se subrayan sus derechos y deberes y se fija la autonomía personal y la inclusión social como objetivos de las políticas públicas. Además se afirma que estas políticas públicas deberán respetar la libertad de elección de las personas con discapacidad y ser elaboradas junto a las organizaciones representativas de personas con discapacidad.

La reforma se refiere explícitamente a las necesidades específicas de las mujeres y niñas con discapacidad.

Por otro lado, se incorpora, apoyándose en la Sentencia del Tribunal Constitucional 208/2013 de 16 de diciembre que se refiere a la protección especial de las personas con discapacidad, un apartado sobre protección reforzada de las personas con discapacidad para el pleno ejercicio de sus derechos.

Y por último, la reforma realiza una mención general a los acuerdos internacionales sobre derechos de las personas con discapacidad.

El 28 de febrero de 2019, el Consejo de Estado emitió un dictamen sobre el anteproyecto de reforma en el que se apuntaban algunas consideraciones que, necesariamente, hay que tener en cuenta.

Es de subrayar que el dictamen comienza cuestionando en cierto sentido la necesidad de reformar el artículo 49, al afirmar que en su redacción actual puede interpretarse, en virtud de los artículos 10,2 y 96,1 de la Constitución, conforme a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Esta consideración del Consejo de Estado, había sido ya adelantada por alguno de sus miembros. En concreto, Miguel Rodríguez-Piñero, había ya comentado que “no es correcta la frecuente interpretación del art. 49 CE que ve en él, al margen de la obsoleta terminología que utiliza, una consagración de una visión meramente reparadora o médica del tratamiento de la discapacidad, ya que en su texto se incluye una protección jurídica desde un enfoque de derechos que puede considerarse como una justificación implícita de una consideración «social» de la discapacidad, luego reconocida por la normativa internacional de derechos humanos y por la legislación interna que desarrolla el precepto constitucional y esa normativa internacional”².

²Rodríguez-Piñero, M., “Artículo 49”, en Rodríguez-Piñero, M. y Casas, M.E., *Comentarios a la Constitución española*, BOE-Wolters Kluwer, Madrid 2018, p. 1.405.

Por otro lado, y en relación con este tema, llama la atención que el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas, en su informe sobre España publicado en abril de 2019, no haya hecho mención alguna al contenido de este artículo, lo que para algunos podría apoyar la tesis antes expuesta³.

En este segundo informe sobre España (el primero se publicó en octubre de 2011), el Comité felicita al Estado por la aprobación de la Ley Orgánica 2/2018, que modifica la Ley Orgánica 5/1985 del Régimen Electoral General, y de la Ley Orgánica 1/2017, que garantiza la no exclusión de las personas con discapacidad del tribunal del jurado. También felicita al Estado por la aprobación o modificación de otras normas, si bien, luego a lo largo del documento mantiene observaciones críticas al respecto. Se trata de la Ley de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social (Real Decreto 1/2013), de la Ley Orgánica 13/2015 (de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), de la Ley Orgánica 1/2015 (modifica el Código Penal) o de la reforma de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público. Se congratula el Comité por la existencia del Plan de Acción para la aplicación de la Estrategia Española sobre Discapacidad 2012-2020 a nivel nacional y por la aprobación de otros planes elaborados por las distintas comunidades autónomas.

Dos son los asuntos que destaca el Comité como preocupantes por encima de cualquiera otros: las esterilizaciones forzosas y la cuestión educativa. Así, en el párrafo 64 del documento puede leerse: “El Comité destaca la importancia de todas las recomendaciones que figuran en las presentes observaciones finales. En particular, el Comité señala a la atención del Estado parte las recomendaciones relativas al artículo 17 (Protección de la integridad personal) y 24 (Educación inclusiva) de la Convención, respecto de las cuales deben adoptarse medidas urgentes” (esto último en relación con el cumplimiento del informe de su investigación, CRPD/C/20/3).

Pero a pesar de ser un informe más prolijo que el primero, el Comité no menciona el artículo 49 de la Constitución⁴.

³ El informe está disponible en:

https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRPD%2fC%2fESP%2fCO%2f2-3&Lang=en

⁴ En efecto, en el segundo informe hay observaciones y recomendaciones de once artículos en relación con los cuales el primer informe no se pronunciaba. Se trata de los artículos 13 (acceso a la justicia), 15 (protección contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes), 16 (protección contra la explotación, la violencia y el abuso), 18 (libertad de desplazamiento y nacionalidad), 21 (libertad de expresión y de opinión y acceso a la información), 22 (respeto de la privacidad), 23 (respeto del hogar y de la familia), 25 (salud), 30 (participación en la vida cultural, las actividades recreativas, el esparcimiento y el deporte), 32 (cooperación internacional) y 33 (aplicación y seguimiento nacionales). Si se tiene en cuenta que el informe se centra sobre 33 artículos de la Convención, es una cifra importante, y lo es aún más si tenemos en cuenta que ni

Volviendo al dictamen sobre el anteproyecto de reforma del artículo 49, el Consejo de Estado realiza cuatro consideraciones que se proyectan sobre cada uno de los apartados del artículo en su nueva redacción.

En primer lugar, el dictamen se refiere a la proclamación de que las personas con discapacidad son titulares de los derechos y deberes previstos en el Título I de la Constitución. Al Consejo de Estado no le parece pertinente porque considera que es una afirmación innecesaria por evidente, pero también porque no es apropiada teniendo en cuenta que estamos en el capítulo de los principios rectores (que poseen un grado normativo menor). En este punto el Consejo de Estado se agarra a la distinción entre titularidad y ejercicio de los derechos.

Respecto al apartado segundo, cuestiona la alusión a las organizaciones representativas de las personas con discapacidad en la adopción de las políticas sobre la discapacidad. Al respecto, considera que no se trata de una redacción habitual, que esa participación debe ser objeto de regulación legal, y que su elevación a rango constitucional puede tener efectos perturbadores.

En relación con el apartado tercero, cuestiona la referencia a la protección reforzada. Y lo hace afirmando que se trata de un concepto jurídico indeterminado cuya interpretación puede distorsionar la finalidad que se persigue, y señalando también que la protección que cabe es la que establece el art. 53,3 de la Constitución que, para este caso, no puede entenderse como directa e inmediata.

Al hilo de esta consideración, el Consejo de Estado señala la conveniencia de llevar esta cuestión de la protección al mismo lugar en el que el artículo se refiere a la titularidad.

Respecto al apartado cuarto, el Consejo de Estado considera que la alusión a los Tratados internacionales resulta también reiterativa.

En virtud de todo lo anterior, el Consejo de Estado propone introducir los siguientes cambios:

Refundir los incisos 1 y 3: Las personas con discapacidad ejercen los derechos y deberes previstos en este Título en condiciones de libertad e igualdad real y efectiva. Se regulará la protección especial que sea necesaria para dicho ejercicio.

el primer informe ni el segundo contienen observaciones sobre el artículo 20 (movilidad personal) ni sobre el 26 (habilitación y rehabilitación). Por otro lado, si cuantificamos las observaciones y recomendaciones por artículos, el segundo informe incorpora 33 nuevas observaciones y recomendaciones. Sin embargo, en realidad no son realmente nuevos problemas sino, en muchos casos, asuntos que ya estaban presentes pero que ahora se vinculan a nuevos artículos. Sobre el informe vid. De Asís, R., "El segundo informe sobre cumplimiento por parte de España de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad", en *Papeles El Tiempo de los Derechos*, n. 16, 2019.

Completar la referencia a la participación de las organizaciones profesionales -contenida en el apartado 2 del artículo 49- con la remisión a lo que disponga una norma con rango de ley.

Eliminar el apartado 4 del artículo 49 (sin la mención de los acuerdos internacionales queda vacío de contenido).

Aunque algunas de las consideraciones pueden ser, en línea de principio, adecuadas en términos de técnica normativa, no hay que olvidar que estamos ante un asunto de protección de derechos y de lucha contra la discriminación.

Las consideraciones sobre el primer apartado parecen el algún momento incoherentes. Se afirma que es evidente que las personas con discapacidad tienen los mismos derechos que cualquier otra persona, pero también que no es apropiado decirlo en el capítulo III... Y así, propone un cambio basado en la distinción entre titularidad y ejercicio. Pero no olvidemos que esa diferencia ha tenido grandes (y graves) consecuencias en el disfrute de los derechos de las personas con discapacidad.

En relación con el segundo apartado, es cierto que puede sorprender y parecer inadecuada la referencia a las organizaciones de la discapacidad. Sin embargo, no estoy seguro que el dictamen entienda su papel y su historia. Sobre todo porque cuando se refiere al texto que se sugiere en sustitución del proyecto se habla de organizaciones profesionales.

Respecto al apartado 3, lo que dice el Consejo de Estado pone de manifiesto la regulación cuestionable de los derechos de las personas con discapacidad, fruto de una comprensión también cuestionable.

Los derechos de las personas con discapacidad son los mismos que los de cualquier otra persona y pueden ser protegidos por las mismas vías (directa e inmediata). No son principios rectores a pesar de que se aluda a las personas con discapacidad en el artículo 49. Además, dada la situación de discriminación en la que se encuentran las personas con discapacidad hablar de protección reforzada (nunca especial), puede tener sentido.

Nada que decir sobre las consideraciones del apartado 4. En mi opinión tiene razón el Consejo de Estado. No obstante, esa alusión a los textos internacionales se explica por el escaso éxito que estos textos tienen entre los operadores jurídicos y en la sociedad en general. Seguimos sin tomarnos en serio el Derecho internacional⁵.

Vaya por delante que, en lo referente a los derechos humanos, todo es insuficiente. Pero dicho esto, el anteproyecto de reforma del artículo 49 era un paso adelante.

Es cierto que muchas de las cosas estaban ya en otros preceptos o habían sido adelantadas por el Tribunal Constitucional,

⁵ Y ello vuelve a poner sobre la mesa la relevancia de la formación y educación en derechos humanos... Mientras esto no ocurra, tal vez haya que seguir aludiendo a lo obvio en las normas.

pero aparecer explícitamente en relación con las personas con discapacidad no estaba de más. Es el caso de la prohibición de la discriminación o de la alusión a los tratados internacionales. Esto último puede entenderse, además, como un reconocimiento a la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, principal motor de la nueva visión de la discapacidad.

La alusión al movimiento asociativo, siempre y cuando se interpretara en términos de pluralidad, parece adecuada y, al igual que en el caso de la Convención, es un reconocimiento a la labor de todas las asociaciones y entidades.

Ahora bien la propuesta de reforma podría haber sido mejor. En el punto siguiente me referiré a cuales deben los referentes de una posible reforma de la Constitución en lo referente al tratamiento de la discapacidad.

2.- BASES PARA UNA POSIBLE REFORMA DEL TRATAMIENTO DE LA DISCAPACIDAD EN LA CONSTITUCIÓN

Hace varios años escribía en la Revista *Derechos y Libertades*, del Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, un artículo titulado "Discapacidad y Constitución"⁶, en el que señalaba que para la satisfacción de los derechos de las personas con discapacidad, no bastaba con interpretar los derechos (en virtud del mandato del artículo 10,2 de la Constitución) de conformidad con Tratados Internacionales como la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad⁷. Era necesario reformar la Constitución y adaptarla al modelo social de la discapacidad. Pues bien, esa necesidad sigue estando presente y es cada vez más necesaria.

Como es sabido, el modelo social de la discapacidad se caracteriza, en términos generales por mantener una idea de discapacidad que combina rasgos de las personas con la situación en la que se encuentran o, si se prefiere, rasgos y barreras⁸. Así, La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad señala en su art. 1: "Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás". Pero además, el modelo social supone la incorporación definitiva de la discapacidad al discurso de los derechos.

⁶ De Asís, R., "Discapacidad y Constitución", en *Derechos y Libertades*, n. 29, 2013, pp. 39 y ss.

⁷ Vid. la Sentencia del Tribunal Constitucional 3/2018, de 22 de enero.

⁸ Para una caracterización más completa vid. Palacios, A., *El modelo social de la discapacidad*, Colección CERMI, Madrid 2008, pp. 103 y ss.

Pues bien, una reforma de la Constitución en esta materia requiere partir de dos presupuestos: (i) las personas con discapacidad tienen los mismos derechos que cualquier otra y, (ii) sus derechos no son solo derechos sociales.

A partir de ahí, la reforma de la Constitución en materia de discapacidad afecta, necesariamente, a dos artículos: el 14 y el 49.

En lo que respecta al artículo 14, la entrada de la discapacidad tiene cabida en la referencia final del precepto al hablar de "cualquier otra condición o circunstancia personal o social", y así lo reconoció nuestro Tribunal Constitucional en su Sentencia 269/94 de 3 de octubre. Además, la prohibición de discriminación por razón de discapacidad forma parte de nuestro Ordenamiento en virtud de diversas normas de la Unión Europea, entre las que destacan el artículo 13 del Tratado de Amsterdam, la Directiva 2000/78/CE y el artículo 21 de la Carta de Derechos Fundamentales. Sin embargo, considero preciso introducir expresamente el término discapacidad entre las prohibiciones de discriminación.

Y respecto al artículo 49, podría pensarse que es posible reconducirlo a lo establecido en la Convención vía interpretativa, tal y como se ha apuntado. Una interpretación del artículo 49, conforme a la Convención, implicaría, al menos: (i) incluir a la accesibilidad entre las políticas de previsión; (ii) entender que el tratamiento de la discapacidad no es sólo una cuestión relacionada con políticas sanitarias y de seguridad social sino principalmente una cuestión de derechos humanos (iii) considerar que las políticas de rehabilitación tienen como principal destinatario a la sociedad en su conjunto y se relacionan estrechamente con la accesibilidad; (iv) entender que la integración implica inclusión en todas las parcelas de la vida social.

Pero ya he señalado como este camino puede no ser satisfactorio. Además, no cabe duda de que hay que suprimir el término disminuido y sustituirlo por otro no discriminatorio ni estigmatizante, y acorde con el discurso de los derechos humanos. Seguramente, en este punto, en consonancia con la normativa internacional, el término mejor sea el de persona con discapacidad (aunque se proponen otros como persona con diversidad funcional).

Pero también debería suprimirse del artículo 49 el término integración y sustituirlo por el de inclusión, mucho más acorde con el discurso de los derechos humanos. Y ya de paso, aludir a políticas de remoción de barreras y de participación.

Además, podría trasladarse el artículo 49 a la sección 1ª del Capítulo 2º del Título 1º de la Constitución, pero esto no debe justificarse solo desde el discurso (que comparto) de la "fundamentalidad" de los derechos económicos, sociales y culturales (porque los derechos de las personas con discapacidad no son sólo derechos económicos, sociales y culturales). En todo caso, puede tener más sentido trasladarlo a la sección 2ª ya que, como he señalado, las personas con discapacidad gozan de todos los derechos constitucionales, y su mención en la sección 1ª puede mantener el

discurso de lo especial que normalmente les acompaña. Por último, también podría dejarse donde está, siempre y cuando se modificará el artículo 53 y con ello la distinción entre derechos fundamentales y constitucionales.

Trasladar lo dispuesto en el artículo 49 a la sección 1ª o a la segunda del Capítulo segundo del Título 1º, adquiriría pleno sentido si, además, se incorporaran al texto, otras exigencias en forma de derechos, presentes en la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad.

Estas exigencias serían las de la accesibilidad universal, los ajustes razonables, la igual capacidad jurídica y los apoyos, la vida independiente y la asistencia personal y el reconocimiento del uso de la lengua de signos. Se trata de los principales aspectos en materia de derechos y que poseen cierta singularidad en relación con las personas con discapacidad.

Suele ser común afirmar que la Convención es un Tratado de derechos humanos que se caracteriza por no reconocer nuevos derechos. Se afirma así que lo que hace la Convención es establecer que las personas con discapacidad poseen los mismos derechos que cualquier otra persona⁹. La Convención es así un texto que lucha contra la discriminación en la que se encuentran estas personas y que se traduce en la ausencia de satisfacción de sus derechos humanos.

Pues bien, a pesar de que ese pueda ser el sentido general de la Convención, es posible no obstante afirmar que este Tratado sí que reconoce unos nuevos derechos para las personas con discapacidad. Se trata, en algunos casos, de derechos que han sido tradicionalmente negados a este colectivo, y en otros, de auténticos nuevos derechos que tienen su origen en demandas específicas.

En este sentido, es posible referirse a cuatro nuevos derechos que de manera explícita o de forma implícita están recogidos en la Convención. En concreto se trata del derecho a una igual capacidad jurídica, del derecho a la accesibilidad universal, del derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad, y del derecho al uso de la lengua de signos.

El derecho a una igual capacidad jurídica aparece en el artículo 12 de la Convención en cuyo punto segundo se afirma: "Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida". Se trata de un derecho en el que se integra también el derecho a recibir los apoyos necesarios para el ejercicio de dicha capacidad¹⁰, que aparece recogido en el punto 3 de ese mismo

⁹ Vid. Palacios, A., *El modelo social de la discapacidad*, cit., pp. 257 y ss.

¹⁰ Vid. Bariffi, F., "Capacidad jurídica y capacidad de obrar de las personas con discapacidad a la luz de la Convención de la ONU", en Pérez Bueno, L.C. (Dir.), *Hacia un Derecho de la Discapacidad. Estudios en homenaje al Profesor Rafael de Lorenzo*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2009, pp. 353 y ss.

artículo en el que puede leerse: “Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica”¹¹.

El derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad aparece explícitamente reconocido en el artículo 19 de la Convención¹². El reconocimiento de este derecho supone, en virtud del apartado a) de ese precepto, la obligación de los Estados de asegurar que las personas con discapacidad “tengan la oportunidad de elegir su lugar de residencia y dónde y con quién vivir, en igualdad de condiciones con las demás, y no se vean obligadas a vivir con arreglo a un sistema de vida específico”. Y este derecho implica también el derecho a “la asistencia personal que sea necesaria para facilitar su existencia y su inclusión en la comunidad y para evitar su aislamiento o separación de ésta” (apartado b) del artículo 19).

El derecho al uso de la lengua de signos, que en realidad implica uso, reconocimiento y protección¹³, aparece en diversos artículos de la Convención, si bien es en el artículo 30, dedicado a la participación en la vida cultural, las actividades recreativas, el esparcimiento y el deporte, donde, en su apartado 4, se señala: “Las personas con discapacidad tendrán derecho, en igualdad de condiciones con las demás, al reconocimiento y el apoyo de su identidad cultural y lingüística específica, incluidas la lengua de señas y la cultura de los sordos”.

He dejado para el final la accesibilidad universal. Y lo he hecho porque me parece el derecho más importante que, además, se proyecta mucho más allá de la discapacidad.

La accesibilidad es una idea esencial en cualquier contexto¹⁴. El artículo 9 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad se refiere a la accesibilidad universal afirmando: “A fin de que las personas con discapacidad puedan vivir en forma independiente y participar plenamente en todos los aspectos de la vida, los Estados Partes adoptarán medidas pertinentes para asegurar el acceso de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, al entorno físico, el transporte, la información y las comunicaciones, incluidos los sistemas y las tecnologías de la información y las comunicaciones, y a otros

¹¹ Sobre el tema vid. Cuenca, P., “La capacidad jurídica de las personas con discapacidad: el art. 12 de la Convención de la ONU y su impacto en el Ordenamiento jurídico español”, en *Derechos y Libertades*, n. 24, 2011, pp. 221 y ss.

¹² Vid. al respecto Barranco Avilés, M.C y De Asís, R., “El derecho a la promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia”, en Barranco, M.C. (coord.), *Situaciones de dependencia, Discapacidad y Derechos*, Dykinson, Madrid 2011, pp. 107 y ss.

¹³ Vid. De Asís, R., “Sobre el derecho al conocimiento y aprendizaje de la lengua de signos”, en Cuenca, P. (ed.), *Estudios sobre los derechos de las personas sordas*, Dykinson, Madrid 2012, pp. 99 y ss.

¹⁴ Vid. Kalbag, L., *Accessibility for Everyone, A Book Apart*, New York 2017.

servicios e instalaciones abiertos al público o de uso público, tanto en zonas urbanas como rurales”.

Esta exigencia adquiere sentido en relación con el diseño universal y los ajustes razonables. El diseño universal es definido en el artículo 2 de la Convención como “el diseño de productos, entornos, programas y servicios que puedan utilizar todas las personas, en la mayor medida posible, sin necesidad de adaptación ni diseño especializado”. Y el mismo precepto define los ajustes razonables como: “las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales”.

La lectura del artículo 9 de la Convención parece relacionar la accesibilidad con una serie de ámbitos: entorno físico, el transporte, la información y las comunicaciones, y otros servicios e instalaciones abiertos al público o de uso público. Y es muy habitual concebir así la accesibilidad.

No obstante, el artículo hace mención a otros tres grandes derechos que sirven para justificar la accesibilidad y que permiten ampliar enormemente su proyección. Se trata de la vida independiente, de la participación en la vida social y de la igualdad de oportunidades.

Es posible hablar así de un sentido restringido de accesibilidad y de un sentido amplio. El sentido restringido de la accesibilidad, que se proyecta sobre “productos, entornos, programas y servicios”, supone “el acceso de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, al entorno físico, el transporte, la información y las comunicaciones, incluidos los sistemas y las tecnologías de la información y las comunicaciones, y a otros servicios e instalaciones abiertos al público o de uso público, tanto en zonas urbanas como rurales”. El sentido amplio de la accesibilidad supone el acceso a todos los bienes y derechos y se fundamenta en la vida independiente, en la participación en la vida social y en la igualdad de oportunidades; conecta con la idea de capacidad, y subraya su dimensión como posibilidad o, si se quiere como derecho a tener derechos.

La accesibilidad en sentido restringido se manifiesta principalmente como principio y como derecho subjetivo mientras que la accesibilidad en sentido amplio, en lo referido a derechos y bienes, lo hace como parte del contenido esencial del derecho en cuestión o como derecho a no ser discriminado.

Por este motivo, también tendría sentido dedicar un precepto constitucional a la accesibilidad, aludir a esta al referirse a la no discriminación o al contenido esencial de los derechos.

Y desde una perspectiva que excede el campo de la discapacidad pero en estrecha relación con ella, parece importante

dedicar algún precepto constitucional a lo que podríamos denominar como atención al desarrollo y a una de sus proyecciones: la atención temprana¹⁵. La atención al desarrollo puede ser entendida como un derecho de aquellos/as menores que presentan algún tipo de barrera al desarrollo o están en situación de riesgo de tenerla. La eliminación de esas barreras es fundamental en los primeros años de la vida de las personas. Así, en relación con los niños y las niñas, la lucha contra estas barreras se proyecta principalmente en tres grandes ámbitos: sanitario, educativo y social. Se trata así de medidas que tienen como fin el que estas personas adquieran su máximo nivel de desarrollo y autonomía personal, logren y mantengan su máxima independencia, capacidad física, sensorial, mental y social, y su inclusión y participación plena en todos los ámbitos de la vida¹⁶.

3.- BIBLIOGRAFÍA

Bariffi, F., "Capacidad jurídica y capacidad de obrar de las personas con discapacidad a la luz de la Convención de la ONU", en Pérez Bueno, L.C. (Dir.), *Hacia un Derecho de la Discapacidad. Estudios en homenaje al Profesor Rafael de Lorenzo*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2009.

Barranco Avilés, M.C y De Asís, R., "El derecho a la promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia", en Barranco, M.C. (coord.), *Situaciones de dependencia, Discapacidad y Derechos*, Dykinson, Madrid 2011.

Cuenca, P., "La capacidad jurídica de las personas con discapacidad: el art. 12 de la Convención de la ONU y su impacto en el Ordenamiento jurídico español", en *Derechos y Libertades*, n. 24, 2011.

De Asís, R., "El segundo informe sobre cumplimiento por parte de España de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad", en *Papeles El Tiempo de los Derechos*, n. 16, 2019.

¹⁵ Vid. De Asís, R., Vicente, I. y Carvalho, A., "Sobre la atención temprana como una cuestión de derechos humanos", en *Actas de Cooperación Sociosanitaria*, 24, 2019, Madrid, pp. 49 a 71.

¹⁶ Dentro del Derecho Internacional de los derechos humanos, existen dos grandes textos normativos que, de alguna manera, sirven para justificar este derecho: la Convención de los Derechos del Niño y la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. Así, en la Convención sobre los derechos del niño son de destacar los artículos 23 y 24. Por su parte, en la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, destacan en este punto los artículos 7, 24, 25 y 26.

De Asís, R., Vicente, I. y Carvalho, A., "Sobre la atención temprana como una cuestión de derechos humanos", en *Actas de Cooperación Sociosanitaria*, 24, 2019, Madrid.

De Asís, R., "Discapacidad y Constitución", en *Derechos y Libertades*, n. 29, 2013.

De Asís, R., "Sobre el derecho al conocimiento y aprendizaje de la lengua de signos", en Cuenca, P. (ed.), *Estudios sobre los derechos de las personas sordas*, Dykinson, Madrid 2012.

Kalbag, L., *Accessibility for Everyone, A Book Apart*, New York 2017.

Palacios, A., *El modelo social de la discapacidad*, Colección CERMI, Madrid 2008.

Rodríguez-Piñeiro, M., "Artículo 49", en Rodríguez-Piñeiro, M. y Casas, M.E., *Comentarios a la Constitución española*, BOE-Wolters Kluwer, Madrid 2018.

**EL IMPACTO DE LAS MEDIDAS ANTITERRORISTAS EN EL
ÁMBITO DE LOS DERECHOS HUMANOS**
**Un análisis de la aplicación de las sanciones inteligentes bajo
la óptica de la protección del derecho a la tutela judicial
efectiva**

**THE IMPACT OF ANTITERRORIST MEASURES IN THE FIELD OF HUMAN
RIGHTS**
**An analysis of the application of smart sanctions from the perspective of
protecting the right to effective judicial protection**

Bianca Leticia de Oliveira Tosta*

RESUMEN: El trabajo aborda las sanciones inteligentes aplicadas por el Consejo de Seguridad de la ONU en la lucha contra el terrorismo y tiene como objetivo analizar el impacto de aquellas en el ámbito de los derechos humanos, con énfasis en el derecho a la tutela judicial efectiva, lo que suscita complejas divergencias, cuyo análisis implica examen de cómo ocurre la articulación entre el Consejo de Seguridad de la ONU y los Estados demandados por éste en la aplicación de las dichas medidas, así como cuáles son los parámetros de vinculación y limitación de estos.

ABSTRACT: *The work addresses the smart sanctions applied by the UN Security Council in the fight against terrorism and aims to analyze the impact of those in the field of human rights, with emphasis on the right to effective judicial protection, which raises complex divergences, whose analysis implies an examination of how the articulation between the UN Security Council and the States demanded by it in the application of these measures takes place, as well as the parameters of linkage and limitation of these.*

PALABRAS CLAVE: terrorismo, sanciones inteligentes, derechos humanos, tutela judicial efectiva.

KEYWORDS: *terrorism, smart sanctions, human rights, effective judicial protection.*

Fecha de recepción: 07/03/2019

Fecha de aceptación: 11/09/2019

doi: <https://doi.org/10.20318/universitas.2020.5138>

* Estudiante de Máster en Derecho y Ciencias Jurídico-Internacionales en la Universidad de Lisboa. E-mail: biancatosta@campus.ul.pt

1.- INTRODUCCIÓN

El terrorismo es un fenómeno transnacional que provoca impactos de alcance global, razón por la cual representa uno de los desafíos más complejos a nivel mundial, principalmente en lo que se refiere a las consecuencias desencadenadas en el ámbito de los derechos humanos, de las cuales resulta la necesidad no sólo de reforzar, sino también de repensar las medidas aplicadas por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, al cual incumbe el poder de combatir aquel, lo que exige la aplicación de estrategias de alcance internacional y la articulación entre diferentes esferas normativas y sistémicas.

En ese contexto, se dará relevancia al impacto de las medidas antiterroristas a los derechos individuales de los sospechosos, contra los cuales, en respuesta a las amenazas y al miedo generado por los ataques, se desarrolló la teoría del derecho penal del enemigo, que prevé una situación de excepción y emergencia, de la cual resulta limitación de las garantías procesales y de defensa, lo que puede provocar violaciones de derechos fundamentales.

Así, el cuestionamiento que se pretende desarrollar es en el sentido de considerar si debido a la necesidad de respuesta al terrorismo y bajo el fundamento de proteger los derechos humanos amenazados por este, es posible violar los propios derechos que se pretende defender, lo que será analizado desde el punto de vista de la aplicación de las sanciones inteligentes, lo que implicará, por lo tanto, un examen de la efectividad de estas bajo la óptica humanitaria.

Para desarrollar esta cuestión es necesario primero comprender cuáles son los parámetros de vinculación y limitación de la acción del Consejo de Seguridad de la ONU, así como de los Estados, en la aplicación de las medidas restrictivas. En ese contexto, se analizará si las normas de *Jus cogens*, más específicamente las normas de derechos humanos, pueden representar obstáculo para la aplicación de las sanciones y a base de qué fundamentos eso se produce.

Una vez demostrada la posibilidad de vinculación, se realizará un análisis para identificar cuáles son los derechos humanos impactados por la problemática tratada, en el marco de los cuales se dará énfasis al derecho a la tutela judicial efectiva, cuyo examen será relacionado con las garantías procesales y de defensa en el marco de la aplicación de las sanciones inteligentes, a fin de averiguar si ha tenido una evolución de las resoluciones del Consejo de Seguridad en esta materia, así como cuáles son las principales divergencias y desafíos suscitados.

2.- LA ACTUACIÓN DEL CONSEJO DE SEGURIDAD DE LA ONU EN LA LUCHA CONTRA EL TERRORISMO INTERNACIONAL Y EL IMPACTO EN EL ÁMBITO DE LOS DERECHOS HUMANOS

2.1.- Parámetros de actuación del Consejo de Seguridad y el fundamento normativo de las sanciones inteligentes

Inicialmente es necesario aclarar que las atribuciones del Consejo de Seguridad de la ONU constan en el artículo 24 de la Carta de las Naciones Unidas y tienen como objetivo el mantenimiento de la paz y de la seguridad internacional. Así, el artículo 24, número 2, establece que los poderes específicos concedidos para el cumplimiento de las atribuciones están previstos en los capítulos V, VI, VII y XII de la Carta de las Naciones Unidas, de modo que, con base en el capítulo VII, el Consejo de Seguridad puede adoptar medidas coercitivas con el objetivo de mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales, entre las cuales se pueden encuadrar las sanciones inteligentes.

Las sanciones inteligentes son medidas restrictivas, de carácter preventivo, aprobadas con el objetivo de combatir el terrorismo internacional mediante la aplicación de restricciones individualizadas, que tienen la finalidad de mejorar la eficacia de las medidas antiterroristas y atenuar los daños causados en la represión del terrorismo, principalmente en el ámbito de los derechos humanos¹, por lo que el Consejo de Seguridad de la ONU, en el ejercicio de sus funciones, ha concentrado su poder sancionador en la aplicación de estas restricciones, cuyas principales modalidades son: congelación de bienes, integración de los nombres de los sospechosos en listas consolidadas y restricciones a la libertad.²

Las medidas restrictivas mencionadas fueron previstas inicialmente por la resolución 1.267 de 1999 del Consejo de Seguridad de la ONU, que determinó la congelación de fondos y otros activos financieros o recursos económicos, el impedimento de entrada y tránsito de los individuos listados (prohibiciones de viajes) y el embargo de armas.

En seguida, fue aprobada la resolución 1.333 de 2000, que reguló la inscripción de los nombres de los sospechosos en listas consolidadas y determinó la necesidad de articulación entre los mecanismos internacionales, regionales y nacionales en la

¹ Aunque en proporciones menores e individualizadas las sanciones inteligentes implican restricciones a los derechos humanos, como el derecho a la propiedad, el derecho a la vida privada y familiar, el derecho al honor y a la libertad de viajar, así como a los derechos relacionados con las garantías procesales y de defensa, que serán objeto de análisis en profundidad en ese trabajo, por lo que, para que sean consideradas debidas, es necesario que sean aplicadas a la luz de la proporcionalidad, del contrario originarán violaciones de los dichos derechos. En ese sentido: SANTOS VARA, Juan. "El control judicial de las sanciones contra Al-Qaeda y los talibanes en la Unión Europea: ¿un desafío a los poderes del Consejo de Seguridad?", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 32, 2009, pp. 91-120, p. 109.

² M. CRAVEN, "Humanitarianism and the question for smart sanctions", *European Journal of International Law*, núm. 13, 2002, pp. 43-61, p.44.

determinación y ejecución de las medidas previstas en la resolución 1.267.³

Posteriormente se han desarrollado las resoluciones 1.371 y 1.373 de 2001, con el objetivo de fortalecer la posibilidad de captación de fondos, congelación de bienes y otros activos financieros de personas sospechosas de implicación, directa o indirecta, con actividades terroristas. Para eso, las resoluciones incentivaron los Estados Miembros a firmar convenios y protocolos internacionales sobre el terrorismo y a fortalecer los mecanismos de intercambio internacional en el ámbito de la cooperación policial.

Sin embargo, pese a la relevancia de la actuación del Consejo de Seguridad de la ONU, así como la autonomía y la discrecionalidad de éste, la aplicación de las dichas sanciones depende de los Estados y éstos están obligados a cumplir las decisiones del Consejo, de conformidad con los artículos 25, 41 y 103 de la Carta, que prevén, respectivamente, que los Estados deben ejecutar las decisiones del Consejo de Seguridad, que el Consejo de Seguridad decidirá sobre las medidas que tomará para ejecutar sus decisiones y que, en caso de conflicto, las obligaciones presentes en la Carta deben prevalecer sobre las previstas en otros documentos internacionales.

Ocurre que la Carta no establece límites claros para la actuación del Consejo en lo que se refiere a las medidas aplicadas a la luz del artículo 41, lo que implica una amplia discrecionalidad en la materia, de modo que la única previsión hecha sintéticamente en el artículo 24, número 2, es que no se puede actuar de forma contraria a los objetivos y principios de las Naciones Unidas, entre los cuales está el *estímulo de respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos*, previstos en el artículo 1 del mismo dispositivo.

Así, la cuestión que se suscita consiste en comprender si los Estados están realmente obligados a cumplir las medidas determinadas, incluso cuando éstas infrinjan derechos humanos, lo que implica un análisis sobre los patrones que vinculan la actuación de aquellos, así como del Consejo de Seguridad.

2.2.- Parámetros de vinculación del CS

2.2.1.- *Jus Cogens* y el dominio de los derechos humanos

A la luz de las evoluciones normativas, jurisprudenciales y doctrinarias asistidas, principalmente en el ámbito europeo, es posible considerar sobrepasado el entendimiento que defiende que la importancia de las medidas de lucha contra el terrorismo y la necesidad de resguardar la seguridad y la paz internacionales

³ L. M. HINOJOSA MARTÍNEZ, "Las sanciones del Consejo de Seguridad contra Al-Qaeda y los talibanes: ¿son realmente inteligentes?", *Revista española de derecho internacional*, núm. 58, 2006, pp. 737-770, pp. 743 y ss.

justificarían la competencia del Consejo de Seguridad para adoptar medidas coercitivas independientemente de la observación de límites a las restricciones de los derechos humanos⁴.

Sin embargo, este entendimiento se fundamenta en el argumento de que la Organización de las Naciones Unidas posee naturaleza de organización internacional y no de Estado, razón por la cual no estaría vinculada directamente a los Tratados de derecho internacional, en el marco de los cuales están previstas las normas de derechos humanos.

En respuesta a este argumento, es necesario considerar al principio que la ONU está vinculada al derecho internacional consuetudinario, lo que, en lo que se refiere a la temática en análisis, ha sido reforzado por la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, que admitió expresamente la sujeción de las resoluciones del Consejo de Seguridad de la ONU a las normas de *Jus cogens*⁵, entre las cuales están las normas de derechos humanos.⁶

Además, la vinculación del Consejo de Seguridad de la ONU a las normas de derechos humanos también se ve reforzada en la medida en que la ONU propaga la protección de dichos derechos en diversos dispositivos de la Carta⁷, así como en documentos adoptados a partir de resoluciones, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Así, con base en el principio de la buena fe, no se puede admitir que la actuación del Consejo sea contraria a la propia acción o comportamiento, de modo que sería incongruente que la ONU no cumpliera las normas que ella misma se propone proteger.⁸

⁴ Entre los que sustentan esa teoría: G. OOSTHUZEN "Playing the Devil's Advocate: the United Nations Security Council is unbound by Law", *Leiden Journal of International Law*, núm. 12, 1999, p. 549. Entre los que admiten la vinculación del Consejo de Seguridad a los derechos humanos y, por lo tanto, defienden la posibilidad de restricción justificada por la proporcionalidad, Cfr. L. M., HINOJOSA MARTÍNEZ, "Las sanciones del Consejo de Seguridad contra Al-Qaeda y los talibanes: ¿son realmente inteligentes?...?", Cit., p. 750.

⁵ Sentencia del Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia, de 14 de julio de 1997, IT-94-I, caso *Tadic*.

⁶ Sobre la caracterización de las normas de derechos humanos como normas de *Jus cogens* Cfr. K. PARKER, "Jus Cogens: Compelling the Law of Human Rights", *Hastings International and Comparative Law Review*, núm.2, 1989, pp. 441-442. Sobre la limitación del Consejo de Seguridad de la ONU a las normas de derecho internacional y al *jus cogens* Vid. L. I. GORDILLO PÉREZ, "Hacia una progresiva constitucionalización del poder sancionador del Consejo de Seguridad de la ONU", *Estudios Constitucionales*, núm. 10, 2012, pp. 201-244, pp. 218-222.

⁷ El deber de promover los derechos humanos consta en los artículos: 1, 2, 3, 13 (núm. 1, letra b), 55, 56, 62 (núm. 2), 68,73, y 76 de la Carta, y también integra diversos documentos que fueron adoptados por la ONU, como la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos.

⁸ L. I. GORDILLO PÉREZ, "Hacia una progresiva constitucionalización...", Cit., pp. 214-218.

2.2.2.- Derecho a la tutela judicial efectiva

Aunque la Organización de las Naciones Unidas esté vinculada al cumplimiento de las normas de derechos humanos y propague la protección de éstos en diversos dispositivos⁹, como se ha demostrado, no hay determinación expresa de cuáles son ellos, lo que exige examen interpretativo de los demás documentos internacionales vinculantes, a fin de identificar cuáles son estos derechos y cuáles de ellos son relevantes para la problemática en análisis, entre los cuales se dará énfasis al derecho a la tutela judicial efectiva, previsto en el artículo 14 del PIDCP.¹⁰

De esa forma, es necesario inicialmente comprender lo que puede ser entendido como "tutela judicial efectiva", para que sea posible analizar si ésta está siendo cumplida por el Consejo de Seguridad en la aplicación de las sanciones inteligentes y en qué términos se exigirá ese cumplimiento, lo que implica considerar qué garantías debe ofrecer el procedimiento que implementa las medidas restrictivas.

En ese sentido, es posible decir que, aunque el derecho a la tutela judicial efectiva sea autónomo, tiene relación con otros derechos, como el derecho a ser informado, una vez que los sospechosos *no podrán defenderse eficazmente ante un tribunal, ni éste último podrá ejercer adecuadamente su función de control, si no se les ha proporcionado una información precisa y completa de las causas por las que se adoptó el acto.*¹¹

Además, también es posible hablar sobre el derecho de audiencia y el derecho a un recurso efectivo, teniendo en cuenta que no será posible una tutela efectiva si no se garante el contradictorio y la amplia defensa¹², de modo que si alguno de estos o el derecho a ser

⁹ En lo que se refiere a la propagación de la protección de los derechos humanos por la ONU en el ámbito de las medidas antiterroristas, es posible mencionar la resolución 1.452 del Consejo de Seguridad de la ONU, que representa un marco significativo desde el punto de vista humanitario, una vez que determinó límites para congelación, excluyendo de éste los valores cuya destinación sería para alimentos, medicamentos, alquiler y gastos procesales. La resolución 1.624, a su vez, planteó una peculiaridad en este contexto al determinar expresamente por primera vez que deberían respetarse las normas del Derecho internacional de los derechos humanos en la aplicación de las medidas restrictivas ejecutadas. En refuerzo a esta resolución se aprueba posteriormente la resolución 1.989, que establece que la lucha contra el terrorismo debe respetar plenamente el Derecho Internacional, teniendo especialmente en cuenta los derechos humanos.

¹⁰ En el ámbito europeo el derecho a la tutela judicial efectiva está previsto en el artículo 6 del CEDH y en los artículos 47 y 48 de la CDFUE.

¹¹ L. M. HINOJOSA MARTÍNEZ; C. PÉREZ BERNÁRDEZ, "El derecho a la tutela judicial efectiva en el Derecho Europeo y las sanciones contra Al Qaeda", *Estudios de Derecho Internacional y Derecho Europeo: en homenaje al profesor Manuel Pérez González*, vol 2. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012. pp. 1569-1603, p. 1.571.

¹² En ese contexto es necesario establecer la diferencia entre el derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho a un recurso efectivo, previsto en el artículo 2, número 3, letra a del PIDCP y en el artículo 13 del CEDH, lo cual se refiere al acceso a los

informado no se cumplen, podrá haber una violación del derecho a la tutela judicial efectiva.

Sin embargo, es posible admitir, en circunstancias excepcionales, que el Consejo de Seguridad establezca sanciones contra individuos a través de un procedimiento restrictivo del derecho previsto en el artículo 14 del PIDCP, de acuerdo con los poderes que la Carta le otorga, si considera que ello es imprescindible para el mantenimiento de la paz y de la seguridad internacionales¹³, lo que, sin embargo, debe estar de acuerdo con los requisitos exigidos por el principio de proporcionalidad, de lo contrario, en lugar de las restricciones podrá ocurrir violaciones al derecho a la tutela judicial efectiva.

En ese contexto, la Corte Internacional de Justicia, el Consejo de Europa y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos reconocen la posibilidad de limitaciones de los derechos de defensa por razones de seguridad, interés general y eficacia de las sanciones, lo que puede impactar por ejemplo la forma cómo se realizarán las audiencias, la divulgación de las pruebas de cargo y las modalidades de acceder a los autos, solo siendo admisible eso si estrictamente necesario y al mismo tiempo si se establecen medidas compensatorias de las garantías del artículo 14 del PIDCP.¹⁴

Sin embargo, es posible considerar que, aunque haya previsión expresa de la protección del derecho a la tutela judicial efectiva y sea reconocida la necesidad de proporcionalidad en las restricciones promovidas en esto, se instauran divergencias en lo que se refiere a la protección de este derecho en el marco de las sanciones inteligentes.

3.- ANÁLISIS DE LA "EVOLUCIÓN" NORMATIVA DE LAS RESOLUCIONES DEL CONSEJO DE SEGURIDAD DE LA ONU

3.1.- Los procedimientos de aplicación y exclusión de las sanciones

En este capítulo se abordarán algunas resoluciones que disponen sobre las sanciones inteligentes, a fin de averiguar si es posible hablar de una "evolución" normativa de aquellas, a la luz de las garantías procesales y de defensa y de la protección de los derechos humanos, con el objetivo de analizar si el Consejo de Seguridad ha adoptado posición compatible con la protección del

Tribunales, a través de una instancia, que puede tener naturaleza administrativa o jurisdiccional, ante la que se pueda reclamar de manera efectiva cuando se hayan lesionado derechos fundamentales. L. M. HINOJOSA MARTÍNEZ; C. PÉREZ BERNÁRDEZ, "El derecho a la tutela judicial efectiva" ..., Cit., p. 1673 y ss.

¹³ HINOJOSA MARTÍNEZ, Luis M. "Las sanciones del Consejo de Seguridad contra Al-Qaeda y los talibanes: ¿son realmente inteligentes?" ..., Cit., p. 761.

¹⁴ A. TINOCO PASTRANA, "La lucha contra el terrorismo en la Unión Europea desde una perspectiva procesal", *Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*, núm. 36, 2016, pp. 439-463.

derecho a la tutela judicial efectiva en la determinación de las medidas, así como si éstas son eficaces.

Para eso, es necesario analizar los procedimientos de aplicación y exclusión de las sanciones, en el ámbito de los cuales se observará que existen incoherencias, como la ausencia del debido proceso legal anterior a la lista y la ineficacia de los mecanismos de defensa posteriores a ella, lo que implica violaciones de los derechos humanos de las personas visadas.¹⁵

En lo que se refiere al procedimiento de aplicación de las sanciones inteligentes, primeramente, es necesario considerar que el Consejo de Seguridad no establece padrones de cumplimiento que deben ser observados por los Estados, lo que implica discrecionalidad en el cumplimiento de aquellas.

Sin embargo, como se ha demostrado, la aplicación de las medidas está vinculada al cumplimiento del derecho a la tutela judicial efectiva, de lo cual se extrae que el procedimiento debe abarcar los derechos a ser informado de la inscripción en los listados, a tener acceso a los elementos que motivaron la inclusión en la lista, al debido proceso legal, al contradictorio y al recurso efectivo ante un órgano independiente.

En lo que se refiere al derecho a ser notificado de la inscripción, es necesario considerar que las primeras resoluciones que se destinaron a reglamentar las medidas restrictivas no preveían la posibilidad de notificación, ni previa, ni tampoco posterior, de modo que el sospechoso sólo venía a saber del bloqueo de sus bienes después de intentar realizar algún procedimiento.

Actualmente existe la posibilidad de notificación, la cual, sin embargo, ocurre sólo después de la inclusión del nombre en la Lista Consolidada, lo que limita los derechos al contradictorio y a la amplia defensa de los sospechosos, que quedan impedidos de presentar impugnación a la sanción antes de que ella empiece surtir efectos.

En lo que se refiere a los motivos que fundamentaron la aplicación de las medidas restrictivas, es posible considerar la Resolución 1.822 como marco para el reconocimiento de la necesidad de claridad en la información sobre las sanciones, teniendo en cuenta que estableció la obligatoriedad de la inscripción ser acompañada de una descripción detallada de los fundamentos que integran el nombre en la lista.

Sin embargo, aún prevalece la regla de la confidencialidad de la información de los procedimientos de inclusión y retirada, lo que hace que los procedimientos continúen siendo subjetivos y arbitrarios, una vez que *ningún mecanismo garantiza que el interesado disponga de suficientes elementos de información para gozar de una defensa*

¹⁵ F. VACAS FERNÁNDEZ, *El terrorismo como crimen internacional: definición, naturaleza y consecuencias jurídicas internacionales para las personas*, Tirant Blanch, Valencia, 2011, pp. 120.

*eficaz (ni siquiera que conozca la identidad del Estado que solicitó su inclusión en la lista del Comité de Sanciones).*¹⁶

En este contexto, conviene aclarar que la dificultad de acceso a las informaciones no ocurre solamente en la relación entre el individuo afectado y los mecanismos responsables por hacerlo, sino también a nivel institucional, en la medida en que el propio órgano administrativo, *Ombudsman*, que analiza las solicitudes de exclusión de las sanciones, tiene dificultades para obtener información suficiente ante los Estados¹⁷, que disponen de amplia discrecionalidad en esta materia y pueden decidir qué información se divulgará, inexistiendo medios legales de obligarlos a suministrar más informaciones.

Sin embargo, la notificación de integración en la lista y la información de los fundamentos que la motivaron, son esenciales para promover la protección del derecho a la tutela judicial efectiva y para promover la conducción adecuada del caso concreto, de modo que el rechazo en el suministro de los datos implica perjuicios a la protección del derecho a la tutela judicial efectiva, así como a la credibilidad y efectividad del mecanismo de la ONU.

En lo que se refiere al derecho al debido proceso legal, el Consejo de Seguridad intenta esquivarse de su observancia, en la medida en que niega el carácter criminal de las sanciones inteligentes¹⁸, sin embargo, los resultados de las medidas no convergen con ese entendimiento, una vez que los efectos restrictivos de aquellas se han extendido en el tiempo y limitado severamente el ejercicio de las garantías procesales de los sospechosos.

Así, es posible considerar que, *en tales circunstancias, la actuación del Consejo de Seguridad se torna claramente ilegítima, e incluso, probablemente ilegal, ya que el paso del tiempo puede convertir una medida cautelar en una sanción penal, con lo que existirían sólidos argumentos para hablar de la violación de una norma de Jus cogens.*¹⁹

En ese contexto se instala uno de los más graves y complejos problemas en el ámbito de las medidas estudiadas, que consiste en la

¹⁶ L. I. GORDILLO PÉREZ, "Hacia una progresiva constitucionalización del poder sancionador del Consejo de Seguridad de la ONU"..., Cit., p. 225.

¹⁷ En ese sentido conviene citar un informe enviado al Consejo de Seguridad, en el que el *Ombudsman* relata las limitaciones para su actuación, entre las cuales destaca la dificultad de obtención de las informaciones. UN SECURITY COUNCIL. *Fourth report of the Ombudsperson to the Security Council*, de 30 de julio de 2012. Disponible en: <https://www.un.org/sc/suborg/en/ombudsperson/reports>. Acceso 14.11.2018.

¹⁸ M. L. DUARTE, "O Tribunal de Justiça da União Europeia e o controlo indireto das decisões do Conselho de Segurança. Sobre critérios relevantes de conciliação prática entre a luta contra o terrorismo internacional e a proteção dos direitos fundamentais", in *THEMIS: Revista da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa*, ano 13, núm. 24/25, 2013, pp. 49-76, p. 57.

¹⁹ L. M. HINOJOSA MARTÍNEZ, "Las sanciones del Consejo de Seguridad contra Al Qaeda y los talibanes: ¿son realmente inteligentes?"..., Cit., p. 761.

inexistencia de un plazo límite para la duración de las sanciones, sin embargo, hay que considerar que las medidas previstas en el artículo 41 de la Carta de las Naciones Unidas no se han pensado con el objetivo de reforzar los poderes y la discrecionalidad del Consejo de Seguridad, sino de servir como instrumentos para el logro de objetivos, lo que implica considerar que, si los motivos que las desencadenan desaparecen o si el objetivo es alcanzado, las medidas deben ser revocadas porque han perdido su base legal.

Sin embargo, las sanciones todavía tienen carácter temporal indeterminado, de modo que el procedimiento de exclusión puede tardar años, extendiendo en el tiempo los efectos restrictivos²⁰, lo que implica grave inadecuación al sistema de protección de las libertades fundamentales y derechos humanos de los sospechosos.

En ese sentido converge el Informe del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de las Naciones Unidas que trata de la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo²¹ y que prevé que el carácter temporal indeterminado de las sanciones implica impactos que amenazan sobrepasar los límites de las finalidades establecidas por las Naciones Unidas, mostrándose, por lo tanto, desproporcional, lo que implica graves violaciones de los derechos humanos, lo que corrobora con el entendimiento manifiesto en el *Watson Report*, según el cual la naturaleza temporal abierta de las sanciones de las Naciones Unidas ha generado serios efectos punitivos sobre los acusados.²²

Así, es posible considerar que *esa prolongación en el tiempo de las sanciones podrá implicar en prejuicios a la autoridad del Consejo de Seguridad, y de ello pueden derivarse grietas importantes para la solidez del cuestionado sistema de seguridad colectiva de Naciones*

²⁰ En ese contexto, conviene citar el caso *Nabil Sayadi y Patricia Vinck*, en el que estos fueron insertados en la lista de sospechosos terroristas, por lo que recurrieron al Tribunal de Primera Instancia de Bruselas, que en 2005 condenó a Bélgica a someter la solicitud al Comité de Sanciones, el cual declaró haber cumplido inmediatamente la decisión, enviando la solicitud en el mismo año, sin embargo, los nombres fueron mantenidos por otros cuatro años después de la condenación, retirándolos sólo en 2009. En total, los nombres quedaron inscritos seis años después de la primera inscripción, lo que acarreó diversos prejuicios a los acusados, como la dimisión de empleo, la imposibilidad de recibir ayudas de desempleo, imposibilidad de aceptar nuevas propuestas de empleo debido a la imposibilidad de viajar, entre otras. Tribunal de Primera Instancia de Bruselas, *Nabil Sayadi y Patricia Vinck v. Estado belga*, proc. no. 1.472 / 2006, la sentencia de 11 de febrero de 2005.

²¹ UN. *Report of the United Nations High Commissioner for Human Rights on the protection of human rights and fundamental freedoms while countering terrorism*, A/HRC/8/13, 2008. Disponible en: http://ap.ohchr.org/documents/alldocs.aspx?doc_id=14160. Acceso 10.11.2018.

²² WATSON INSTITUTE FOR INTERNATIONAL STUDIES. *Report Due Process and targeted sanctions: an update of the "Watson Report"*, diciembre de 2012. Disponible en: https://openaccess.leidenuniv.nl/bitstream/handle/1887/43690/WatsonReportUpdate12_12.pdf?sequence=1. Acceso 18.11.2018.

*Unidas*²³, por lo que es necesario que el carácter atemporal de las sanciones sea repensado y cambiado, bajo la pena de implicar graves violaciones de los derechos humanos y la pérdida de la credibilidad de la actuación del Consejo de Seguridad en esa materia.

3.2.- Las garantías procesales y de defensa

En lo que se refiere a las garantías procesales y de defensa en el marco de la aplicación de las sanciones inteligentes, es posible considerar que anteriormente eran aún más limitadas, una vez que las medidas restrictivas aplicadas sólo podrían ser impugnadas por medio de protección diplomática, con la representación del individuo por su Estado, el cual muchas veces era el responsable por la indicación para la lista, lo que dotaba el procedimiento de discrecionalidad, implicando en la violación del principio del debido proceso legal.²⁴

En este contexto fue necesaria la elaboración de mecanismos de defensa, sobre todo después de la respuesta de los Tribunales en la aplicación de las sanciones inteligentes, con énfasis para el Tribunal de Justicia de La Unión Europea²⁵.

Así, se ha formulado la resolución 1.730 de 2006, que estableció un procedimiento para la contestación de las sanciones aplicadas por el Consejo de Seguridad, por medio de la figura del *focal point* al cual incumbe la misión de recibir y analizar las solicitudes de recurso contra las medidas restrictivas, como por ejemplo los pedidos de supresión de los nombres de los individuos y entidades afectadas por las listas, lo que tuvo relevancia en el marco de las garantías procesales y de defensa, una vez que hasta entonces no se permitía a los visados por las sanciones entrar en contacto con las Naciones Unidas en el marco del procedimiento existente.

Sin embargo, no es posible considerar dicha resolución como una gran evolución bajo la perspectiva de las garantías procesales y recursales en el marco de las medidas aplicadas por el Consejo, teniendo en cuenta que la función del *focal point* es muy limitada y

²³ L.M. HINOJOSA MARTÍNEZ, "Las sanciones del Consejo de Seguridad contra Al Qaeda y los talibanes: ¿son realmente inteligentes?"..., Cit. 761.

²⁴ F. VACAS FERNÁNDEZ, *El terrorismo como crimen internacional: definición, naturaleza y consecuencias jurídicas internacionales para las personas...*, Cit., p. 121.

²⁵ En este contexto es necesario reconocer que la Unión Europea, a través del control jurisdiccional indirecto, del diálogo jurisprudencial y de su externalización de las políticas internas en el ámbito de los derechos fundamentales, ha influido en la evolución normativa de las resoluciones del Consejo de Seguridad y en la reforma del sistema de la ONU de aplicación de las sanciones inteligentes, contribuido así para un movimiento de reconocimiento y refuerzo de la protección de los derechos humanos. Con eso, viene el desafío de conciliar el sistema de derecho internacional y el sistema regional europeo, así como de mantener la coherencia entre las políticas y acciones de estos. En ese sentido: L. M. HINOJOSA MARTÍNEZ; C. PÉREZ BERNÁNDEZ, "El derecho a la tutela judicial efectiva"..., Cit., pp. 1580-1581.

está restringida al recibimiento de las solicitudes de recurso y a su transferencia a las comisiones de sanciones, de modo que no tiene el poder de decidir sobre la retirada de los nombres, siendo sus recomendaciones meramente facultativas.²⁶

A raíz de estas enmiendas se aprueba la resolución 1.904 de 2009, que estableció la figura del *office of the Ombudsperson*, al cual se le encargó la función de análisis de las solicitudes de supresión de las listas. En ese contexto, es necesario aclarar que el *focal point* sigue siendo competente para conocer las solicitudes referentes a los demás sistemas de sanciones.

Sin embargo, la función del *office of the Ombudsperson* encuentra limitaciones materiales extensas, teniendo en cuenta que, en caso de aplicación equivocada de sanciones, por la similitud de los nombres, por ejemplo, aunque reconocido el error, continúan sin posibilidad de exclusión de las listas, ya que ese caso no contempla las competencias previstas para el proveedor. Además, las recomendaciones de este mecanismo también tienen carácter meramente facultativo.

Así, es posible considerar que aunque estos mecanismos tengan importancia para la evolución de las resoluciones sobre la materia, tienen los poderes limitados, tanto para tener acceso a todos los tipos de información necesaria para el caso, como para decidir de forma definitiva sobre la permanencia o exclusión de los nombres, de modo que las recomendaciones formuladas por ellos no vinculan el Comité de Sanciones, el cual puede decidir de manera contraria a aquellas, por motivos de naturaleza confidencial, lo que no puede ser objeto de impugnación, lo que no permite que estos instrumentos sean suficientes para recurrir de las decisiones del Consejo, es decir que no se garantiza una tutela judicial efectiva a los individuos afectados por las sanciones, en la medida en que las intervenciones de aquellos son regidas por un procedimiento de naturaleza política y recorte intergubernamental.²⁷

En ese contexto, sin embargo, es posible hablar sobre la resolución 2.083, que pide a los Estados miembros y a las organizaciones que orienten las personas o entidades, que estén considerando la posibilidad de impugnación o que ya hayan iniciado el procedimiento para impugnar su decisión en la lista ante los tribunales nacionales o regionales, a presentar las solicitudes de exclusión de la lista relativa a las sanciones a la oficina del proveedor, lo que, teniendo en cuenta el carácter recomendatorio y no obligatorio, no resuelve el problema de la descentralización del mecanismo de apreciación de los recursos.

²⁶ En ese sentido: L. I. GORDILLO PÉREZ, "Hacia una progresiva constitucionalización del poder sancionador del Consejo de Seguridad de la ONU"... , Cit., p. 224.

²⁷ J. SANTOS VARA, "El control judicial...", Cit., p. 106.

Por lo tanto, es posible concluir que, aunque se han introducido mejoras desde el punto de vista de las garantías procesales y de defensa de los visados, sigue sin existir el derecho a recurrir ante un órgano independiente e imparcial, de modo que el procedimiento de supresión de las listas sigue contando con la discrecionalidad y subjetividad del Comité de Sanciones.

Así, es posible concluir, a la luz del entendimiento del Tribunal General de la UE, en el caso *Kadi*²⁸, que “*la creación del focal point y del Ombudsman no puede asimilarse al establecimiento de un recurso jurisdiccional efectivo contra las decisiones del Comité de Sanciones*”, de modo que la ausencia de un recurso efectivo refuerza la violación del derecho a la tutela judicial efectiva.

Así, es posible concluir que para que sea posible hablar de un recurso efectivo, es necesaria la figura de un mecanismo cuyas

²⁸ Kadi, residente en Arabia Saudita, y Al Barakaat International Foundation, con sede en Suecia, tuvieron sus nombres incluidos en las listas consolidadas, por lo que impugnaron ante el Tribunal General la legalidad de los actos aplicables, bajo la alegación de violación del derecho a la defensa, del derecho a la tutela judicial efectiva y del derecho a la propiedad. En primero momento el Juez del Tribunal General se declaró competente para “fiscalizar de forma incidental la legalidad de las resoluciones determinadas por el Consejo de Seguridad, a la luz del *Jus cogens*, entendido como un orden público internacional que se impone a todos los sujetos del Derecho internacional incluyendo las instancias de las Naciones Unidas, que no es posible derogar”. Sin embargo, consideró que en el caso concreto dichas normas no habían sido violadas, una vez que las sanciones no tenían carácter penal, lo que dispensaría la escucha de los acusados, es decir que el derecho a la tutela judicial efectiva no había sido violado, por lo que no defirió los recursos, alegando que “las decisiones contenidas en la resolución del Consejo de Seguridad deben prevalecer sobre cualquier otra obligación del derecho interno o del Derecho internacional de base convencional, incluido el CEDH.” Vid. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de la Unión Europea, Yassin Abdullah Kadi v. Consejo de la Unión Europea y otros, asunto T-315/01, de 21 de septiembre de 2005. Sin embargo, de manera divergente del Tribunal General, el Tribunal de Justicia de la UE dio razón a los demandantes y decretó la anulación de la sentencia anterior, considerando que el juez de la UE era incompetente para supervisar la legalidad de las resoluciones, teniendo competencia sólo para supervisar la legalidad del acto comunitario que las aplica. Así, consideró que había tenido lugar la violación del derecho a la tutela judicial efectiva, una vez que el sospechoso no había podido defenderse satisfactoriamente ante la jurisdicción europea de las pruebas presentadas contra él por la falta de información sobre ellas mismas. Además, consideró que “las obligaciones impuestas por un acuerdo internacional no pueden violar los principios constitucionales del Tratado CE, entre los que figura el principio según el cual todos los actos comunitarios deben respetar los derechos fundamentales, constituyendo este respeto un requisito de su legalidad”, por lo que asumió un control indirecto o incidental de las decisiones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. V. Sentencia del Tribunal General de la Unión Europea, Yassin Abdullah Kadi v. Consejo de la Unión Europea y otros, asunto T 85/09, de 30 de septiembre de 2010. Así, el caso *Kadi* representó un marco para el Derecho Internacional Público en el ámbito de la aplicación de las sanciones inteligentes y de la protección de los derechos fundamentales. Sin embargo, aborda críticas que cuestionan si es posible hablar de una fragmentación de estas órdenes o si sería posible algún diálogo y cooperación entre ellas para reforzar la eficacia de la protección de los derechos fundamentales.

decisiones y jurisdicción tengan carácter obligatorio y no solo facultativo, lo que no se pasa en el sistema actual. De esta forma, se realizará análisis acerca de las consecuencias de la ausencia de este mecanismo, a fin de que sean elaboradas propuestas de actuación compatibles con los problemas identificados.

3.3.- La inexistencia de un órgano jurisdiccional a nivel de las Naciones Unidas para juzgar los recursos contra las sanciones inteligentes

Como se ha demostrado, en los procedimientos de aplicación y exclusión de las sanciones inteligentes, no se respetan debidamente las garantías de defensa de los sospechosos, ya que estos no tienen derecho de acceso a un Tribunal a nivel de las Naciones Unidas.²⁹ Sin embargo, no se puede admitir violaciones de los derechos humanos en razón de eso, lo que exige una articulación entre las esferas nacionales, regionales e internacionales en la aplicación de las medidas de restricción, a fin de que sea garantizado, entre otros, el derecho a la tutela judicial efectiva.

Esa articulación es objeto de desafíos, teniendo en cuenta la vinculación de los Estados al cumplimiento de las sanciones³⁰, como se ha demostrado, sin embargo, aquella podrá ser rechazada cuando exista la posibilidad de violar normas de derechos humanos, lo que exige análisis sobre cuáles son los criterios a aplicar en ese contexto, entre los cuales será dada relevancia al principio de proporcionalidad.

En ese contexto es posible considerar que además de la posibilidad de interponer recurso contra las Naciones Unidas, en la figura del Consejo de Seguridad y del Comité de sanciones, más específicamente de sus mecanismos (como el punto focal y el gabinete del proveedor), dotados de discrecionalidad como ya se ha demostrado, también podrá ser presentado recurso a una jurisdicción nacional o regional, siendo suficiente que la aplicación de la medida restrictiva ha violado los derechos a los que tanto el Consejo, como los Estados miembros y las comunidades regionales (como la UE) están vinculados, lo que implicará un control jurisdiccional indirecto, por vía incidental por los Tribunales de los Estados de las decisiones del Consejo de Seguridad, a fin de garantizar la protección del

²⁹ M. L. DUARTE, "O Tribunal de Justiça da União Europeia...", *Cit.*, p. 55.

³⁰ En este contexto cabe mencionar la jurisprudencia del TEDH en el caso *Nada*, en el que el sospechoso tuvo su libertad restringida por el gobierno de Suiza en la aplicación de las sanciones inteligentes, por lo que se presentó la solicitud de supresión de la lista ante la Corte Federal, que consideró que el artículo 103 de la ONU debe primar sobre cualquier otra obligación. El entendimiento, sin embargo, fue rechazado por la sentencia del TEDH, que consideró que el gobierno suizo no podía utilizar la Carta para dejar de cumplir sus obligaciones internacionales. En lo que se refiere a la protección de los derechos humanos, el TEDH concluyó que hubo violación del derecho a la vida privada y familiar y del derecho a un recurso efectivo, previstos en el CEDH. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Nada v. Suiza*, procedimiento n.º 10593/08, de 12 de septiembre de 2012.

derecho a la tutela judicial efectiva, lo que, sin embargo, implica analizar de qué manera se llevará a cabo ese control.

Sin embargo, a la luz de la opinión del Abogado General, Poiares Maduro, en el caso Kadi, es posible concluir que *“si en el ámbito de las sanciones inteligentes el derecho a la tutela judicial efectiva estuviera garantizado por medio de un tribunal independiente, la Comunidad podría estar eximida de la obligación de garantizar el control judicial de las medidas de ejecución que se aplican en el marco del ordenamiento comunitario.”*

De esta forma, es posible reforzar el entendimiento que considera la necesidad de creación de un mecanismo vinculante a nivel de las Naciones Unidas para juzgamiento de los recursos. Mientras eso no se hace, es necesario analizar cómo se opera la aplicación de las medidas en los Tribunales, así como de qué manera se formaliza la articulación entre éstos y el sistema internacional de determinación de sanciones, con el fin de analizar la existencia de cooperación entre aquellos y la coherencia entre las medidas aplicadas por ellos.

4.- LA ARTICULACIÓN ENTRE LOS SISTEMAS DE EJECUCIÓN DE LAS SANCIONES INTELIGENTES Y LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

4.1.- El control jurisdiccional indirecto, por vía incidental, de las resoluciones del Consejo de Seguridad de la ONU

La ausencia de un mecanismo jurisdiccional a nivel de las Naciones Unidas para examinar las solicitudes de recurso contra las decisiones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas en el ámbito de las sanciones inteligentes y también para declarar la nulidad de éstas, no puede hacer con que la actuación del Consejo en la aplicación de esas medidas sea insustituible de control, lo que justifica la posibilidad de un control jurisdiccional indirecto, por vía incidental, que puede ser accionado por los interesados ante los Tribunales, nacionales, regionales e internacionales.

Así, el examen que se propone realizar en ese capítulo se refiere a la articulación entre el Consejo de Seguridad de la ONU y dichos Tribunales en el contexto objeto de análisis, en el cual tiene relevancia la actuación de la Corte Internacional de Justicia, a la cual puede ser atribuida competencia para cuestionar la validez de las resoluciones del Consejo de Seguridad, lo que puede implicar en la declaración de contrariedad de la medida de éste con la Carta y con las normas de *Jus cogens*, de la cual podrá resultar la no aplicación de las resoluciones, lo que, sin embargo, abarca complejidades.

En este sentido, es posible considerar que, aunque la Carta no prevea expresamente la competencia de la Corte Internacional de Justicia para controlar la legalidad de las resoluciones del Consejo de Seguridad, así como no exista ninguna jurisprudencia en la que la

Corte lo haya realizado efectivamente, ya se ha manifestado sobre la materia y asumido la competencia para eso, siendo posible identificar algunos dictámenes en ese sentido, tanto en el ámbito consultivo, como en el ámbito contencioso.³¹

En lo que se refiere al control incidental indirecto de los Tribunales Nacionales o Regionales, más específicamente los europeos, es necesario tener en cuenta la autonomía de estos y los límites de la atribución de competencia en ese contexto, lo que implica analizar si es lícito a aquellos asumir la responsabilidad por el control jurisdiccional de las medidas restrictivas, así como de qué manera debe ocurrir ese control.

En este sentido, es posible afirmar que la autonomía de los jueces europeos no comporta una fiscalización jurisdiccional integral, o sea, aquellos no tienen competencia para fiscalizar la legalidad de las resoluciones del Consejo de Seguridad, sino sólo para evaluar la legalidad del acto europeo que aplica dichas sanciones³², es decir, el objeto del control es el acto que aplica un acuerdo internacional, que debe realizarse sobre la base de la adecuación formal y material, de la coherencia interna y de la proporcionalidad, así como a la luz las normas superiores del Derecho internacional incluidas en el *jus cogens*.³³

En ese sentido, en lo que se refiere a las medidas restrictivas aplicadas por la Unión Europea en el marco de las sanciones inteligentes, es necesario considerar que además de respetar el derecho internacional/ derechos humanos, el juez comunitario, debe respetar el propio derecho de la UE y los derechos fundamentales que consagra en el Convenio Europeo de Derechos Humanos en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y en las Constituciones de los Estados miembros, de modo que el respeto de los derechos humanos constituye un requisito de legalidad de los actos comunitarios y esto implica que no pueden admitirse en la Comunidad medidas incompatibles con estos derechos.

Así, teniendo en cuenta que la Unión Europea está vinculada a textos normativos distintos y que muchas veces se oponen, es necesario considerar cómo debe resolverse un eventual conflicto internormativo que comprende por un lado el deber de cumplir las determinaciones y ejecutar los actos del Consejo de Seguridad y, por otro, además de una obligación interna de garantizar la seguridad,

³¹ J. A. FRANCO VALDEZ, "Control de legalidad de los actos del Consejo de Seguridad: ¿existe una vía jurisdiccional?", *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 29, 2014, pp. 117-143, p. 121.

³² E. LÓPEZ-JACOISTE, "El Tribunal de Justicia de la Unión Europea y la defensa de los derechos fundamentales: algunas reflexiones constitucionales a la luz del caso Kadi", p. 809. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2894/32.pdf>

³³ R. MOURÃO, Rodrigo. "As medidas restritivas aplicadas pela União Europeia no combate ao terrorismo", *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, ano 1, nº. 4, 2015, pp. 1.492- 1.591.

que abarca la represión y prevención de la financiación de grupos terroristas, la obligación de garantizar la protección de los derechos fundamentales, lo que implica considerar cuáles son los criterios para determinar la prevalencia y de qué manera se articulan en el ámbito europeo.

En ese sentido es posible considerar los criterios de prevalencia deben orientarse por el principio de proporcionalidad y que debe ser mantenida la coherencia de los mecanismos de la Unión Europea en esa materia, a fin de garantizar una fundamentación racional y objetiva de las decisiones. Además, para que la actuación de la UE sea efectiva es necesario reforzar la cooperación entre los sistemas nacionales, regionales e internacionales, a fin de garantizar una mayor protección de los derechos fundamentales.

4.2.- La competencia entre los sistemas y la aplicación del método Solange

Como se ha demostrado, la problemática de la aplicación de sanciones implica la interacción entre los sistemas internacionales, regionales y nacionales, lo que exige cooperación entre éstos para una mayor protección de los derechos humanos.

En este sentido, hay que considerar la posibilidad de aplicación del método del Solange, que tuvo su origen en una decisión del Tribunal Constitucional alemán en el caso *Internationale Handelsgesellschaft*, en el que se negó aceptar la supremacía absoluta del Derecho de la Unión Europea sobre el derecho constitucional alemán, hasta que la Unión Europea no garantizase una protección equiparada o mayor a los derechos fundamentales que la ofrecida por el Derecho constitucional alemán.³⁴

Este método se aplicó en otras jurisprudencias en el ámbito europeo, entre las que figura el caso *Bosphorus*³⁵, en el que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos consideró que una eventual violación del CEDH podría justificarse siempre que la UE defendiera por sí misma los derechos fundamentales de una forma al menos equivalente a la garantizada por el CEDH, lo que se reconoció en el caso analizado.

³⁴ Tribunal Constitucional Alemán caso *Solange I*, proceso BVerfGE 37, 271, de 29 de mayo de 1974.

³⁵ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Bosphorus Airways v. Irlanda* proceso n.º 45036/98, de 30 de junio de 2005. En relación a la doctrina Bosphorus, Vid. F. JIMÉNEZ GARCIA, "Tutela judicial efectiva, pilares intergubernamentales de la Unión Europea y Naciones Unidas o viceversa. El periplo comunitario marcado por los asuntos Yusuf/Kadi, Ayadi/Hassan, Modjahedines del pueblo de Irán y Segi/gestoras", en *Nuevos desafíos del Derecho Penal Internacional. Terrorismo, crímenes internacionales y derechos fundamentales*, Madrid: Tecnos, 2009, pp. 411-464, pp. 426 y 427.

Este enfoque tuvo importancia específica en el marco de la aplicación de las sanciones inteligentes en el ámbito europeo³⁶, sobre todo en el caso *Kadi*, en que se consagró el entendimiento de que mientras las Naciones Unidas no determinan un mecanismo de examen judicial independiente que garanta la conformidad de las decisiones del Consejo de Seguridad con los derechos humanos, los Tribunales de la UE podrán supervisar las medidas de aplicación de dichas decisiones adoptadas por las instituciones europeas a la luz de los derechos fundamentales reconocidos en su ordenamiento jurídico interno.

Así, teniendo en cuenta las divergencias presentadas en el desarrollo de este trabajo, se refuerza la necesidad de aplicar dicho método, y, además, la necesidad que ese sea comprendido en dos niveles diferentes: procesal y sustantivo.

El punto de vista procesal consiste en el análisis de los mecanismos procesales de defensa de los derechos fundamentales, que tendrían que estar disponibles en el ordenamiento jurídico internacional, en condiciones superiores a las establecidas en el plano interno. El punto de vista sustantivo, a su vez, consiste en análisis de los mecanismos de protección de los derechos fundamentales disponibles en un determinado sistema jurídico, los cuales deberían considerarse suficientes.

Así, es posible considerar que, aunque los mecanismos procesales de protección de derechos fundamentales disponibles en un determinado sistema jurídico se consideren suficientes, otro Tribunal puede reclamarse competente por considerar que, en el plano sustantivo, el nivel de protección de determinados derechos fundamentales no es equivalente.

Así, en el ámbito de la problemática en análisis, es posible concluir que los mecanismos de las Naciones Unidas no garantizan la protección del derecho a la tutela judicial efectiva, como se ha demostrado, por lo tanto, como forma de amenizar los perjuicios que pueden resultar del sistema actual de aplicación de las sanciones y de la protección procesal y recursal insuficiente de este, debe aplicarse el método mencionado, ya que, a partir de él, es posible aplicar las normas internas a fin de garantizar mayor respeto a los derechos fundamentales, y, consecuentemente, mayor protección de las garantías de defensa.

4.3.- Los conflictos internormativos suscitados en la aplicación de las sanciones inteligentes bajo la óptica de la proporcionalidad

En la aplicación de las sanciones inteligentes, en razón de la interacción normativa entre diferentes ordenamientos, es posible la

³⁶ J. SANTOS VARA, "El control judicial...", *Cit.*, p. 103.

incidencia de conflictos internormativos, que tienden a contraponer el derecho a la seguridad y derechos individuales, de los cuales ha resultado tendencia, en razón del refuerzo de las medidas antiterroristas, de prevalencia del primero en detrimento de los segundos, lo que no siempre se hace de conformidad con el principio de proporcionalidad.

En este sentido es necesario considerar que no existen reglas claras para solucionar dichos conflictos³⁷, por el contrario, teniendo en cuenta que la doctrina y las autoridades judiciales han sostenido posiciones divergentes relacionadas con esta cuestión, por lo que es necesario que se establezcan criterios objetivos, a fin de orientar la actuación jurisdiccional en ese contexto, para garantizar una protección más efectiva de los derechos fundamentales.

En lo que se refiere al principio de proporcionalidad, es posible admitir la composición de tres subprincipios: adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

La adecuación consiste en un examen absoluto, que busca establecer relación fáctica entre el medio y el fin, de modo que el primero debe ser apto para la consecución del segundo.

La necesidad presupone un examen esencialmente comparativo, que consiste en elegir, entre dos medios adecuados para promover el resultado, aquel que sea menos nocivo y que tenga mayor efectividad, por lo tanto, el medio es necesario cuando no existe otro igualmente eficaz y capaz de generar limitación menos intensa al derecho fundamental.

El principio de proporcionalidad en sentido estricto, a su vez, representa un criterio formal y de control, que realiza análisis de la naturaleza de los principios frente a las posibilidades jurídicas existentes, permitiendo establecer un procedimiento comparativo entre las ventajas de la realización de un principio en detrimento de la limitación de otro principio, a partir del cual se determina la prevalencia.³⁸

Así, aplicando este principio a la problemática específica de las sanciones inteligentes, es posible extraer el subprincipio de la adecuación del artículo 41 de la Carta de las Naciones Unidas, que prevé la posibilidad de aplicar las medidas restrictivas (medio) para promover los objetivos de seguridad y paz internacionales (fin), que figuran en el artículo 24, 2 de la Carta.

En cuanto al principio de la necesidad, es posible considerar que la propia naturaleza de las sanciones, que son selectivas y limitadas, conduce a mecanismos que importan menores daños posible y

³⁷ Aunque el artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas represente un esfuerzo por establecer un parámetro para resolver los conflictos normativos que pueden surgir en ese contexto, como ya se ha demostrado, aquel puede ser rechazado cuando se trate de normas de derechos humanos, razón por la cual no es posible que se extraigan criterios objetivos de resolución de los conflictos.

³⁸ L. CLÉRICO, Laura. *El examen de proporcionalidad en el Derecho constitucional*. Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires Ed., 2009, p. 165.

resultados más efectivos. En este sentido se convierte el punto 6 de los principios básicos sobre el uso de las sanciones del Consejo³⁹, que prevé que las sanciones deben impactar de la manera más efectiva posible lo que desea alcanzar, así como reducir al máximo posible efectos humanitarios adversos o consecuencias no intencionales para personas no afectadas.

Por último, el principio de proporcionalidad en sentido estricto puede extraerse de la posibilidad de flexibilidad de las medidas restrictivas, que no deben aplicarse de manera genérica y absoluta, teniendo en cuenta las circunstancias y necesidades del caso concreto.⁴⁰

En ese contexto, es posible hablar sobre el caso *Yusuf y Al Barakaat*⁴¹, en el cual éstos tuvieron los bienes congelados y los nombres integrados en listas consolidadas, por lo que recurrieron al Tribunal de Justicia de la Unión Europea solicitando la anulación de las medidas adoptadas, lo cual, sin embargo, consideró que las medidas eran "conformes al principio de la proporcionalidad, que exige que las sanciones no superen los límites de lo que es apropiado y necesario para alcanzar el objetivo perseguido por la normativa comunitaria que las instaure."

La argumentación, sin embargo, a pesar de abarcar los subprincipios de la adecuación y de la necesidad, no extrae juicio de proporcionalidad en sentido estricto, es decir, de la ponderación propiamente dicha, no presentando las razones de prevalencia de un principio (seguridad pública), sobre otros (derecho a la propiedad, derecho a la libertad, derecho a la tutela judicial efectiva).

Sin embargo, a partir de esta y de los demás análisis jurisprudenciales realizados en el desarrollo del trabajo, es posible concluir que los Tribunales han mencionado el principio de la proporcionalidad, sin embargo, no fundamentan bien las causas de invocación y no hablan debidamente sobre los subprincipios cubiertos por aquél, siendo, por lo tanto, el principio de la proporcionalidad, en general, usado de forma genérica y vacía.

Así, para que las decisiones sean más justas y proporcionadas, es necesario que el principio de proporcionalidad se aplique de forma expresa, con mención de todos sus elementos, a fin de establecer parámetros más objetivos y racionales de motivación de las decisiones, que deben contener razones concretas de la prevalencia de determinado principio sobre el otro, teniendo en cuenta las circunstancias de los casos concretos, de modo a exigir una carga argumentativa obligatoria al legislador y al juzgador para demostrar

³⁹ COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION. *Basic Principles on the Use of Restrictive Measures (Sanctions)*, de 07 de junio de 2004. Disponible en: <http://register.consilium.europa.eu/doc/srv?l=EN&f=ST%2010198%202004%20REV%201>. Acceso 05.12.2018.

⁴⁰ R. MOURÃO, "As medidas restritivas aplicadas..." Cit., pp. 1.528-1.529.

⁴¹ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 21 de septiembre de 2005, *Ahmed Ali Yusuf e Outros v. Consejo de la Unión Europea y Otros*, proceso T- 306/2001.

que se trata de una restricción legítima y no de una injusta violación del derecho fundamental, a fin de contribuir así para mitigar los aspectos objeto de divergencias que se instalan en el ámbito de la aplicación de las sanciones inteligentes, de manera a evitar violaciones de los derechos humanos.

5.- CONCLUSIONES

Aunque se ha producido una "evolución" de las Resoluciones del Consejo de Seguridad de la ONU en el marco de las sanciones inteligentes, a partir de la cual, con fundamentos en la protección de los derechos humanos, se han introducido límites a las restricciones promovidas, así como mecanismos administrativos de recurso, con el fin de alargar las garantías procesales y de defensa de los sospechosos, dicha evolución se muestra insuficiente, una que vez que los procesos de aplicación y revisión de las sanciones siguen siendo subjetivos y descentralizados, lo que provoca arbitrariedades y violaciones de los derechos humanos.

En ese contexto, es posible concluir que el derecho a la tutela judicial efectiva no se cumple de manera adecuada por el Consejo de Seguridad en la determinación de las sanciones inteligentes, principalmente en razón del carácter descentralizado de las medidas, lo que refuerza la necesidad de elaboración de un órgano imparcial e independiente a nivel de las Naciones Unidas para examinar las solicitudes de revisión, no es necesario que sea jurisdiccional, sin embargo, es necesario que las decisiones sean obligatorias, lo que no pasa actualmente, una vez que aunque existen mecanismos administrativos de examen de las solicitudes, como el *focal point* y el *Ombudsperson*, estos tienen una actuación muy limitada y sus recomendaciones no son vinculantes.

Como esto no está hecho todavía, es posible que los Tribunales hagan control incidental de la aplicación de las sanciones, con fundamento en el *jus cogens* y en los derechos humanos, del cual puede incidir el rechazo de las medidas restrictivas, lo que, sin embargo, implica la necesidad de cooperación entre los sistemas internacionales y regionales de la ejecución de las sanciones inteligentes y de la defensa de los derechos humanos, para establecer los estándares internacionales de protección de estos y para que sean creados diálogos coherentes en la aplicación de las medidas.

En este sentido, deben aplicarse mecanismos procesales y jurisdiccionales, entre los que se destaca el método *Solange*, que consiste en la posibilidad de rechazar la aplicación de las sanciones en las hipótesis en las que éstas violen normas internas de derechos fundamentales.

Además, debe aplicarse el principio de la proporcionalidad, como mecanismo de racionalización de las decisiones y de motivación de las restricciones realizadas, a fin de garantizar una mayor

efectividad y coherencia en la ejecución de las sanciones inteligentes y en la protección de los derechos procesales y recursales, así como para evitar arbitrariedades, que culminen en violaciones de los derechos humanos, con el fin de promover así el equilibrio entre las medidas contraterrorismo y la protección de estos derechos.

Sin embargo, hay que considerar que la descentralización de las decisiones, que pese a los esfuerzos para mantener la coherencia entre los niveles de protección, puede culminar en la pérdida de la credibilidad de la actuación del Consejo de Seguridad, en la medida en que pone en duda el carácter jurídico de la propia ONU, la obligatoriedad de su ordenamiento y la seguridad jurídica internacional, por lo que se refuerza la necesidad de creación de un mecanismo específico para hacer el control y para analizar los recursos.

6.- BIBLIOGRAFÍA

L. CLÉRICO, Laura. *El examen de proporcionalidad en el Derecho constitucional*. Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires Ed., 2009.

M. CRAVEN, "Humanitarianism and the question for smart sanctions", *European Journal of International Law*, núm. 13, 2002, pp. 43-61.

M. L. DUARTE, "O Tribunal de Justiça da União Europeia e o controlo indireto das decisões do Conselho de Segurança. Sobre critérios relevantes de conciliação prática entre a luta contra o terrorismo internacional e a proteção dos direitos fundamentais", in *THEMIS: Revista da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa*, ano 13, nº. s 24/25, 2013, pp. 49-76.

J. A. FRANCO VALDEZ, "Control de legalidad de los actos del Consejo de Seguridad: ¿existe una vía jurisdiccional?", *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, número 29, 2014, pp. 117-143.

L. I. GORDILLO PÉREZ, "Hacia una progresiva constitucionalización del poder sancionador del Consejo de Seguridad de la ONU", *Estudios Constitucionales*, núm. 10, 2012, pp. 201-244.

L. M. HINOJOSA MARTÍNEZ, "Las sanciones del Consejo de Seguridad contra Al- Qaeda y los talibanes: ¿son realmente inteligentes?", *Revista española de derecho internacional*, núm. 58, 2006, pp. 737-770.

L. M. HINOJOSA MARTÍNEZ; C. PÉREZ BERNÁRDEZ, "El derecho a la tutela judicial efectiva en el Derecho Europeo y las sanciones contra Al Qaeda" *Estudios de Derecho Internacional y Derecho Europeo: en homenaje al profesor Manuel Pérez González*. Vol 2. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012. pp. 1569-1603.

F. JIMÉNEZ GARCIA, "Tutela judicial efectiva, pilares intergubernamentales de la Unión Europea y Naciones Unidas o viceversa. El periplo comunitario marcado por los asuntos Yusuf/Kadi, Ayadi/Hassan, Modjahedines del pueblo de Irán y Segi/gestoras", en *Nuevos desafíos del Derecho Penal Internacional. Terrorismo, crímenes internacionales y derechos fundamentales*, Madrid: Tecnos, 2009, pp. 411-464.

E. LÓPEZ-JACOISTE, "El Tribunal de Justicia de la Unión Europea y la defensa de los derechos fundamentales: algunas reflexiones constitucionales a la luz del caso Kadi". Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2894/32.pdf>. Acceso 14.12.2018.

R. MOURÃO, Rodrigo. "As medidas restritivas aplicadas pela União Europeia no combate ao terrorismo", *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, ano 1, nº. 4, 2015, pp. 1.492- 1.591.

G. OOSTHUZEN "Playing the Devil's Advocate: the United Nations Security Council is unbound by Law", *Leiden Journal of International law*, núm. 12, 1999, p. 549.

K. PARKER, "Jus Cogens: Compelling the Law of Human Rights", *Hastings International and Comparative Law Review*, núm.2, 1989, pp. 441-442.

SANTOS VARA, Juan. "El control judicial de las sanciones contra Al-Qaeda y los talibanes en la Unión Europea: ¿un desafío a los poderes del Consejo de Seguridad?", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, número 32, 2009, pp. 91-120.

A. TINOCO PASTRANA, "La lucha contra el terrorismo en la Unión Europea desde una perspectiva procesal", *Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*, núm. 36, 2016, pp. 439-463.

F. VACAS FERNÁNDEZ, *El terrorismo como crimen internacional: definición, naturaleza y consecuencias jurídicas internacionales para las personas*, Tirant to Blanch, Valencia, 2011, pp. 120.

JURISPRUDENCIAS

Sentencia del Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia, de 14 de julio de 1997, IT-94-I, caso *Tadic*.

Tribunal de Primera Instancia de Bruselas, *Nabil Sayadi y Patricia Vinck v. Estado belga*, proc. no. 1.472 / 2006, la sentencia de 11 de febrero de 2005.

Tribunal de Primera Instancia de la Unión Europea, Yassin Abdullah Kadi v. Consejo de la Unión Europea y otros, asunto T-315/01, de 21 de septiembre de 2005.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Nada v. Suiza, procedimiento nº. 10593/08, de 12 de septiembre de 2012.

Tribunal General de la Unión Europea, Yassin Abdullah Kadi v. Consejo de la Unión Europea y otros, asunto T 85/09, de 30 de septiembre de 2010.

Tribunal Constitucional Alemán *caso Solange I*, proceso BVerfGE 37, 271, de 29 de mayo de 1974.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Bosphorus Airways v. Irlanda* proceso nº. 45036/98, de 30 de Junio de 2005.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 21 de septiembre de 2005, *Ahmed Ali Yusuf e Otros v. Consejo de la Unión Europea y Otros*, proceso T- 306/2001.

OTRAS REFERENCIAS

COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION. *Basic Principles on the Use of Restrictive Measures (Sanctions)*, de 07 de junio de 2004. Disponible en:
<http://register.consilium.europa.eu/doc/srv?l=EN&f=ST%2010198%202004%20REV%201>. Acceso 05.12.2018.

UN SECURITY COUNCIL. *Fourth report of the Ombudsperson to the Security Council*, de 30 de julio de 2012. Disponible en:
<https://www.un.org/sc/suborg/en/ombudsperson/reports>. Acceso 14.11.2018.

UN. *Report of the United Nations High Commissioner for Human Rights on the protection of human rights and fundamental freedoms while countering terrorism*, A/HRC/8/13, 2008. Disponible en:
http://ap.ohchr.org/documents/alldocs.aspx?doc_id=14160. Acceso 10.11.2018.

WATSON INSTITUTE FOR INTERNATIONAL STUDIES. *Report Due Process and targeted sanctions: an update of the "Watson Report"*, diciembre de 2012. Disponible en:
https://openaccess.leidenuniv.nl/bitstream/handle/1887/43690/WatsonReportUpdate12_12.pdf?sequence=1. Acceso 18.11.2018.

TERRORISMO Y DERECHO PENAL
Del derecho penal como instrumento de última ratio al
derecho penal del enemigo

TERRORISM AND CRIMINAL LAW
From a criminal law concept as *extrema ratio* to enemy criminal law

Elisabetta Cutrale*

RESUMEN: La agresión terrorista ha supuesto, a nivel nacional y internacional, el problema de la creación de un sistema penal de reacción a tal fenómeno. Sin embargo, la necesidad de una contestación urgente ha tenido como consecuencia una incertidumbre general que lleva en sí misma el riesgo de la negación del Estado de derecho para adoptar la lógica del derecho penal del enemigo. Este escrito -a través el análisis de la teoría de Gunther Jakobs, teórico del derecho penal del enemigo- describe las repercusiones, parafraseando a Ferrajoli, de una falta de "asimetría entre Estados de derecho y violencia extra legal".

ABSTRACT: *The fear of terrorism has created, at national and international level, a criminal law system to react to this phenomenon. The need for a rapid answer to the problem has led to legal uncertainty that carries with it the risk of the negation of the legal state to adopt the logic of the enemy's criminal law. This writing, through the analysis of the theory by Gunther Jakobs, theorist of the enemy's criminal law, describes which are the negative repercussions of a lack of "asymmetry between legal state and extra legal violence" mentioning Luigi Ferrajoli.*

PALABRAS CLAVE: ciudadano, enemigo, pena, derecho penal, Estado de derecho.

KEYWORDS: *Citizen, enemy, punishment, criminal law, legal state.*

Fecha de recepción: 26/11/2019

Fecha de aceptación: 13/12/2019

doi: <https://doi.org/10.20318/universitas.2020.5139>

* Licenciada en Derecho. Máster en Derechos Humanos y Relaciones Internacionales por SIOI Roma (Sociedad Italiana para las Relaciones Internacionales). E-mail: elisabetta.cut@gmail.com

1.- EL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO

El fenómeno del terrorismo internacional, en particular después del 11 de septiembre 2001 y el 11 de marzo 2004, ha creado inseguridad y una aceleración en las tendencias de la sociedad a enfatizar el riesgo concreto, de forma que el miedo se revierte en exigencias de normas ad hoc por parte del Estado para luchar contra la nueva amenaza criminal.

Esta "cultura de la emergencia"¹ como respuesta al terrorismo internacional ha tenido como consecuencia la limitación del contenido de ciertos derechos fundamentales básicos a través la modificación de las legislaciones penales.

A este respecto, conviene recordar con Wildavsky/Dake que "las catástrofes desbordan los umbrales de percepción del peligro sobre los individuos, y que se imponen a cualquier agregación de peligros menores que pudiera resultar de un monto final mayor de amenaza", es decir, que la fuerza simbólica de las grande catástrofes se convierte en miedo y en necesidad de nuevas normativas específicas².

De esta manera, la idea de defensa ha experimentado un tránsito hacia la de seguridad y propicia la aceptación sin límites de un modelo penal y procesal funcional a la defensa del Estado y la ausencia de principios liberales, que ha llegado a convertir el Derecho penal en "Derecho penal del enemigo", según la tesis propuesta y defendida por Gunther Jakobs.

Así, el terrorista que rechaza el principio de la legitimidad del ordenamiento jurídico y que persigue la destrucción del orden establecido por el mismo, comete un auténtico acto de guerra³, y no le puede ser aplicada la categoría de delito referida a las personas, en cuanto el terrorista no puede participar de los beneficios de los que son ciudadanos. En consecuencia, si no se quiere privar al Derecho penal del ciudadano de sus cualidades vinculadas a la noción de Estado de Derecho, "debería llamarse Derecho penal del enemigo a lo que haya que hacer contra los terroristas si no quiere sucumbir"⁴.

Esta idea no es en absoluto nueva, en cuanto tiene precursores filosóficos, como Rousseau y Fichte, que fundamentan el Estado de modo estricto mediante un contrato. Los que hacen delitos

¹ BERGALLI "Libertad y seguridad: un equilibrio extraviado en la Modernidad tardía", en *el derecho ante la globalización y el terrorismo: "cedant arma toga"*. Actas del Coloquio Internacional Humboldt, Montevideo abril 2003 coord por Losano/Muñoz Conde, Tirant lo Blanch Valencia, 2004, pág. 59-78.

² WILDAVSKY y DAKE, "Theories of Risk Perception: Who Fears what and why?" *Daedalus Vol. 119 (4), 1990*, págs. 41 y ss.

³ LUIGI FERRAJOLI, " Due ordini di politiche e di garanzie in tema di lotta al terrorismo", gli speciali di *Questione Giustizia "Terrorismo internazionale, politiche della sicurezza, diritti fondamentali"*, settembre 2016.

⁴ GUNTHER JAKOBS " ¿Terroristas como personas en Derecho?, *Jakobs/Cancio, Derecho penal del enemigo*, Civetas, 2006, págs. 57 y ss.

infringiendo el contrato, ya no pueden vivir con los demás dentro una relación jurídica.

En particular Rousseau afirma que el culpable debe morir más como un enemigo que como un ciudadano⁵, y igualmente Fichte argumenta que quien abandona el contrato como ciudadano pierde todos sus derechos como miembro de un Estado y en general como ser humano y pasa a un estado de ausencia completa de derechos⁶.

Sin embargo, Jakobs desarrolla este pensamiento de manera diferente, acercándose más a la ideología de Hobbes y Kant, en cuanto no actúa una separación radical entre el ciudadano y su derecho, por un lado, y enemigo, por otro, sino que afirma que un ordenamiento jurídico debe mantener dentro del derecho también al criminal por una doble razón: porque el delincuente tiene derecho a volver a arreglarse con la sociedad -y por ese motivo necesita mantener su status de ciudadano- y porque tiene el deber de reparar el mal hecho a la sociedad.

En este sentido, ya Hobbes⁷ afirmaba que un ciudadano no puede quitarse su status por sí mismo, sino a través un acto de rebelión, como cuando cumple el delito de alta traición, que lo trae al estado de naturaleza. Kant⁸, en su escrito "Sobre la paz eterna" afronta el problema de cuando se puede legítimamente proceder de modo hostil contra un ser humano, considerando que quien no participa del estado comunitario-legal, minando la seguridad, debe irse y se le debe considerar como enemigo. Por tanto, ya Hobbes y Kant conocían y habían teorizado la diferencia entre derecho penal del ciudadano, contra personas que no delinquen de modo persistente, y derecho penal del enemigo contra individuos que cometen sistemáticamente delitos y ponen en peligro la seguridad de la sociedad.

Siguiendo esa idea, Jakobs considera que el Estado moderno debe ver al delincuente como un ciudadano que ha dañado la vigencia de la norma y que es llamado a equilibrar este daño a través la pena, con dos presupuestos: el primero, que la norma determine la configuración de la sociedad, lo que significa que los demás deben adecuar su comportamiento a la norma a través una suficiente seguridad cognitiva, es decir que la norma debe tener el poder de conducir el comportamiento de los ciudadanos; el segundo, concierne a la personalidad del autor del hecho delictivo y su capacidad cognitiva mantenerse de modo contra fáctico.

Por lo tanto, quien se comporta así en el estado de naturaleza no recibirá del Estado un tratamiento como si actuara en el estado civil. Aquel que se comporta de manera permanente por fuera del pacto social no recibirá un tratamiento dentro de él.

⁵ Véase ROUSSEAU, "El contrato social", Lib.II, cap.V.

⁶ Véase FICHTE, "Grundlage des Naturrechts", capítulo 20.

⁷ HOBBS, "El ciudadano", cap.I.

⁸ KANT, "Sobre la paz perpetua".

1.1.- La criminalización del estadio previo

En este sentido, Jakobs confirma la existencia de institutos de derecho penal que permitían la anticipación de la tutela penal en el Estado de derecho. En su trabajo, parte de la base de la inexistencia de un desarrollo dogmático coherente en Alemania que permita enfrentar las tendencias a la criminalización del estadio previo, en cuanto hay una contradicción entre principios generales e institutos de derecho penal como la tentativa de participación. Para el autor, en el contexto del código penal, el concepto de consumación es un concepto apenas formal, es decir que la consumación se orienta a formulación del tipo, no a criterios materiales, y en correspondencia con ello resulta materialmente inseguro determinar en términos generales que es el estadio previo.

Sin embargo, más allá de las consideraciones de tipo dogmático, aquello que a juicio de Jakobs permite una anticipación de punibilidad es una concepción errada del principio de la protección de los bienes jurídicos, entendido como protección de la integridad social y preservación a ultranza de los bienes jurídicos. La consecuencia es que la intervención penal se hace extrema y el delincuente deja de ser concebido como sujeto portador de una esfera de derechos que deben permanecer protegidos frente a la acción penal. Consecuentemente el sujeto activo de la conducta puede ser definido tan solo por el hecho de que puede constituir un peligro para el bien jurídico, convirtiéndose en un enemigo del bien jurídico y perdiendo su libertad, derechos y garantías. La persona es juzgada en virtud de su peligrosidad y no por aquello que efectivamente ha cometido, la amenaza es el criterio penal para la intervención penal, desestructurándose así incluso la relación entre los propios ciudadanos⁹.

Si no existiera una diferenciación entre derecho penal del ciudadano y del enemigo, el ciudadano vería amenazada su esfera de derechos por la anticipación del estadio previo, violando el principio "*cogitationis poenam nemo patitur*"; en particular, una intromisión del Estado en la esfera privada contribuye o sirve seguramente a la protección de bienes jurídicos, pero por esta protección el autor tiene que ceder una parte de su esfera interna, de su libertad, que no puede pertenecer al derecho penal del ciudadano, sino del enemigo.

Es decir, la realización del principio de libertad se sitúa en el centro de la tensión entre derecho penal del enemigo y del ciudadano, donde el ciudadano es un sujeto cuya órbita privada no puede ser invalidada, mientras que el enemigo es un sujeto que pone en peligro los bienes jurídicos.

⁹ GUNTHER JAKOBS, Fundamentos de derechos penal "*Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico*". Trad. de Enrique Peñaranda, Buenos Aires, 1996, pag. 182.

Para concluir se puede decir que el delincuente de carácter cotidiano no debe ser tratado como un individuo peligroso, sino como una persona que ha actuado erróneamente. Por el contrario, un delincuente que está imbricado en una organización criminal, que rechaza los principios del orden jurídico y quiere destruirlo, necesita de un tratamiento penal diferenciado, en cuanto se correría el riesgo de privar al derecho penal del ciudadano de sus calidades vinculadas a la noción de estado de derecho para luchar contra enemigos que ponen en peligro constante el Estado¹⁰.

En otras palabras, la idea de Jakobs legitima la creación de un derecho penal y procesal desformalizado y despojado de garantías y principios, en el que rige, no la evitación de resultados lesivos, sino la persecución de la condición de autor, de la maldad y de los enemigos del ordenamiento jurídico, justificando de esa manera la renovación de la tortura como mecanismo de control y sometimiento; en definitiva, un derecho penal para la lucha contra el terrorismo que comporta la pérdida de eficacia de los principios que dominaron el panorama político – criminal y dogmático del siglo XX en Europa¹¹.

Así, en numerosos Estados se crean tribunales especiales para el enjuiciamiento de los delitos de terrorismo y criminalidad organizada, se prolongan los tiempos de detención policial, se limita la elección de asistencia letrada, se limita el alcance de las comunicaciones del detenido o se amplían las competencias policiales en la práctica de ciertas diligencias de investigación; por lo tanto, se minimizan las garantías procesales derivadas de los derechos fundamentales a la libertad y a la tutela judicial efectiva.¹²

¹⁰ MARCO PELISSERO "Contrasto al terrorismo internazionale e il diritto penale al limite", gli speciali di Questioni Giustizia "Terrorismo internazionale Politiche della Sicurezza Diritti Fondamentali", settembre 2016.

¹¹ HÉCTOR OLASOLO ALONSO, ANA ISABEL PÉREZ CEPEDA "Terrorismo internacional y conflicto armado", Tirant lo Blanch "colección los delitos", Valencia 2008. Prefacio páginas 19 a 23.

¹² A este respecto, un ejemplo significativo es la USA Patriot Act del 26 de octubre 2001 que fortaleció los poderes de la policía sobre la sociedad civil, autorizando toda la delegación facultada a entrar o secretamente en cualquier casa negocio, recoger elementos de prueba para utilizarlos para ejercitar la acción penal; cualquier agente puede controlar el tráfico de internet y los correos electrónicos, así como interceptar los teléfonos celulares de millones de sospechosos; cualquier agencia de policía federal puede invadir locales comerciales y confiscar todos los registros sobre la base de que ese procedimiento está conectado con una investigación sobre el terrorismo; se pueden detener personas sin comunicarles los cargos, ni designarles abogado, sin límites temporales, etc. Además el presidente Bush el 13 noviembre del 2001 emitió la "Military Order" que autoriza el gobierno de los Estados Unidos a arrestar a los no-ciudadanos sospechosos de ser terroristas y procesarlos en un tribunal militar. Los juicios son secretos y los fiscales no están obligados a presentar pruebas si esto es "en pos de los intereses de la seguridad nacional". Otro paradigma es la negación de estatuto jurídico a los prisioneros recluidos en Guantánamo, en cuanto se les considera como combatientes ilegales de manera que ni se les aplica la legislación procesal ordinaria de los Estados Unidos, ni la normativa de los Convenios de Ginebra 1949, para prisioneros de guerra. En consecuencia, ni se les reconoce ninguna garantía constitucional, ni tan siquiera el

Como ha subrayado Brandariz García, “el riesgo de amenaza, generalmente en forma de enemigo, es presentado, y vivido como un emergencia, como un peligro el que hay que responder de forma urgente y excepcional”¹³.

Sin embargo, esa excepcionalidad se convierte en normalización, en cuanto el concepto de excepcionalidad se une a la idea de transitoriedad y limitación en el tiempo, mientras que en la actualidad las normas que limitan los derechos fundamentales para luchar contra al terrorismo acaban convirtiéndose en la forma de tratamiento general y normalizada.

Se cae así en el peligroso error de pensar que, a través la democracia y los pilares del Estado de derecho y el derecho penal del ciudadano, no es posible luchar contra al terrorismo, olvidando que en un Estado democrático la seguridad de los ciudadanos no puede entenderse nunca como legítima si se realiza a costa de la libertad o de los derechos humanos básicos de algunos de ellos, como la ideología, las creencias religiosas o la nacionalidad.

Esta crisis de las democracias tiene diferentes consecuencias como el antagonismo entre los débiles; incomunicación entre diferentes sectores sociales; potenciar el miedo, las desconfianza y los prejuicios; devaluar los discursos de respeto a la dignidad y a la vida; dificultar la alternativa de solucionar realmente los conflictos; desacreditar los discursos limitadores de violencia; habilitar violencia para acabar con la violencia¹⁴.

2.- LA TEORÍA DEL FINALISMO

A este respecto y antes de profundizar en el concepto de derecho penal del enemigo, es interesante considerar “la expansión”¹⁵ del derecho penal de los últimos años para comprender el desarrollo del derecho penal del enemigo y también la teoría del finalismo como método sintético real-normativo para construir la responsabilidad penal.

Por un lado, conviene subrayar que las actividades legislativas en materia penal desarrolladas por los países occidentales se han basado en la promulgación de un conjunto de normas penales que anticipan la criminalización de un determinado comportamiento para

derecho a plantear un recurso antes los tribunales ordinarios norteamericanos, por que serán juzgados por una comisión militar, y se utilizan métodos de persuasión como la tortura.

¹³ BRANDARIZ GARCÍA, “Itinerarios de evolución del sistema penal como mecanismo de control social en las sociedades contemporáneas”, en *Nuevos retos del Derecho penal de la globalización (dir. Faraldo Cabana)*, Valencia, 2004, p. 59.

¹⁴ ZAFFARONI, PLAGIA y SLOKAR, “*Derecho penal. Parte general*” EDIAR, Buenos Aires, 2000, pág.17.

¹⁵ Un término utilizado por Silvia Sánchez en una monografía dedicada a caracterizar en su conjunto la política criminal de las sociedades post-industriales “la expansión del derecho penal. Aspectos de política criminal en la sociedad post-industriales” – primera edición 1999, segunda edición 2001.

garantizar la protección de determinados bienes jurídicos desde el riesgo sufrir una lesión, este fenómeno consta de dos conceptos, el derecho penal simbólico y el resurgir del punitivismo.

El primero comprende aquellos fenómenos de nueva criminalización que tienen solo efectos simbólicos, es decir, el legislador crea sospecha de peligro y a través la ley da la impresión ser atento y decidido, infligiendo una pena para un daño que es más simbólico que real. Un ejemplo esclarecedor al respecto es la criminalización de meros actos de comunicación, como los delitos de instigación al odio racial o los de exaltación o justificación de autores de determinados delitos, o como el caso en España del delito de enaltecimiento del terrorismo¹⁶.

El segundo, por su parte, es la consecuencia de un proceso de criminalización que lleva a la legislación penal el fenómeno tradicional del populismo, asistiéndose a un cambio de actitud de la izquierda-tradicionalmente descriminalizadora- que pide un anticipación de la tutela penal en caso de delitos de discriminación o cuando las víctimas son mujeres maltratadas; por otro lado, también la derecha se afirma como progresista-defensora en materia penal para lograr matices políticos a través la ideología de la "ley y orden".

Los dos fenómenos aquí descritos están estrechamente conectados, en cuanto el derecho penal simbólico no hace referencia a un grupo de infracciones penales bien definido, sino que identifica un especial significado simbólico del proceso mismo de criminalización según la especial importancia otorgada por el legislador. Por tanto, no atañe solo un hecho criminal, sino un tipo de autor para el cual son necesarios los trazos de un punitivismo exacerbado, de forma que el principio de legalidad y el principio del hecho dejan de ser un punto de referencia esencial para la tipificación penal. De la unión de estas dos ideologías surge el derecho penal del enemigo.

Por otro lado, el derecho penal del enemigo esta conectado con el concepto de responsabilidad penal que se basa en el método del finalismo, consistente en la contemplación de la función y de los fines del derecho penal, identificando los fenómenos reales que interesan al derecho penal, analizándolos en su estructuras, con el fin de conocer el fenómeno en su unidad y en su realidad para poder fundirlo con los valores jurídicos correspondientes¹⁷.

Como afirmaba Welzel, el autor más influyente de esa tesis, el respeto de determinadas estructuras fenoménicas de la materia del derecho por el legislador y la congruencia de la regulación jurídica con dichas estructuras lógico-objetivas, constituyen aquellas condiciones de la posibilidad de realización de la función y de los

¹⁶ AMNESTY INTERNATIONAL 2017, "Dangerously disproportionate – the ever-expanding national security state in Europe", pág. 25.

¹⁷ LUIS GRACIA MARTÍN, "El horizonte del finalismo y el derecho penal del enemigo" pag 41 a 86. Tirant lo Blanch 2005.

fines del derecho en general y del derecho en particular, en cuanto una vez que sea formada la sociedad, los seres humanos desarrollan su existencia en relación con dos mundos diferentes-natural y social-no necesariamente incompatibles, y ordenados según normas.

Las leyes del mundo físico natural son de carácter necesario. Por el contrario, las leyes sociales se fijan mediante convenciones entre los hombres y a través de un poder superior imponen deberes para que sean respetadas, permitiendo que los hombres adquieren la condición de personas responsables, dirigiendo sus actividades a una meta, obligándose a nivel ético-social y cumpliendo las obligaciones que han contraído. Por lo tanto el derecho penal, que regula la conducta humana, tiene que atenerse a esa estructura final de la acción humana, definida lógico-objetiva¹⁸, por las cuales se construye una responsabilidad penal finalista que considera la culpabilidad como capacidad individual de autodeterminación conforme al derecho; y donde no hay ninguna separación absoluta entre realidad y la norma¹⁹.

De hecho, para el finalismo la función y los fines del derecho penal son el punto de partida, en cuanto el derecho penal influye en los hombres que realizan determinadas conductas, evitando así consecuencias lesivas.

2.1- El elemento subjetivo

Consecuentemente, puesto que cualquier norma reguladora de conductas humanas tiene como objeto las acciones finales, de aquí resulta que la voluntad (dolo-culpa) de realización tiene que ser ya objeto de la anti-juridicidad y del concepto de injusto, es decir es parte del elemento objetivo; según la dogmática finalista del tipo injusto el elemento subjetivo del hecho punible no es elemento distinto del objeto.

En sentido contrario, la dogmática actual sigue un esquema del hecho punible compartido en 3 elementos tipicidad, anti-juridicidad, culpabilidad donde la acción final contenida en la norma representa el hecho típico, la anti-juridicidad es la acción real que viola la norma penal, y la culpabilidad es el elemento subjetivo.

Según Luís García Martín, defensor de la teoría finalista, la división del tipo en una parte objetiva y en otra subjetiva es solo una exigencia del aspecto analítico del método jurídico de analizar el hecho punible, en cuanto materialmente los dos elementos objetivo y subjetivo se encuentran fundidos en una única unidad, ya que sin considerar el contenido de la voluntad del autor no se puede determinar el tipo objetivo de delito realizado por el autor. Además, para el finalismo la voluntad (dolo) y la finalidad de la acción no son

¹⁸ Véase M. ANGELES RUEDA MARTÍN, "La teoría de la imputación objetiva" p.416.

¹⁹ Véase JAKOBS, "Sociedad, norma y persona en una teoría de derecho penal funcional" trad. de Manuel Cancio Meliá 1^o edición, Madrid 1996.

conceptos coincidentes, en cuanto la finalidad es la voluntad de realización de la acción, mientras el dolo es voluntad de realización del tipo delictivo. Para concluir, el finalismo reconoce dos tipos de voluntades y no niega los tres elementos que componen el hecho punible según la dogmática actual (tipicidad, anti-juridicidad y culpabilidad).

Por otro lado, los juicios de la tipicidad y de lo injusto, aunque tienen en el finalismo un componente normativo, comprenden acciones finales que deben ser valoradas como socialmente inadecuadas.

Para el finalismo lo injusto material que acota los tipos del derecho penal se forma y constituye en virtud y como resultado de diversas ponderaciones normativas relativas a las funciones sociales que desempeñan los bienes jurídicos, en cuanto solo hay bienes jurídicos en la medida en que cumplen una función social y producen efectos en la vida social. En este sentido, toda la vida social consiste en el uso y consumo de bienes jurídicos, pero el derecho puede dispensar protección a los bienes jurídicos únicamente frente a determinadas clases de acciones que pueden producir un daño que sobrepasa la medida, es decir, que afecta de manera grave estos bienes.

Así Jakobs confirma su teoría afirmando que el legislador debe actuar atacando un sujeto peligroso antes de que cometa el hecho, buscando como único interés la pretendida seguridad de los ciudadanos. Así, el derecho penal del enemigo se caracteriza por: 1) una amplia anticipación de la tutela penal en cuanto a la definición de las conductas punibles que llega al punto de castigar en ocasiones conductas de contenido simbólico en lugar de hechos, como delitos de sospecha que se apoyan en estructuras de peligrosidad sin necesidad de exteriorización de una conducta delictiva; 2) el no respeto al principio de proporcionalidad, es decir sancionar de igual modo los actos preparatorios que los consumados; 3) la relajación y supresión de determinadas garantías procesales individuales, como la presunción de inocencia, la reducción de las exigencias de admisibilidad de la prueba, la extensión del alcance de la intervención de las comunicaciones y de la investigación bajo secreto de sumario, la eliminación del principio *nemo tenetur se ipsum accusare*, la ampliación de los plazos de detención oficial con fines supuestamente investigadores²⁰.

Es importante subrayar que cuando se habla de derecho penal del enemigo no se entiende una esfera aislada respecto al derecho penal del ciudadano, en cuanto ambos son solo dos tendencias opuestas, son conceptualmente diferentes, pero hacen parte de un

²⁰ GUNTHER JAKOBS, "La auto comprensión de la ciencia del derecho penal frente a las exigencias de su tiempo". (Comentario) *En la ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio* (coord. Versión española, Muñoz Conde), en Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, págs. 58 y ss.

único contexto jurídico penal, que se superpone. Esa idea es muy clara en el concepto de pena y en particular en la idea de pena estatal para Gunther Jakobs.

3.- EL CONCEPTO DE PENA

Normalmente la pena es coacción, en cuanto respuesta a un hecho cometido por parte de una persona racional que viola la norma y, por tanto, la pena garantiza que esa norma sea aún vigente, prevención general positiva; sin embargo, la pena tiene también el fin de la prevención especial, que evita la comisión de otro hecho delictivo a través la privación preventiva de la libertad, aplicándose así contra el individuo peligroso, como el caso de las medidas de seguridad como la custodia de seguridad, que se aplica por el hecho pasado que todavía debe ser sometido a juicio, pero se dirige al futuro por la tendencia de la persona a cometer hechos delictivos²¹.

3.1.- Primera fase de la teoría de Jakobs

De manera diferente, Jakobs, partiendo de la teorización de la noción de pena, llega a la definición del concepto de derecho penal del enemigo. En particular, en su obra sobre el significado y finalidad de pena estatal toma en consideración la teoría de diferentes filósofos sobre la noción de pena. Realiza una crítica a Hugo Grocio, que por su parte hace referencia a Séneca, Platón y Protágoras afirmando que ningún hombre inteligente castiga porque se ha cometido un infracción (*quia peccatum est*), sino para que no se vuelva a cometer (*ne peccetur*). No dice nada sobre la medida de la pena.

En particular Grocio asevera que no se puede eliminar lo que ha sucedido en el pasado, pero se puede evitar que suceda en el futuro. Por tanto, el fin de la pena no es la venganza, sino la mejora del autor cuando ésta sea posible, llegando si es necesario a la ejecución, así otros no sean inducidos al delito pensando que no sea sancionado. La pena es parte de un orden normativo legitimado en un orden estatal y que se basa sobre el principio que los seres humanos no persiguen exclusivamente su beneficio, en cuanto tienen un instinto de sociabilidad.

Según Jakobs, ni siquiera Hobbes llega a una solución diferente en cuanto que, considerando que el estado de naturaleza y no el estado de derecho ofrece el fundamento y límites de la pena a través reglas de prudencia, tampoco define la medida de la pena. Grocio y Hobbes explican por qué “ne peccetur”, pero no aclaran el “quia peccatum est”. Ambos afirman que se castigue para que no se vuelva a cometer, el fin de la pena es evitar que se cumpla en el futuro un delito.

²¹ GUNTHER JAKOBS y MANUEL CANCIO MELIÁ “Derecho penal del enemigo” segunda edición - Thomson civitas, págs. 23 a 27.

3.1.1.- Kant y Fauerbach

En contra Kant y Fauerbach afirman que el fin de la pena es castigar el hecho delictivo (quia peccatum est). En primer lugar, critican la idea de un desacoplamiento entre la juridicidad que representa el estado de derecho y la prudencia del estado natural, ya que crearía dos problemas fundamentales: 1) sobre la existencia de una pena que se aplica en caso de violación de reglas de prudencia y también por razones jurídicas; 2) y si en el estado de derecho existe una pena que no pueda considerarse prudente.

Kant responde afirmando que la pena aconsejada por la prudencia no puede ser impuesta por razones jurídicas porque sería ilegítimo perseguir una utilidad con la pena sin que jurídicamente se hubiera establecido cual es la pena merecida.

Respecto al segundo problema, contesta positivamente en cuanto una vez que se ha encontrado al delincuente digno de castigo, debe ser castigado sin tomar en consideración ponderaciones de prudencia, porque la ley penal es un imperativo categórico y la pena tiene una finalidad preventiva dirigida al aseguramiento de derechos, y el merecimiento de la misma va asociado a la infracción de la ley.

Por lo tanto, se plantea la cuestión de si la retribución fundamenta el deber de castigar de la sociedad civil o es solo una autorización para el castigo. Consecuentemente, sí se podría entender como admisible una renuncia a la pena o a una parte de la pena siempre que dicha renuncia no conlleve la lesión de los derechos de otros, en especial cuando no conlleve tampoco lesión alguna del principio de igualdad ni peligro para la estabilidad del ordenamiento jurídico, perdonando al delincuente juvenil con medida educativa o al que delinque por primera vez con la suspensión condicionada de la pena.

En Kant, la idea de una vinculación necesaria entre delito y pena no se encuentra aislada, sino conectada al concepto de merecimiento de la felicidad en cuanto las obras buenas merecen premio. De esta forma, por lo tanto, la pena sería impuesta no como consecuencia de todo delito, sino solo de aquellos que se convirtieran en saldo negativo; en esa situación carece de toda plausibilidad la exigencia de proceder categóricamente, más bien parece que no debería imponerse una pena justa que carezca de un motivo útil.

Solo el derecho de retribuir con el mismo mal puede determinar de forma concreta la calidad y cantidad de la pena.

Según Jakobs el límite de la teoría de Kant es el concepto de pena como imperativo categórico, entendido como delito igual a pena, sin tomar en consideración fines e intereses.

El pensamiento kantiano es compartido por Feuebach, que afirma que el derecho trata de la determinación de la libertad, en contraposición a la moral como ámbito de los deberes. Consecuentemente, el reconocimiento de un deber por la razón obliga

a la voluntad a realizar una conducta conforme, en tanto que, a través el sistema de los derechos, el albedrío puede elegir entre fines y acciones contrapuestos.

Partiendo de esta idea, Feuerbach considera que los derechos de una persona son todos los que no afecten a los derechos de otros, es decir a su libertad, que en el estado de derecho se traduce en la libertad recíproca de todos los ciudadanos. Sin embargo, Feuerbach llega a una conclusión diferente de la de Kant sobre el concepto del fin de la pena, afirmando que cada ofensa contradice la naturaleza y finalidad de la asociación de los ciudadanos y es necesario que quede absolutamente excluida cualquier ofensa dentro del estado. En cuanto este último no puede físicamente encadenar a todos los ciudadanos, tiene lugar el uso de una cadena o coacción psicológica como la amenaza penal con la cual el ciudadano sabe con seguridad que cada infracción tiene como consecuencia un mal mayor.

Desde la idea común de que el fin de la pena es castigar el hecho delictivo, desarrollan una teoría de los fines de la pena diferente, Kant como retributiva y Feuerbach como coacción psicológica, acabando por definir la medida de la pena como la relación entre el daño que sufre la víctima/pena, y no hecho/ pena.

3.1.2.- Hegel

En un sentido diferente, Hegel afirma que el delito actúa contra la estructura social y entonces contra el derecho, que es la libertad entendida como espíritu activo y representado en tres novedades:

1. Derecho abstracto- la persona en derecho en cuanto propietario;
2. Moralidad- la exigencia frente al derecho de tener en cuenta la subjetividad;
3. Eficacia – la generalización de la libertad de los sujetos en instituciones, familia, sociedad civil y estado.

En la primera dimensión del derecho, como abstracto, no se resuelve la cuestión del por qué se elige infligir el dolor y no otras cosas, ni se responde a la cuestión de la medida de la pena, sino que se afirma solo que el delito es vulneración del derecho y la pena salvaguarda la realidad jurídica puesta en peligro por el hecho, confirmando la vigencia de la norma²².

En la dimensión real, el delito es coacción ejercida como violencia por el sujeto libre que lesiona la existencia de la libertad, en cuanto el autor lesiona el principio del respeto frente a las esferas de la libertad ajenas.

En consecuencia, al autor se le suspende total o parcialmente como destinatario y emisor en la comunicación, porque se le ejecuta o se le impide el uso de sus facultades encerrándolo, y, a través del dolor de la pena se le provocan determinadas reacciones individuales

²² GUNTHER JAKOBS, "La Pena Estatal: Significado y Finalidad", trad. de M. Cancio Meliá, B. Feijo Sánchez, Thomson Cuadernos 2006, págs. 129-135.

o psicosociales, es decir, una reducción de la motivación delictiva, un instrumento de dirección o un equivalente del hecho malo.

Hegel desarrolla el concepto de realidad del derecho, que no puede garantizar la libertad e impedir todo el abuso de la libertad, porque supondría una vigilancia de dimensión totalitaria, lo opuesto de la libertad. El estado de libertades debe garantizar y mantener un máximo de juridicidad, en un sistema en el cual el derecho está en vigor también cuando se produce una conducta anti-jurídica.

En este contexto, la finalidad cognitiva de la pena es mantener la vigencia de la norma para garantizar la fidelidad al derecho y la confianza en la norma de la gente fieles, que según la idea de prevención general positiva de Jakobs, no corresponde ni al "punitur, Ne peccetur" o al "punitur, quia peccatum est", siendo correlativa al concepto de prevención general negativa que considera el dolor penal con una finalidad de intimidación de los potenciales autores para garantizar la fidelidad en la norma.

Dicho de otro modo, la pena para mantener confianza en la norma, debe producir miedo o convicción, y solo en ese caso mantendrá esa confianza.

En conclusión, Jakobs, en esta primera fase, criticando a Fauerbach, y recomendando el concepto hegeliano de pena con finalidad cognitiva, afirma que para comprender la medida de la pena es fundamental contestar a la pregunta relativa a cuánto el hecho delictivo perturba la sociedad, subrayando la importancia del reporte entre hecho/ pena y no daño / pena.

Para evaluar este peso social es decisivo considerar 3 aspectos: 1) peso de la norma vulnerada y la medida de su vulneración; 2) la situación del aseguramiento cognitivo de la misma; 3) la responsabilidad del autor en relación a la motivación para la comisión del hecho, si es posible reconocer una exoneración parcial de la pena.

Sin embargo, la cuestión de la medida de la pena presenta mayor dificultad respecto de la prevención especial, el mejoramiento del autor mediante educación.

En ese caso, hay que distinguir entre un ser humano que, a través la educación, en el futuro pueda llevar una vida sin delinquir o en su lugar, un peligroso autor con tendencia a cometer hechos delictivos.

Como se infiere de la ley de tribunales de menores, para los delincuentes jóvenes corresponde dar prioridad al fin educativo.

A diferencia de la prevención general positiva, en la que se exige la reparación del autor para el hecho cometido y la medida es igual a hecho y pena; en el ámbito de la prevención especial mediante educación la medida de la pena debe ser adecuada a la culpabilidad.

3.2.- Segunda fase de la teoría de Jakobs

En este sentido, Jakobs desarrolla una posterior teoría de la pena partiendo de una concepción psicológica de la misma como prevención general positiva, identificándola antes como el ejercicio en la fidelidad al derecho, actuar respetando el derecho, pero dando relevancia al aspecto más individual y psicológico y después como confirmación de la identidad y estabilidad de la sociedad, en cuanto la pena se debe entender como marginación del hecho delictivo y garantía de que la estabilidad normativa de la sociedad permanezca inalterada.

En esta segunda fase del pensamiento de Jakobs se puede considerar la pena como compuesta de dos funciones -abierta y latente-, y que la pena, en virtud de cada función, se dirige a un destinatario diferente. La abierta es confirmadora de la vigencia de la norma y se dirige a los participantes en la comunicación; la latente se dirige a delincuentes reales (prevención especial), a delincuentes potenciales (prevención general negativa) y a la fidelidad interna de los individuos (prevención general positiva)²³.

En particular, se desarrolla el concepto de expectativas normativas, como elementos estructurales del sistema y con perspectiva de tener un determinado comportamiento más o menos estable. Por tanto, si una persona defrauda estas expectativas, infringiendo normas, la norma no se ve modificada solo porque existan defraudaciones, sino reacciona con una sanción; en consecuencia, en caso de defraudación, no hay que modificar la visión que se tiene del mundo, sino que las personas pueden tener una confianza firme en las mismas normas.

La pena, por tanto, se mueve en un plano simbólico o comunicativo y no puramente instrumental de protección de bienes jurídicos, en cuanto dirigida al restablecimiento y mantenimiento de la norma; el hecho delictivo es la negación de la estructura de la sociedad, la pena la marginalización de esa negación, y por tanto confirmación de la estructura, que se dirige a personas, a participantes en comunicación. La pena no debe ser entendida en el plano natural, como un mal que sucede a otro mal, sino comunicativamente, como restablecimiento de la validez de la norma.

Sin embargo, Jakobs en la última fase de su pensamiento subraya que básicamente la pena está orientada a la condena del hecho delictivo, en cuanto esa retribución tiene un significado positivo para la sociedad de cara al futuro para orientar las conductas, evolucionando así su pensamiento desde la teoría radicalmente

²³ GUNTER JAKOBS, "La Pena Estatal: Significado y Finalidad", Thomson Cuadernos 2006, págs. 33 -53.

preventiva hacia una teoría retributiva y funcional de la pena²⁴, compartiendo la idea de Kant sobre el fin de la pena.

En la subsiguiente evolución de su teoría, Gunther Jakobs dedica su atención a los efectos preventivo especial y general negativo, en particular intenta explicar la necesidad del dolor penal y también la problemática del sujeto peligroso imputable desde la perspectiva del llamado derecho penal del enemigo.

Respecto al primer argumento, Jakobs afirma que el dolor penal, consiguiente a la pena, se determina en función de la intensidad de afectación que sea necesaria en el autor -pago y compensación- y por tanto se inflige un daño ya que solo así la empresa delictiva será considerada como fracasada. Ese concepto de pena excluye sanciones en clave preventiva general positiva para mejorar la vigencia de la norma y en clave preventiva general negativa sobre peligro futuro de comisión del hecho delictivo.

Por lo que concierne el segundo argumento, se toman en consideración determinados infractores que se apartan permanentemente del cumplimiento de la norma, y que están en conflicto con el Estado de derecho, los cuales perdiendo las garantías de ciudadanos, como ya se ha dicho, estarán sometidos al derecho penal del enemigo.²⁵

Resumiendo, la pena teorizada en el contexto del derecho penal del enemigo según Jakobs tenía una finalidad preventiva para asegurar la vigencia de la norma y la medida de la pena era la repercusión negativa del hecho en la sociedad (violación de la norma / pena); en la segunda fase de su pensamiento se reconoce una finalidad retributiva de la misma para punir el hecho delictivo, considerando la medida en el binomio hecho/ pena.

La finalidad preventiva miraba solo al dato normativo, la violación de la norma tenía como consecuencia la pena sin considerar el elemento material del hecho en si mismo y excluyendo cualquiera consideración de la voluntad (dolo – culpa) del reo. Sucesivamente, Jakobs supera esta posición extrema y da valor al hecho como fin de la pena en clave retributiva aunque no dé importancia al elemento subjetivo.

4.- CRITICA A LA TEORÍA DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO

Según Jakobs, el derecho penal del enemigo contenido en las legislaciones actuales es la consecuencia de la evolución del sistema jurídico – penal, es decir, no es el retorno a una política criminal autoritaria, sino una fase evolutiva nueva del mismo sistema, en

²⁴ GUNTHER JAKOBS, "La pena Estatal: significado y finalidad", traducción de Manuel Cancio Meliá, Bernardo Feijoo Sánchez, Thomson – civitas 2006, págs. 28 a 38.

²⁵ GUNTHER JAKOBS – MANUEL CANCIO MELIÁ "Derecho penal del enemigo" segunda edición - Thomson civitas. Pág. 119.

cuanto el derecho penal moderno se ocupa de sujetos culpables que ponen en cuestión las características de la configuración de la sociedad, entendidos como ciudadanos equivocados, fuera de esta área, cuyos ataques de sujetos culpable no son delitos, sino actos de guerra que son sometidos a un derecho penal diferente.

La paz es la condición fáctica para el funcionamiento del derecho, donde hay guerra no hay Estado ni derecho, en cuanto la guerra no se puede considerar en un contexto jurídico.

Sin embargo, no faltan las críticas a esta teoría, el derecho penal del enemigo recuerda mucho el derecho penal de autor que propugnaron los nazis, según el cual lo relevante no era el hecho delictivo cometido, sino la inclinación al delito y la peligrosidad criminal del autor.²⁶

Siguiendo esta idea, se afirmaba la existencia de dos derechos penales para diferentes seres humanos "personas" y "no personas", que durante el nacionalsocialismo eran diferenciadas para un dato biológico: la pertenencia o no a la raza aria como raza pura frente a otras razas que eran inferiores. La culminación de esta biopolítica fue el "campo de concentración", al que se destinaban los "impuros". Éstos, desde el punto de vista jurídico, por su consideración como "no persona", como no ciudadano, eran carentes, por lo tanto, de unos mínimos derechos²⁷.

El filósofo italiano Giorgio Agamben, comentando la tesis de Carl Schmitt sobre la distinción amigo-enemigo y el concepto de estado de excepción, analiza el campo de concentración como paradigma biopolítico de lo moderno, afirmando que "unas de las características de los regímenes nazi y fascistas fue la separación del hombre como simple "vida desnuda", pura cosa viva sin derecho, y el hombre como ciudadano, como ser político y titular de derechos, según un criterio biopolítico, determinado por la sangre y la herencia genética."²⁸

²⁶ Jakobs afirma "El enemigo es un individuo que, no solo de manera incidental, en su comportamiento, o en su ocupación profesional, o principalmente a través de una organización, es decir, en cualquier caso, de una forma presuntamente duradera, ha abandonado el derecho y, por lo tanto, no garantiza el mínimo cognitivo de seguridad del comportamiento personal y demuestra este déficit a través de su comportamiento".

GUNTHER JAKOBS, "La ciencia penal ante los retos del futuro", en Eser/Hassemer/Burkhardt, *La ciencia del derecho penal ante el cambio de milenio*, trad. De Teresa Manso, cit., pág. 59.

²⁷ El famoso penalista alemán Mezger, en los informes que redactó en 1943 para el régimen nacionalsocialista acerca de un proyecto de ley sobre el tratamiento de "Extraños a la Comunidad", decía que "en el futuro habrá dos derechos penales: 1) un derecho penal para la generalidad y otro para grupos especiales de determinadas personas." Véase texto de MUÑOZ CONDE "Edmund Mezger y el derecho penal de su tiempo", cit., pág. 236.

²⁸ GIORGIO AGAMBEN, "Homo sacer. El poder soberano y la vida desnuda" Cit., págs.147 y ss.

Se trataba de un régimen totalitario, en el que se daba por sentado que existiera un derecho penal de este tipo para los “enemigos” y los “extraños a la comunidad”. Pero una distinción similar es más difícilmente asumible en el Estado de Derecho, que, por definición, no admite que se pueda distinguir entre “ciudadanos” y “enemigos”, en cuanto los derechos y garantías fundamentales propias del Estado de Derecho, sobre todo las de carácter penal material y procesal son presupuestos irrenunciables de la propia esencia del Estado de derecho. Si se admite su derogación, aunque sea un casos puntuales extremos y muy graves, se tiene que admitir también el desmantelamiento del Estado de Derecho, cuyo ordenamiento jurídico se convierte en un ordenamiento puramente tecnocrático o funcional, sin ninguna referencia a un sistema de valores, o, lo que es peor, referido a cualquier sistema, aunque sea injusto, siempre que sus valedores tengan el poder o la fuerza suficiente para imponerlo. El derecho así entendido se convierte en un puro derecho del estado, en el que los derechos se someten a los intereses que en cada momento determine el Estado o las fuerzas que controlen o monopolicen su poder.

Se tendrá una fundamentación del derecho penal del enemigo funcional al sistema democrático, aunque muchos preceptos no tengan nada de democráticos. En definitiva, la razón de Estado, que es lo que monopoliza el poder punitivo, o la funcionalidad de su sistema, independientemente de que sea democrático o autoritario, se convierte en el único fundamento del derecho penal.

5.- CONCLUSIÓN

Por lo tanto, el problema que debería plantearse el jurista con conciencia es la compatibilidad de los preceptos del derecho penal del enemigo con el Estado de Derecho. Se trata de ver hasta qué punto son legítimos, es decir, si están o no en consonancia con los principios del estado de derecho y respetan los derechos fundamentales reconocidos constitucionalmente o los derechos humanos de carácter internacional. Y efectivamente, muchas veces los tribunales constitucionales, han declarado la in-constitucionalidad de estos preceptos o han anulado condenas que se habían basado en los mismos²⁹.

²⁹ El Tribunal Europeo de derechos humanos ha manifestado repetidas veces que la ley española de enjuiciamiento criminal es insuficiente porque no respeta los principios de proporcionalidad (casos “Valenzuela” Y “Prado Bugallo”).

Por su parte el Tribunal Constitucional Federal Alemán, en una sentencia del 3 marzo 2004, ha declarado inconstitucional la regulación que en 1999 había introducido el legislador alemán en la ordenanza procesal penal, por la que se permitían graves intromisiones empleando como medios de prueba grabaciones de conversaciones en el ámbito de la intimidad más estricto, por no cumplir determinadas garantías- requisitos derivadas de los principios de legalidad y de proporcionalidad. Y el 16 de diciembre de 2004, la Cámara de los Loes inglesa ha

Como ya se ha considerado por influyente doctrina, Jakobs no especifica tres cuestiones importantes de su teoría, es decir, quienes son los enemigos, la compatibilidad de su pensamiento con el estado de derecho³⁰ y como el ciudadano se convierte en enemigo. La tesis sobre el derecho penal del enemigo es ambigua y se limita a constatar una realidad, aludiendo a la necesidad de una "seguridad cognitiva" como fundamento de su existencia, que el describe como aspiración fundamental del derecho penal del enemigo y también como aspiración de cualquier sistema jurídico.

Pero una seguridad cognitiva total nunca puede ser garantizada por ningún sistema, sino que podrá haber niveles mayores o menores de seguridad, que plantean el problema de la compatibilidad de ellos con los derechos fundamentales. Por lo tanto, el equilibrio entre los dos polos del derecho penal (enemigo – ciudadano) es difícil.

Según algunos autores, se trata de una ambigüedad ligada a un lenguaje críptico e impenetrable, que se centraliza sobre la certeza cognitiva, sin la cual no sería aplicable el derecho penal del enemigo, en cuanto el enemigo tiene una especie de personalidad potencial y no se comporta como persona en el derecho; es decir, la certeza cognitiva que pueden prestar ciertos individuos se mide en función de su capacidad para generar una forma de violencia diferente, que amenaza las instituciones estatales, como el caso de la violencia terrorista.

Se trata de una tesis muy peligrosa sobre todo hoy por las tendencias radicales de derecha en Europa, con el problema del multiculturalismo, en cuanto puede desarrollarse un derecho penal

sentenciado que la ley anti-terrorista inglesa del 2001 patrocinada por el gobierno Blair, que permitía la detención gubernativa sin límite temporal de extranjeros sospechosos de terrorismo (una especie de Guantánamo británico) infringe entre otros derechos de la Convención Europea, el derecho a la igualdad jurídica entre extranjeros y ciudadanos, el debido proceso y el de protección judicial efectiva.

Dentro de la polémica de si admitir en el ordenamiento jurídico la exclusión de los derechos que reconocen por la constitución y textos jurídicos fundamentales a determinados sujetos que se consideran como "enemigos", parece interesante considerar las decisiones de la Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica en relación con la situación jurídica de los presos afganos en la base militar norteamericana de Guantánamo, Cuba, casos "Rasul", "Padilla", "Hamdi". El problema que se había planteado era si los presos tenían el derecho de solicitar un recurso contra su detención ante un juez norteamericano, según la norma del "habeas corpus que crearía jurisdicción de los tribunales federales en los supuestos de demandas realizadas por un ciudadano americano detenido en la Base. Para un juez, el mismo argumento que se había utilizado para admitir el recurso de uno de los presos -que era estadounidense- se podía utilizar para rechazar los otros recursos que no eran presentados por ciudadanos estadounidenses. Sin embargo, la opinión que prevaleció, afirmaba que los extranjeros detenidos en la Base tienen los mismos derechos al recurso de los americanos, en cuanto la norma no hace una diferenciación entre detenidos.

³⁰ FRANCISCO MUÑOZ CONDE, "De nuevo sobre el derecho penal del enemigo", *"algunas consideraciones sobre el derecho penal del enemigo"*. editorial Hammurabi s.r.l, 2005, pág. 70.

racista y articulado sobre la persecución a sujetos excluidos en sociedades.

Si Jakobs tiene el mérito de haber manifestado la existencia del derecho penal del enemigo, también en los ordenamientos jurídicos de los Estados de derecho, en todo caso no se puede compartir su idea sobre la tarea del jurista como simple mensajero que se limita a transmitir malas noticias y no analiza críticamente su compatibilidad con determinados principios.

La tarea del jurista, del político y del intelectual en el estado de derecho es la definición de los derechos fundamentales que no puedan ser vulnerados en ningún caso y bajo ninguna circunstancia, aunque siempre habrá quienes les nieguen valores limitantes³¹. Sin embargo tanto a nivel nacional, con las constituciones, como a nivel internacional, con declaraciones vinculantes para los estados en pro del reconocimiento de un catálogo mínimo de derechos para todos los seres humanos, y la creación de la Corte Penal Internacional para sancionar los abusos más graves contra esos derechos, se ha desarrollado un sistema de controles y filtros contra cualquier uso abusivo del derecho penal³².

³¹ BORTOLI, "Legislazione e prassi in tema di contrasto al terrorismo internazionale: un paradigma emergenziale?", *Diritto Penale Contemporaneo*, núm. 3, 2017.

³² Como decía Giorgio Agamben sobre el campo de concentración "sería más honesto y útil, indagar atentamente acerca de los procedimientos jurídicos y dispositivos políticos que hicieron posible llegar a privar tan completamente de su derechos a unos seres humanos hasta el punto de que el realizar cualquier tipo de acción contra ellos no se considerara ya como un delito". AGAMBEN, "*Homo sacer. El poder soberano y la vida desnuda*", cit., págs. 217 y ss.