

ANTÔNIO AUGUSTO CANÇADO TRINDADE
CÉSAR BARROS LEAL

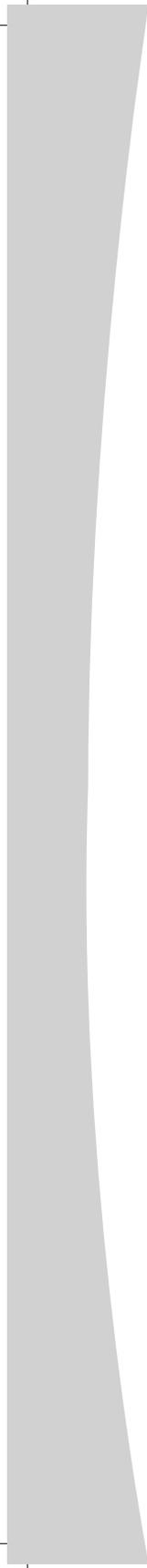
Coordinadores

EL PRINCIPIO DE HUMANIDAD Y LA SALVAGUARDIA DE LA PERSONA HUMANA

V

Curso Brasileño
Interdisciplinario en
Derechos Humanos





Antônio Augusto Cançado Trindade y César Barros Leal
Coordinadores

**EL PRINCIPIO DE HUMANIDAD
Y LA SALVAGUARDIA DE LA
PERSONA HUMANA**

Fortaleza
2016

Catálogo na Publicação

Bibliotecária: Perpétua Socorro Tavares Guimarães C.R.B. 3 801/98

El principio de humanidad y la salvaguardia de la persona humana /
Coordenação de Antônio Augusto Cançado Trindade e César Barros
Leal.- Fortaleza: Expressão Gráfica e Editora, 2016.

220 p.

ISBN: 978-85-420-0881-4

1. Direitos Humanos 2. Princípios humanos I. Trindade, Antônio Augusto
Cançado II. Leal, César Barros. III. Título

CDD: 341

Sumario

PRÓLOGO	5
DEL HUMANISMO A LA HUMANIDAD (APORTACIONES ÉTICAS PARA UNA PRÁCTICA CLÍNICA DE DIMENSIÓN HUMANA) Boxó Cifuentes JR y Ruiz Silicia	7
LA JUSTICIA RESTAURATIVA EN PRISIÓN Y EL PRINCIPIO DE HUMANIDAD César Barros Leal	17
LA HUMANIDAD DE LAS PENAS EN LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES FUNDAMENTALES DE PERFECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Dager Aguilar Avilés.....	31
EL PRINCIPIO DE HUMANIDAD EN DERECHO PENAL J. L. de la Cuesta Arzamendi.....	41
EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO COMO INSTRUMENTO DE PAZ José Luis Rodríguezvillasante y Prieto	65
PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES EN LA DETERMINACIÓN LEGAL DE LOS MARCOS PENALES M ^a Inmaculada Ramos Tapia y Jan Woischnik	95
BECCARIA Y EL PRINCIPIO DE HUMANIDAD Mario Pisani.....	111
EL PRINCIPIO DE HUMANIDAD Y LA SALVAGUARDA DE LA PERSONA HUMANA: OBSERVACIÓN A PROPÓSITO DEL DERECHO AL TRABAJO EN EL MARCO DEL SISTEMA PENITENCIARIO URUGUAYO Martín Quiró Saldaña y Juanita Maritán Méndez	119
HUMANIDAD Y DERECHOS HUMANOS Pablo Lucas Verdú	139

PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO	
Patricia López Díaz.....	161
ÉTICA Y ESTRATEGIA EN UN MARCO TEÓRICO REFERENCIAL DE LA ÉTICA DE NEGOCIOS	
Roberto Patrus Mundim Pena	175
<i>HUMANITAS EN EL DERECHO PENAL</i>	
Eugenio Raúl Zaffaroni	203

PRÓLOGO

Desde 2012 el Instituto Brasileño de Derechos Humanos y el Instituto Interamericano de Derechos Humanos (a través de su Oficina Regional en Montevideo) realizan en Fortaleza, Ceará, Brasil, la más importante actividad académica en el ámbito de los derechos humanos en América del Sur, a saber: los cursos brasileños interdisciplinarios en derechos humanos, de dos semanas de duración, con docentes brasileños y extranjeros y cerca de cien alumnos y cincuenta observadores, de diversos estados de Brasil y del exterior.

Anualmente se elige una temática central que orienta las conferencias magistrales, las ponencias, los paneles, los talleres temáticos y el estudio de caso que integran la agenda de cada uno de los eventos. Si en 2015 se eligió el *Respeto a la Dignidad de la Persona Humana*, en 2016 el V Curso versará sobre el *Principio de Humanidad y la Salvaguardia de la Persona Humana*. Al igual que el año pasado, estamos entregando al lector una colección sobre el tema propuesto, en cinco lenguas (portugués, español, francés, inglés e italiano), reuniendo artículos de especialistas de distintas nacionalidades, invitados a participar en este que es uno de los más osados proyectos culturales desarrollados por ambos institutos.

Los textos que componen los cinco libros evidencian el alcance del principio de humanidad, aclamado por la Declaración Universal de los Derechos Humanos, y su empleo en sede de derecho internacional humanitario, derecho internacional de los refugiados, derecho internacional de los derechos humanos, derecho penal, ejecución de las penas, victimología, política criminal, justicia restaurativa, mediación, tráfico de personas a efectos de explotación sexual, conflictos interculturales, armas químicas, Estado Democrático de Derecho, entre otros, que muestran la pertinencia, el significado y el carácter universal de este principio tan antiguo como la propia Humanidad, y que no sólo constituye una pilastra de numerosas ramas del conocimiento, jurídico o no, fortaleciendo el sentido del humanismo y de la Justicia, sino que también se asocia a otros valores y principios, como el de la dignidad, la tolerancia, la ética y la cooperación mutua, para realzar que, por encima de todo, se debe perseguir el respeto a la persona humana, alfa y omega de nuestra búsqueda continua por un mundo más justo y ecuánime.

En múltiples sentencias y votos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (objeto de examen en los mencionados cursos,

incluso con simulación de casos llevados a su consideración) ha destacado la relevancia y la amplitud del principio de humanidad, el cual preside nuestras acciones y cuya invocación es fundamental, sea en la interpretación de las normas, en la resolución de litigios, sea en el ejercicio de reflexión sobre la vida, la salud, la libertad, la igualdad, la no-discriminación, en el marco del vasto territorio de las relaciones humanas, de las divergencias interpersonales e intergrupales, siempre observando los límites y las condiciones de aplicación del derecho, impuestos por la observancia prioritaria del hombre, visto en su esencialidad, independientemente de color, raza, origen, religión u orientación sexual.

La elección del principio de humanidad como temática central del V Curso se dio por la constatación de que han sido escasos los análisis sobre su concepto y alcance, máxime en el continente latinoamericano, no obstante sea visto por muchos como un meta-principio, de referencia oportuna en la defensa de la solidaridad humana y la colaboración entre los Estados y sus pueblos y en el enfrentamiento de toda especie de tortura o tratamiento cruel, inhumano o degradante.

El lector, ante el mosaico de textos que tratan del principio de humanidad desde las más diferentes perspectivas, por cierto se sentirá estimulado a revisitarlo en los textos legales, en la doctrina y la jurisprudencia, alargando el interés por su investigación y su utilización en los dominios del derecho y en otros campos del saber humano, lo que será reforzado en las ponencias del V Curso Brasileño Interdisciplinario en Derechos Humanos.

En un mundo profundamente marcado por la exclusión, la injusticia y el menoscabo a los derechos humanos, el principio de humanidad se erige en toda la potencialidad de su simbolismo para desafiar a las generaciones del presente y del futuro, a quienes cabe el compromiso y la responsabilidad de aplicarlo dondequiera, en todas las circunstancias, porque, al fin y al cabo, a tenor de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, “el desconocimiento y el menosprecio de los derechos humanos han originado actos de barbarie ultrajantes para la conciencia de la humanidad; y se ha proclamado, como la aspiración más elevada del hombre el advenimiento de un mundo en que los seres humanos, liberados del terror y de la miseria, disfruten de la libertad de palabra y de la libertad de creencias.”

Antônio Augusto Cançado Trindade y César Barros Leal
La Haya/Fortaleza, 14 de julio de 2016

DEL HUMANISMO A LA HUMANIDAD (APORTACIONES ÉTICAS PARA UNA PRÁCTICA CLÍNICA DE DIMENSIÓN HUMANA)

Boxó Cifuentes JR

Médico de Familia, Centro de Salud Puerta Blanca, Unidad Docente de Medicina Familiar y Comunitaria, Unidad de Terapia Familiar, ESM Puerta Blanca, Hospital Universitario Virgen de la Victoria, Málaga.

Ruiz Silicia

Médico Psiquiatra; Equipo Salud Mental del Distrito El Cónsul, Unidad de Terapia Familiar, ESM Puerta Blanca, Hospital Universitario Virgen de la Victoria, Málaga.

El humanismo surge como poderoso motor de cambio en los albores del siglo XV dentro del marco del Renacimiento europeo. Las sociedades occidentales se alejan de la Edad Media para orientar su camino hacia un prometedor futuro de progreso y desarrollo. Para describir sucintamente el corazón que anima el cambio cultural parece de utilidad la afirmación tomada de la teoría del *homo mensura* de Protágoras por la que “*el hombre es la medida de todas las cosas, de las que son en cuanto que son y de las que no son en cuanto que no son*”¹. De ahí que el conocimiento no pudiera ser universal y necesario para cada uno y todos los hombres, sino individualizado en cada uno de ellos sin que pudiera existir una comunidad cognoscitiva absoluta. La libertad para desarrollar el propio mundo en propuestas estéticas e intelectuales supuso el germen de la floreciente actividad artística y creativa en todos los ámbitos de la vida social y cultural. En Alemania esta dimensión humanística se adentrará también en el terreno religioso. Martín Lutero defenderá el *libre examen* de las Escrituras con dos consecuencias radicales: el valor jerárquico supremo de la Biblia que le permitirá ubicarse por encima del Emperador y del Papado en la dieta de Worms, y la libre aproximación al texto que

1 Protágoras. *Fragmentos y testimonios*. Buenos Aires: Aguilar Ediciones, 1973, pp. 74-75.

determinará como necesaria consecuencia la *diversidad exegetica y hermenéutica* que erigirá la conciencia individual también como medida de los asuntos de fe.

EXCESOS DEL RACIONALISMO EMERGENTE

El desarrollo de las corrientes humanísticas será profundamente influido por el racionalismo emergente de modo que la aspiración a un sistema general racional que explique y organice la vida de los hombres va a gravitar decididamente sobre todos los sectores de la investigación humana, incluida la medicina. Se predice el acercamiento a una edad de oro en la cual todo podrá estar controlado, previsto y organizado para el bien de la humanidad. Los avances del racionalismo en muchos terrenos son asombrosos, prestigiando indudablemente sus postulados. Sin embargo, las producciones del hombre conducirán a hacerlo también materia de observación, y, paradójicamente, al desarrollo de propuestas decididamente antihumanistas. Algunas de ellas pesimistas sobre la realidad humana, otras, peligrosas, que se otorgarán el derecho a realizar sus sueños solamente en élites humanas, ya sean raciales, ya culturales. Las consecuencias de unas y otras han sido funestas para inmensas masas de población en todos los lugares del mundo. Pensamos en los exterminios masivos programados con perfecta racionalidad por los totalitarismos, en las tétricas industrias de la muerte a través de armas y drogas, en las explotaciones de mujeres, niños y pobres en toda la faz del globo, en el abandono de enfermos por su pobreza o por su escaso interés de mercado. Estas y otras muchas de las dolencias crónicas de la humanidad cuestionan el ideal humanista basado tan sólo en el cultivo racional. La locura de esta sinrazón ya no podemos seguir contemplándola como desviación o alejamiento del bien, sino como subversión o perversión del imperativo categórico kantiano. Esto quiere decir que la falta de razón no es ausencia de razón sino una forma de comportarse según una regla completamente diferente y que, igual que la razón, puede pretender elevarse a lo universal². Eichmann, plenamente convencido, declaró ante el tribunal de Jerusalén que el principio de su voluntad era tal que podía devenir el principio de las leyes generales³.

2 Quesada Martín J. *La filosofía y el mal*. Madrid: Síntesis, 2004, p. 213.

3 Hannah Arendt. *Eichmann en Jerusalén*. Barcelona: DeBolsillo, 2006, p. 199.

REPERCUSIONES EN LA PRÁCTICA CLÍNICA

En medicina observamos muestras de la influencia del humanismo racionalista en ese tipo de práctica clínica que, fascinada por el indudable atractivo de los procedimientos de diagnóstico y terapéutica, contempla al paciente como elemento necesario de observación y pruebas, pero no se interesa en su valor personal. La medicina moderna que toma su fundamentación del positivismo del s. XIX sintió que no sería científica hasta que no se atuviera de modo riguroso y estricto a los hechos y sólo a los hechos. Así pues la función de un buen médico sería transformar las sensaciones subjetivas del paciente, los síntomas, en signos físicos objetivables y fiables, poniendo entre paréntesis todas las dimensiones de la vida de los pacientes que no tienen relación directa con los hechos, es decir, los valores de las personas. Aún más inquietantes son las manifestaciones antihumanistas en las cuales el paciente es percibido como “enemigo”, confirmando en cierta medida que la identidad de uno se define por enfrentamiento con el otro en un reconocimiento agónico⁴. Estas características de la relación se oponen a un modelo deliberativo ideal donde el médico es un humanista que integra la información y los valores relevantes para realizar una recomendación y, a través del diálogo, intenta persuadir al paciente para que la acepte⁵.

ÉTICA Y BIOÉTICA

El mundo humano es un mundo de significados más allá de la apariencia y, por tanto, de valores. La Ética es la ciencia que se dedica a la realización de los valores. Hay valores que se imponen, que se intuyen, que son en sí mismos, que cuando se pierden el sentimiento universal es de que se ha perdido algo importante, tales son la vida, la paz la justicia, la dignidad, la salud. Los principios de la ética biomédica de Beauchamp y Childress resultan un buen instrumento para analizar la calidad ética de las decisiones clínicas. El esfuerzo por respetar los principios de bioética en las actuaciones profesionales y su utilización como referente en la reflexión necesaria para resolver problemas éticos permite orientar la práctica profesional hacia

4 George Steiner. *El castillo de Barba Azul*. Barcelona: Gedisa, 2005, p. 74.

5 Ezequiel EJ, Ezequiel LL. Cuatro modelos de la relación médico-paciente. En: A Couceiro. *Bioética para clínicos*. Madrid: Ed Triacatela, 1999, pp. 109-125.

el cumplimiento de los fines de la medicina⁶. Pero los principios no son suficientes ni el único fundamento de la acción moral del médico. El ser humano no vive en el presente, sino en permanente proyección hacia el futuro, hacia el mundo de los fines y esta cualidad intrínseca del ser humano en tanto que dotado de inteligencia le pide cuentas y le hace responsable de qué y del cómo. La tendencia a la acción es previa a toda consideración de juicio, de modo que una intencionalidad que tienda a la apropiación del paciente mediante una objetivación racional acabará por su supresión o reducción a un simple elemento necesario en una cadena de actuación sin rostro humano.

Por tanto, nuestros juicios previos sobre el paciente como concepto pueden distanciarnos del paciente y su mundo real. Ese mundo del que formamos parte no está ahí delante como un mero mundo de cosas, sino de valores, bienes, y, sobre todo, de seres humanos. Lo real no cabe en ninguna fórmula de pensamiento y el mundo que hay siempre seguirá siendo más rico y dando más que pensar que el pensamiento que lo piensa⁷. Este convencimiento debiera trasladarnos desde formulaciones humanísticas a la *humanidad de la vida cotidiana*, a la *vida buena* como objetivo ético del fin último de los hombres. Ricoeur llama intencionalidad ética de la vida a *tender hacia la vida buena con y para otro en instituciones justas*⁸. El contenido de la *vida buena* es, para cada uno, la nebulosa de ideales y de sueños de realización respecto a lo cual una vida es considerada como más o menos realizada o como no realizada. La vida buena no parece admitir definiciones sino descripciones extraídas de la propia experiencia humana del placer y del dolor. Del placer porque tiende a ser procurado y del dolor porque tiende a ser evitado.

CAPACIDADES ÉTICAS DE LA ACCIÓN

Nos proponemos recoger cinco aportaciones descriptivas del *bien vivir* extraídas de vivencias humanas presentes en tradiciones que nos son próximas y constitutivas del ser humano del occidente.

6 Sánchez-Caro J. "La ley sobre autonomía del paciente y su repercusión en las Comunidades Autónomas". *Rev. Adm. Sanit.* 2003; 1: 189-202.

7 Quesada Martín J. *La filosofía y el mal*. Madrid: Síntesis, 2004, p. 365.

8 Paul Ricoeur. *Sí mismo como otro*. Madrid: Siglo XXI editores, 1996, pp. 173-212.

1. La primera de ellas la tomamos del cristianismo primigenio. Lucas, médico griego acompaña a Pablo en el viaje, en el que, prisionero, se dirige hacia Roma. Las vicisitudes de la travesía nos permiten recoger el reconocimiento que hace de una actitud que no duda en calificar como expresión de humanidad. *Reconocer* significa aceptar que los otros ya poseen en alguna medida lo que uno cree aportar como bueno y válido, rompiendo cualquier arrogante convencimiento de superioridad moral. “Julio, tratando humanamente a Pablo, le permitió que fuera a los amigos para ser atendido por ellos”⁹. Lucas enlaza *filantropía* con el disfrute de la amistad. El romano Julio reconoce la carencia en Pablo, y por medio de la carencia, la existencia y la necesidad de los otros. Pero es que precisamente este sentido de la amistad sirve de transición entre el objetivo de la vida buena y la justicia, virtud de una pluralidad humana de carácter político. Julio traspasa la norma para actuar en justicia y esto movido por humanidad porque no puede ser justa una norma que niega el buen vivir. Aunque Proust sostenía que la amistad se esfuerza en hacernos sacrificar la única parte real e incomunicable de nosotros mismo a un yo superficial, que no encuentra alegría en sí mismo, sino que halla un enternecimiento confuso en sentirse sostenido por puntales externos, reconoce, sin embargo, que, por lo demás, los que denigran la amistad pueden, sin ilusiones y no sin remordimientos, ser los mejores amigos del mundo¹⁰. Al fin y al cabo, ¿qué importa la senda que se tenga que recorrer si se llega a ser un buen amigo? La carencia de otro, el vacío de otro como suplidor de una necesidad es el factor dinámico de la amistad. Para Aristóteles el ideal de las relaciones sociales son las relaciones de amistad, ya que ésta participa de dos notas definitorias fundamentales que son la benevolencia y la beneficencia. En el mundo moderno, a la teoría de la amistad se añadió una tercera nota que es la confianza/confidencialidad. Diego Gracia considera que la relación clínica participa de características de la amistad pero no es completa porque no obliga a las dos partes por igual, no es bidireccional, el paciente hace confidencias al médico a las que éste no corresponde, con la misma cualidad. Laín Entralgo define la relación clínica como *cuasi amistad*. Esta relación hace posible la cooperación

9 *Libro de los Hechos*. 27.3. Traducción Reina-Valera. EE.UU. Sociedades Bíblicas, 1995.

10 Marcel Proust. *En busca del tiempo perdido. El mundo de Guermantes*. Madrid: Alianza editorial, 1966, pp. 451-452.

hacia un bien común dónde el paciente puede ser cosificado para ser ayudado, pero a su vez se abre a la *cuasi amistad* al tener en cuenta su intimidad, considerándolo como persona¹¹. La destreza médica consistirá en saber articular esta atracción humana como proveedor de cuidados, de amistad, que mueve al paciente hacia nosotros, con lo que llamamos distancia terapéutica que no es más que el respeto a la frontera que nos sacaría de la amistad para convertir la relación en una familiaridad parental, erótica o explotadora.

2. La vida buena se vive con y para otro. Esta constatación de lo que Lucas reconoce como humanidad integra varios aspectos: aceptación del otro superando el prejuicio temeroso del rechazo al desconocido, capacidad de conmoverse ante el sufrimiento y el poder de la respuesta dada. Aceptación, conmoción emocional y respuesta son los componentes del *teorema de la ternura* mediante el que Harry Stack Sullivan¹² explicaba el impulso a paliar la angustia del menesteroso. Si la amistad humana es la creadora del ambiente del encuentro clínico, el teorema de la ternura es el impulso de la acción médica. Es por esto que debemos preocuparnos por el otro y no verlo como alguien enfrentado ya que, al fin y al cabo, hay yo porque hay responsabilidad, pues el yo es el resultado de que alguien nos haya cuidado. Y gracias a esto podemos sentirnos insustituibles, porque detrás de mí hay otros que no son yo. Fue así como Lévinas propuso un humanismo del otro hombre, del hombre que se responsabiliza y responde totalmente por el otro: *Desde el momento en que el otro me mira, yo soy responsable de él sin ni siquiera tener que tomar responsabilidades en relación con él; su responsabilidad me incumbe*¹³. En el marco de la relación terapéutica al médico le obliga una ética de la beneficencia, de la diligencia, de la excelencia, de las profesiones. Al paciente le obliga la ética de la elección bien informada. Pero el vivir bien no se limita a las relaciones interpersonales, sino que se extiende a la vida de las instituciones. Si la solicitud de ayuda debiera despertar importantes elementos de humanidad, el ámbito de encuentro que es la institución presenta un rasgo ético añadido: la exigencia de igualdad. Para Ricoeur la institución es el punto de aplicación de la justicia, y la

11 Gracia Guillén D. La relación clínica. En: Arias J. *Propedéutica quirúrgica*. Madrid: Ediciones Tébar, 2004, pp. 17-31.

12 Stack Sullivan H. *La teoría interpersonal de la psiquiatría*. Buenos Aires, Psique, 1964, pp. 61-64.

13 Lévinas E. *Ética e infinito*. A. Madrid: Machado Libros, 2000, p. 80.

igualdad es el sentido ético de la aplicación de la justicia¹⁴. La ética de la gestión con sus notas de eficacia eficiencia y efectividad obliga, pues, a las instituciones.

3. Expresiones como: *continuidad de cuidados, atención longitudinal o diacrónica, médico de la familia*, se tornan frágiles aspiraciones ante la experiencia aplastante de la erosión del tiempo sobre todos los compromisos. ¿Con qué ánimo afrontar la contingencia, la irrefrenable variabilidad de la vida de las personas y su influencia en la relación clínica? ¿Cómo estar ahí para todo? Hannah Arendt propone que el remedio para la impredecibilidad se halla contenido en la *facultad de hacer y mantener las promesas*. Atarse a través de promesas sirve para establecer en el océano de inseguridad del futuro islas de seguridad sin las que ni siquiera la continuidad, menos aún la durabilidad de cualquier tipo, sería posible en las relaciones entre los hombres¹⁵. La cercanía hacia el otro no es para conocerlo, por tanto no es una relación cognoscitiva, sino una relación de tipo meramente ético, en el sentido de que el Otro me afecta y me importa, por lo que me exige que me encargue de él, incluso antes de que yo lo elija. Por tanto, no podemos guardar distancia con el otro. La entrevista clínica se distingue de la mera conversación por el *compromiso* establecido. Como compromiso es un modelo de permanencia que parece constituir un desafío al tiempo, una negación del cambio. Este compromiso formulado en cláusulas explícitas toma la forma de contrato, para Ricoeur, expresión del principio de autonomía en el plano de las instituciones¹⁶. Estamos nuevamente ante una facultad ética de la descripción de lo humano por el cual se responde a la confianza que el otro pone en la fidelidad del médico.

4. Una característica común a todos los totalitarismos es la repulsa de la *diversidad humana* y con ello de la pluralidad política. En su crítica a Heidegger, Julio Quesada recrimina su desprecio filosófico hacia el tejido del juego del mundo, el haberle dado la espalda al mundo de la vida cotidiana, auténtica fuente insustituible de toda

14 Paul Ricoeur. *Sí mismo como otro*. Madrid: Siglo XXI editores, 1996, pp. 173-212.

15 Arendt H. *De la historia a la acción*. Barcelona: Paidós, 1995, pp. 106-107.

16 Paul Ricoeur. *Sí mismo como otro*. Madrid: Siglo XXI editores, 1996, pp. 253-255.

pluralidad¹⁷. La diversidad humana no puede ser pensada, no se trata de un principio, es una imposición del flujo creativo inagotable de la vida. Lévinas propone pensar de nuevo la filosofía, entendiéndola no ya como amor a la sabiduría, sino a la inversa, como la sabiduría que nace del amor. Pues lo que define al ser humano no es el ser, tampoco el interés, sino el desinterés. Por ello, es necesaria una filosofía de la diferencia ya que lo importante no es el ser, lo concreto, sino la diferencia. Es cierto que una parte de esa diversidad puede ser ordenada dentro de categorías de cosas comunes, de diagnósticos en la práctica clínica, que nos sirvan, amparados en lo biológico, para dar respuestas terapéuticas. Otra parte queda abierta a la contingencia para la que no tenemos otra posibilidad de abordaje que el *consenso dialogante* con el paciente. Tenemos que asumir con el paciente el reto de la incertidumbre. Incertidumbre que se despliega desde varios niveles:

- 1) La contingencia del relato que se nos narra que bien podría ser otro o tener diferentes matices que lo convirtieran en algo distinto.
- 2) El modo de la escucha es también contingente y añade otro montante de variabilidad que debe ser, en alguna medida, si no controlada, al menos consensuada con el paciente.
- 3) La indeterminación con la que el médico intenta conocer el grado de compromiso que el paciente quiere establecer con el modo de la ayuda que él propone al paciente.
- 4) La dificultad en saber si lo que le pasa al paciente permanece aún en ese lado de la frontera difusa que parece separar el afrontamiento normal y el enfermizo del sufrimiento.

La contingencia e incertidumbre derivadas de la aceptación de la diversidad humana entraña un cambio en el concepto de *responsabilidad* del médico. El médico responsable se refiere al paciente concreto en su posibilidad concreta. No dispone de principio alguno absolutamente válido, que tendría que poner en práctica fanáticamente contra toda oposición de la realidad, sino que trata de captar y de hacer lo que es necesario, *mandado*, en la situación concreta¹⁸.

5. La realidad precede a la experiencia, la experiencia modela la verdad, es pues posterior y dependiente de la realidad. El médico poseedor de la verdad respecto del paciente debiera dar paso al médico

17 Quesada Martín J. *La filosofía y el mal*. Madrid: Síntesis, 2004, p. 314.

18 Dietrich Bonhoeffer. *Ética*. Valladolid: Editorial Trotta, 2000, p. 206.

con una actitud heurística de *veracidad* que, sin caer en un paralizante nihilismo, sea buscador activo de la verdad dialogal, consensuada, en la que gana crédito y confianza y siempre está dispuesto a cambiar por lo más adecuado al mundo real, por tanto, abierto a la esperanza.

Amistad, ternura, compromiso, dialogo y veracidad son facultades de indudable pertinencia bioética, activas en toda práctica clínica que tienda a la vida buena y que aspire a la excelencia. Implícitamente hemos dado un sentido universal a estas capacidades como aquello en virtud de lo cual las consideramos estimables, y por añadidura, a nosotros mismos.



LA JUSTICIA RESTAURATIVA EN PRISIÓN Y EL PRINCIPIO DE HUMANIDAD

César Barros Leal

Procurador del Estado de Ceará; Doctor y Posdoctor en Derecho; Posdoctor en Estudios Latinoamericanos; Profesor jubilado de la Facultad de Derecho de la Universidad Federal de Ceará (Brasil); Presidente del Instituto Brasileño de Derechos Humanos y Miembro de la Asamblea General del Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

En octubre de 2015 estuve una vez más en San José, Costa Rica, invitado por el Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente (ILANUD), bajo la dirección de Elías Carranza, para participar en un panel sobre Justicia Restaurativa en Materia Penal, en el Congreso Internacional sobre Criminalidad y Sistemas de Justicia Penal en América Latina y el Caribe. Me sentí a gusto, puesto que había publicado poco antes, con la editorial mexicana Porrúa, la obra “Justicia Restaurativa: Amanecer de una Era. Su Aplicación en Prisiones y Centros de Internación de Adolescentes Infractores”¹, con prólogo del distinguido criminólogo Luis Rodríguez Manzanera.

En mi breve ponencia aclaré que estaba hablando de una justicia criminal cercana, rápida, integrada, enaltecida por sus bondades, sus resultados, en los cinco continentes; una justicia que tiene entre sus

1 El libro es dedicado: al Papa Juan Pablo II, quien perdonó a su ofensor, el turco Ali Agca, en una prisión de la ciudad de Roma, brindándonos un sublime mensaje de amor y misericordia, tal y como lo hizo en la cruz Jesucristo, al rogar al Padre –antes de subir a los cielos para renacer todos los días en la memoria y el corazón de los hombres– que, en Su infinita bondad, exculpara a sus verdugos, pues ellos no sabían lo que hacían. Más adelante, en las finales, agregó: Retomando la dedicatoria inicial, ofrezco este libro igualmente a los niños, los que emergieron de las líneas anteriores en toda la exuberancia de su potencialidad y a quienes concernirá la tarea –ésta es nuestra esperanza, con su brillo mágico, en el lenguaje de Schiller– de seguir rompiendo dogmas, rediseñar paradigmas y moldear, en la fragua del idealismo y de la fecunda rebeldía de su juventud, una justicia criminal más cercana que, siendo *humanizada*, participativa, dialógica, restauradora y no un mero sinónimo de punición, de retribución, preserve el valor supremo de la dignidad humana y coadyuve en la ruptura de un orden colapsado y anacrónico y la construcción de una cultura de paz, *respetuosa de los derechos humanos*.

méritos, quizá el mayor, el más celebrado, el de rescatar a las víctimas, que en palabras de Michel Foucault han sido secuestradas legalmente por el Estado y olvidadas casi por completo a lo largo de la historia del proceso penal; una justicia que valora la restitución, el perdón, la reconciliación y la pacificación (integradora) de las relaciones sociales afectadas por el acto delictivo; una justicia humanizada que se presenta con inequívoca legitimidad como una opción alternativa o complementaria a la tradicional.

El tiempo que me fue reservado en San José fue demasiado corto, insuficiente para presentar a los participantes los pilares de la Justicia Restaurativa, sus efectos sobre la víctima y el ofensor, además de sus principios y variopintas modalidades, puntos que fueron abordados en el libro aludido. Pero no importaba entonces, pues lo que se planteaba era su implementación en el ámbito penal, con realce al interior de los espacios de segregación: así las cosas, les añadí que la Justicia Restaurativa se emplea en la mejora de las condiciones de tales instituciones, sean de adultos sean de menores, en la prevención y gestión de conflictos entre sus habitantes (lo cual es sugerido por las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos, actualmente conocidas por Reglas de Mandela) o en la conciliación de los ofensores con sus víctimas o con víctimas sustitutas, destacándose que los efectos, en todas partes, han sido siempre cualitativos, de carácter emocional o relacional.

A los participantes les dije que en 2011 visité Bellavista, cárcel de mediana seguridad de Medellín, departamento de Antioquia, Colombia, uno de los establecimientos penales más violentos y sobrepoblados de América Latina (de conformidad con las cifras del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelarios - INPEC, el hacinamiento es del 180 por ciento), donde tuve una reunión restaurativa con dos grupos de presos, en su mayoría ex guerrilleros de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (las famosas FARC), así como del Ejército de Liberación Nacional (ELN), quienes tomaban parte en un programa mantenido por la Confraternidad Carcelaria Internacional (*Prison International Fellowship*), en colaboración con la Confraternidad Carcelaria de Colombia, llamado Árbol Sicómoro, un curso intensivo que reúne a un grupo de victimarios y discute las razones y consecuencias del crimen, los daños causados, la necesidad de un procedimiento restaurador, el conocimiento mutuo entre víctimas y ofensores, la pérdida del

rencor, el cese de la hostilidad y del espíritu retribucionista, además del perdón y de la interiorización de la responsabilidad por el acto cometido. Les confesé que fue impactante estar delante de quienes me hablaron de la comisión de múltiples homicidios, dejando evidente, empero, que habían tomado la iniciativa de inscribirse en el programa porque querían cambiar y pedir perdón a sus víctimas o a sus familiares.

En nuestro libro –haciendo un paréntesis– relato que el nombre *Árbol Sicómoro* fue tomado del pasaje bíblico donde es descrito el encuentro entre Zaqueo y Jesús (Lucas, 19:1:10). Con esta simbología (les remito a la Biblia) y centrado en rescatar la humanidad que forma parte de cada uno de nosotros (al fin y al cabo, todos pertenecemos al género humano), el *Árbol Sicómoro* resulta ser una experiencia de extraordinario alcance, en diferentes términos (responsabilización, confesión, arrepentimiento, perdón, restitución, acuerdo), con un alto nivel de satisfacción, lo que es reconocido no sólo por los reclusos sino también por las víctimas y sus familiares.

En aquel Congreso hice ver que los Estados Unidos de América promueven desde hace mucho tiempo el contacto *tête-à-tête* entre víctimas y ofensores, personas que deben ser vistas como superiores al error cometido, no importa su naturaleza o gravedad (análogo razonamiento se desarrolla en cuanto a los combatientes heridos en campos de batalla, lo cual fundamentó la redacción del artículo I (2) del Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra relativos a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, 1977: En los casos no previstos en el presente Protocolo o en otros acuerdos internacionales, las personas civiles y los combatientes quedan bajo la protección y el imperio de los principios del derecho de gentes derivados de los usos establecidos, de los principios de humanidad y de los dictados de la conciencia pública), lo que ocurre incluso con los reclusos en espera de su ejecución en el corredor de la muerte. Howard Zehr, uno de los progenitores de la Justicia Restaurativa, refiere el movimiento “Apoyo a Víctimas en Base a la Defensa” (*Defense Based Victim Outreach*), que busca establecer, en este caso, un puente entre la familia de la víctima del criminal y los abogados de la defensa, con vistas a la asistencia de las víctimas y la merma de los traumas del proceso judicial. Algunos sobrevivientes lo que sí desean es únicamente la verdad de los hechos y el reconocimiento de la responsabilidad del ofensor, su declaración de culpabilidad.

Países como Bélgica, Reino Unido, Australia, Singapur, Letonia, España, México y muchos otros mantienen programas restaurativos exitosos, incentivados y apoyados por la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (*United Nations Office on Drugs and Crime*), responsable de la publicación en 2006 de un excelente Manual sobre Programas de Justicia Restaurativa, donde se explica de modo detallado en qué consisten, realzando la centralidad de la persona humana: a) Una respuesta flexible a las circunstancias del delito, el delincuente y la víctima, que permite que cada caso sea considerado individualmente; b) Una respuesta al crimen que respeta la *dignidad y la igualdad de cada una de las personas*, desarrolla el entendimiento y promueve la armonía social a través de la reparación de las víctimas, los delincuentes y las comunidades; c) Una alternativa viable en muchos casos al sistema de justicia penal formal y a sus efectos estigmatizadores sobre los delincuentes; d) Un método que puede usarse en conjunto con los procesos y las sanciones de la justicia penal tradicional; e) Un método que incorpora la solución de los problemas y está dirigido a las causas subyacentes del conflicto.

Les comenté que en Brasil el proyecto de reforma de la Ley de Ejecución Penal (LEP) prevé la aplicación de la Justicia Restaurativa, hoy por hoy con soporte incondicional del Consejo Nacional de Justicia, habiendo sido creado un grupo de trabajo, compuesto por jueces de diversas unidades federativas, encargados de efectuar estudios y proponer medidas con miras a dar alas a este modelo de justicia compasiva en cualquier etapa del procedimiento penal, incluso intramuros. Los legisladores, así como los operadores del derecho, en mi país, están asimismo atentos a una experiencia única nacida en Brasil (que hoy es visible en Australia, Nueva Zelanda, Corea del Sur, Bulgaria, Hungría, Noruega, Alemania, Inglaterra, Holanda, Argentina, Chile, Colombia, Perú, El Salvador, Ecuador, México y Puerto Rico) de *humanización de la ejecución de la pena*, que Daniel Van Ness –uno de los teóricos más respetados de la Justicia Restaurativa–, califica como modelo de lo que llama régimen prisional restaurativo: se trata de las Asociaciones de Protección y Asistencia al Condenado (APACs), pequeñas prisiones comunitarias, conocidas como prisiones virtuosas, que funcionan bajo la supervisión del Poder Judicial, no tienen custodios y adoptan una metodología fundada en principios como matar al criminal para *salvar al hombre* que existe dentro él; disciplina rigurosa pero con amor; religión con

libertad de culto; reciprocidad de ayuda entre los reclusos; asistencia en todos los niveles; y régimen progresivo de cumplimiento de la pena. La APAC se basa en principios vitales como: participación de la comunidad; ayuda mutua; trabajo; religión; asistencia jurídica y de salud; valorización del hombre (del hombre demasiado humano, tal y como nos enseñaba Nietzsche y nos recuerda Grecianny Carvalho Cordeiro en su artículo “O Princípio de Humanidade e o Tráfico de Pessoas para Fins de Exploração Sexual”, obrante en uno de los libros del V Curso) y de su familia; cuerpo de voluntarios; énfasis en el mérito, etc.

Lo cierto es que las prácticas restaurativas en los reclusorios se vuelven cada vez más frecuentes y encarnan una contestación al fiasco del tratamiento, a la violencia, la ausencia de humanidad y la ineptitud de la Administración de enfrentar los problemas internos. Con ello se persigue la reforma y mejora de las prisiones, un ambiente más seguro, una zona de apaciguamiento, de reducción de los niveles de miedo y tensión, de mitigación de los efectos de la cárcel, saludada por Michel Foucault como un avance sobre las sanciones corporales y el acceso de la Justicia penal a la humanidad (el Tiempo, señor de la razón, nos mostró que no sería bien así). Todo eso, concluí en San José, muestra el significado de la aplicación de las prácticas y de los principios restaurativos entre rejas, sin jamás olvidar que no son una panacea.

Al lector sería natural indagar por qué me remito a esa exposición en el presente artículo que intentará definir, de forma más precisa, la relación de la Justicia Restaurativa con el principio de humanidad. Ahora bien: un estudiante de derecho, de la Universidad de Costa Rica, después del término del panel, se acercó y quiso saber un poco más sobre este vínculo, en particular si dicho tema, en el que estaba involucrado en sus estudios de grado y que para él era demasiado instigador, lo habíamos incluido en la agenda del *Curso Brasileño Interdisciplinario en Derechos Humanos: El Principio de Humanidad y la Salvaguardia de la Persona Humana*, programado para el periodo del 5 al 16 de septiembre de 2016, en Fortaleza, Ceará, Brasil. Mi respuesta afirmativa avigoró su interés en participar en el evento y de igual modo me estimuló a redactar este texto.

Recuerdo que el año pasado, en la cuarta edición del Curso, cuya temática central era “El Respeto a la Dignidad Humana”, reproduce un capítulo de mi libro, ya referido, que versaba sobre los principios

de la Justicia Restaurativa: asunción de responsabilidad; buena fe; celeridad/duración razonable; complementariedad; confidencialidad; consensualidad; cooperación; *dignidad humana o humanidad*; disciplina; ahorro de costos; equidad; informalidad; mutuo respeto; y voluntariedad. Al enunciarlos aclaré que el de la dignidad humana es el más universal de todos ellos y que éstos no son *numerus clausus*. Y que, a su vez, el principio de humanidad, tan vetusto como la propia especie humana, hartamente entrelazado con el de la dignidad, pero a nuestro juicio mucho más amplio, hace su acto de presencia:

Humanitas o la dignidad del ser humano, su centralidad como persona, el respeto que se debe a su esencia, “es una perpetua búsqueda en el derecho que proviene del derecho romano y atraviesa toda la historia de nuestro saber, habiendo padecido múltiples vicisitudes, que no pudieron nunca ocultar la permanente demanda recíproca: derecho reclama siempre *humanitas*, simplemente porque el saber jurídico no es más que un instrumento para la realización del ser humano y, como tal, carece de brújula cuando se aleja de la antropología básica que hace de éste una persona para cosificarlo, para reducirlo a una cosa más entre las cosas.”²

Este pensamiento es compartido por el profesor Ignacio José Subijana Zunzunegui, de la Universidad del País Vasco (UPV), para quien el paradigma de humanidad “debe impregnar la justicia tanto cuando responde a una estructura heterocompositiva –en la que el juez resuelve una contienda entre partes confrontadas– como cuando descansa en un modelo autocompositivo –en la que el juez homologa la solución conferida al conflicto por las partes originariamente en disputa–. En la fórmula heterocompositiva destaca la potenciación del juicio como un espacio en el que los individuos emiten los relatos en los que plasman sus vivencias, y lo relevante del traslado a los mismos de una respuesta que, al estar fundada en razones atendibles y comprensibles, ofrece un mensaje dotado de una elevada calidad comunicativa. En

2 ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *El Humanismo en el Derecho Penal*, Editorial Ubijus/Instituto de Formación Profesional, México, 2009, p. 7. Vid: “...toda esa histórica y formal proclamación de ser la persona humana portadora de una dignidad “innata” es el propio Derecho a reconocer lo siguiente: la humanidad que *reside* en cada uno de nosotros es en sí misma el fundamento lógico o el título de legitimación de tal dignidad. No cabiendo a él, Derecho, otro papel que no sea el de declararla.” (AYRES BRITTO, Carlos, *O Humanismo como Categoria Constitucional*, Editorial Fórum, Belo Horizonte, 2010, p. 25)

el modelo autocompositivo se prioriza la construcción de un marco de diálogo que se alimenta del respeto, la escucha, la comprensión y la recreación conjunta de lo dañado.”³

Es vital aducir, a este respecto, que en Costa Rica, país que puede dar muchas lecciones al mundo (no posee ejército y es sede de la Cruz Roja, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuentes), la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, en su voto 6829, del 24 de diciembre del 1993, dictó: Las penas privativas de libertad deben ser organizadas sobre una *amplia base de humanidad*, eliminando en su ejecución cuanto sea ofensivo para la dignidad humana, teniendo siempre muy en cuenta al hombre que hay en el delincuente... que continúa formando parte de la comunidad, en la plena posesión de los derechos que como hombre y ciudadano le pertenecen, salvo los perdidos o disminuidos como consecuencia de la misma condena. Al mismo tiempo ha de fomentarse y fortificarse el sentimiento de la responsabilidad y el respeto propio a la dignidad de su persona, por lo que ha de ser tratado con la consideración debida a su naturaleza de hombre.⁴

En otro fragmento del voto 6829-93 se lee: “...Junto al principio de humanidad, que debe privar en la ejecución penal, se acentúa en nuestro medio la aspiración rehabilitadora (artículo 51) del Código Penal. Esta concepción en relación con los fines de la pena es una doctrina preventivista y antirretributista, fundamentada en el respeto de los Derechos Humanos, en la resocialización de los delincuentes que rechaza la idea del Derecho Penal represivo, el que debe ser reemplazado por sistemas preventivos, y por intervenciones educativas y rehabilitadoras de los internos; postulando una intervención, para cada persona, la pena debe ser individualizada, dentro de los extremos fijados por el legislador, tomando en consideración ciertas circunstancias personales del sujeto activo (artículo 71 del Código Penal). El Plan de Desarrollo Institucional del Instituto Nacional de Criminología debe poner en práctica los

3 SUBIJANA ZUNZUNEGUI, Ignacio José, *El Paradigma de Humanidad en la Justicia Restaurativa*, artículo extraído de la web.

4 BRENES QUESADA, Carlos, *Justicia Restaurativa: Una Herramienta para la Solución al Fenómeno de la Criminalidad Costarricense*, Tesis para optar al grado de Licenciatura en Derecho, Carrera de Derecho, Universidad Fidélitas, San José, Costa Rica, julio de 2009, p. 25.

señalados principios, tratando de lograr que el condenado a pena de prisión pueda lograr su reincorporación al medio social del que ha sido sustraído a causa de la condena...”⁵

También en este sentido, en el que se exhibe una mirada humana de la ejecución penitenciaria, en cuyo contexto el recluso ha de ser visto no como un ciudadano de tercera categoría o categoría cero, sino como alguien objeto de respeto y tratamiento digno: “Para nadie deja de aparecer como evidente que hoy, por hoy, la ejecución de la pena, materialmente hablando, no es sino la imposición de un mal al delincuente –lo cual, por otro lado, es perfectamente coherente con el fin motivador de la norma penal–, y, sin embargo, eso no es lo deseable en un Estado social y democrático de Derecho. Este Estado no puede reducir su función a ser el carcelero del delincuente sin importarle cuál es su destino. En este modelo de Estado hay que ir más allá, la ejecución de la pena debe ser algo más. En una concepción de Estado Democrático de Derecho la comisión de un delito no implica la pérdida de la dignidad de la persona y, en consecuencia, la reacción del Derecho penal debe partir de esta premisa. El principio de humanidad –nos recuerda Morillas– obliga a que todas las relaciones humanas que el Derecho penal tipifica se reglen sobre la base de una vinculación recíproca, de una responsabilidad social hacia el ciudadano que delinque. Actúa, por tanto, sobre la base de una comprensión humanitaria y social sobre la persona del delincuente, a partir de la cual una potestad punitiva humanitaria deja de entenderse como simple caridad o benevolencia, para manifestarse como lo que realmente es: manifestación de respeto a la persona humana y a la necesidad social de castigo, por encima de cualquier consideración científico-teórica. Es, por tanto, el principio de humanidad el que, proscribiendo la imposición de sanciones inútiles –cuando no claramente perjudiciales para el condenado–, responde al deseo de adaptar las penas privativas de libertad a las exigencias actuales de las ciencias criminológicas y penales...”⁶

5 MONTENEGRO SANABRIA, Carlos Eduardo, *Manual sobre la Ejecución de la Pena: Reglamento de Derechos y Deberes de los Privados y las Privadas de Libertad. Jurisprudencia Constitucional*, Editorial Investigaciones Jurídicas, San José, Costa Rica, 2001, p. 36.

6 SANZ MULAS, Nieves, *Alternativas a la Prisión*, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 2004, pp. 260-261.

En esta línea de ideas, la Justicia Restaurativa, la Justicia con *rostro humano*, en la cual todos ganan y nadie pierde⁷, asentada en la convergencia de intereses, el diálogo, la asunción de responsabilidad, el cuidado con la víctima, el resarcimiento o compensación por el perjuicio sufrido, material y/o moral, rechaza todo tipo de tortura y el trato cruel, inhumano o degradante del infractor (sin ninguna discriminación, en sintonía con el pensamiento kantiano de que las personas deben ser vistas como un fin en sí mismo, esgrimido de forma directa o indirecta por penalistas de renombre como, v. gr., Luigi Ferrajoli, Eugenio Raúl Zaffaroni, José Henríque Pierangeli y René Ariel Dotti), proclama la necesidad de observancia del preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en la cual se considera que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana. Es recomendable la lectura del enunciado de un gran número de documentos internacionales, entre los cuales descuellan los Principios y Directrices Básicos sobre el Derecho de las Víctimas de Violaciones Manifiestas de las Normas Internacionales de Derechos Humanos y de Violaciones Graves del Derecho Internacional Humanitario a Interponer Recursos y Obtener Reparaciones (Resolución n° 60/147, aprobada por la Asamblea General el 16 de diciembre de 2005): Las víctimas deben ser tratadas con humanidad y respeto de su dignidad y sus derechos humanos, y han de adoptarse las medidas apropiadas para garantizar su seguridad, su bienestar físico y psicológico y su intimidad, así como los de sus familias. El Estado (*hecho para servir*

7 Véase en el rubro “Todos ganan, nadie pierde” en nuestro libro sobre JR: En nuestro tiempo postmoderno, que muchos califican como *de modernidad tardía*, en el que se eleva a niveles alarmantes la criminalidad adulta e infantojuvenil, de modo destacado la criminalidad cotidiana (*Alltagskriminalität*), sin que el sistema vertical, ordinario y dogmático de justicia penal consiga brindarle una respuesta idónea e *igualitaria*, la Justicia Restaurativa se vuelve imperiosa, como opción alternativa o complementaria a la tradicional, ya sea para refrenar el crecimiento del derecho penal, ya sea para asegurar una solución menos morosa, más económica, *humana* y eficiente a los conflictos generados por delitos, ante todo los de pequeña entidad (excepto los insignificantes, de bagatela, sin relevancia penal), sin excluir los de mediana y alta envergadura. Si la Justicia Restaurativa se adoptaba en sus primeros años básicamente para delitos menores (patrimoniales), hoy es posible emplearla, en algunos lugares, en casos de delitos más graves como homicidio, violación, trata de personas y polución ambiental. (BARROS LEAL, César, *Justicia Restaurativa: Amanecer de una Era – Aplicación en Prisiones y Centros de Internación de Adolescentes Infractores*, Porrúa, México, 2015, pp. 9-10).

a los seres humanos, conforme a Recaséns Siches) debe velar por que, en la medida de lo posible, su derecho interno disponga que las víctimas de violencia o traumas gocen de una consideración y atención especiales para que los procedimientos jurídicos y administrativos destinados a hacer justicia y conceder una reparación no den lugar a un nuevo trauma.

Exponiendo sobre esta cuestión, J. L. de la Cuesta Arzamendi, Director del Instituto Vasco de Criminología y Presidente de la Asociación Internacional de Derecho Penal, argumenta, en su artículo titulado “El Principio de Humanidad en el Derecho Penal”:

El principio de humanidad no sólo se ve enfrentado por la existencia de determinadas penas. Alcanza asimismo importantes repercusiones en el plano penitenciario, que debe obviamente configurarse como un espacio plenamente respetuoso de la persona humana y, por tanto, ajeno a todo trato inhumano o degradante. Dispone el art. 10.1º del Pacto Internacional de derechos civiles y políticos: “toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano”. Diversas recomendaciones internacionales –como las Reglas Mínimas internacionales (y las Reglas penitenciarias europeas)– constituyen en este punto desarrollos del principio de humanidad y sirven de referencia a los tribunales para determinar, en el caso concreto, la compatibilidad o no de las medidas o intervenciones cuestionadas con aquella disposición (o con el art. 3 del Convenio de Roma).

Tanto el Comité de Derechos Humanos como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos han tenido que examinar repetidamente demandas en este orden de cosas. La jurisprudencia de este Alto Tribunal –que, hasta 1998, aun cuando detectara un incumplimiento de normas y estándares internacionales, no llegara a apreciar violación del art. 3 en asuntos penitenciarios (no así en algunos supuestos de detención policial y por las fuerzas de seguridad)–, manifiesta en los últimos años una mayor incidencia de las violaciones del Convenio de 1950 con base en algunas de las prácticas penitenciarias cuestionadas. Son, en este sentido, ya numerosas las sentencias que detectan violación del art. 3 en determinadas prácticas y condiciones de internamiento y, muy en especial, respecto de ciertas categorías de internos, las cuales –como las personas muy envejecidas y enfermas,

los afectados por alteraciones mentales o, muy en particular los enfermos graves– precisan de cuidados específicos y no deben ser sometidas a determinadas medidas disciplinarias y/o de contención física sin probada necesidad. El Tribunal ha declarado igualmente contrarias al art. 3: la alimentación forzosa a internos en huelga de hambre con empleo de medios extremos y sin necesidad terapéutica real; las condiciones de internamiento en la Isla de Aruba; y el cacheo integral con inspección anal sistemática (tras cada comunicación y durante dos años).

También las más altas instancias judiciales de los Estados van desarrollando su propia jurisprudencia en la materia. De hecho, en el caso del Tribunal Constitucional español, la mayoría de los supuestos estudiados de tortura y tratos inhumanos o degradantes conciernen al marco penitenciario. El TC ha visto por el momento violación del art. 15 CE en la imposición de asistencia médica contra la voluntad del interno en un caso de enfermedad grave e incurable (STC 48/1996) y no en las cuestiones suscitadas en torno a la alimentación forzosa de sujetos en huelga de hambre, denegación de la progresión en grado o libertad condicional, aplicación de medios de control y seguridad, imposibilidad de mantener comunicaciones íntimas, prohibición de aplicación de tratamientos médicos alternativos y aislamiento en celda.⁸

Hablemos ahora de la mediación, *instrumento privilegiado* da la Justicia Restaurativa. Ésta, compareciente en la historia cultural y la realidad contemporánea de países del Oriente y del Occidente, se suele definir como un medio pacífico de solución autocompositiva de controversias (distinto del modelo adversarial, retribucionista, estructurado en la confrontación, en una relación incuestionablemente traumática), a través del cual, con el auxilio de un mediador o facilitador, se construye un acuerdo aceptado por todos los actores: ofensor, víctima y comunidad. La mediación, que es posible utilizar en todas las fases del proceso, persigue, desde la perspectiva del principio *pro homine*, una respuesta atenta a la situación de las víctimas, foco primordial de la JR.

8 CUESTA ARZAMENDI, J. L. de la, “El Principio de Humanidad en el Derecho Penal”, in *El Principio de Humanidad y la Salvaguardia de la Persona Humana*, V Curso Brasileño Interdisciplinario en Derechos Humanos, Expressão Gráfica Editorial, Fortaleza, 2016.

El mediador, a quien corresponde tener una formación adecuada, *humanística*, asume la tarea y el compromiso de informar, de escuchar con atención a las partes, aclarando su papel y las reglas de la mediación. Le incumbe, así, mantenerse neutro y hacer sus intervenciones con propiedad, procurando motivar a los involucrados en el conflicto para que lleguen a un acuerdo satisfactorio. Buena fe, confidencialidad, respeto mutuo y *humanidad* son algunas de las palabras clave en esta intermediación necesariamente espontánea y neutral, en la que la víctima tiene un papel centralísimo. Y eso, por supuesto, representa para nosotros un nuevo paradigma y sobre todo un axioma de humanidad.

El que actúa como mediador en el área penitenciaria y pretende profundizar sobre su menester debe familiarizarse con el Anexo a los Principios Básicos sobre el Uso de Programas de Justicia Restaurativa en Materia Penal (Resolución n. 2002/12 del Consejo Económico de las Naciones Unidas, en cuyo Preámbulo se lee: Recalcando que la justicia restitutiva es una respuesta evolutiva al delito que respeta la dignidad y la igualdad de todas las personas, favorece el entendimiento y promueve la armonía social mediante la recuperación de las víctimas, los delincuentes y las comunidades). Allí se le recomienda “desempeñar sus funciones de manera imparcial, con el debido respeto a la dignidad de las partes”. Otro documento de igual importancia es el ya citado Manual sobre Programas de Justicia Restaurativa, según el cual el proceso de mediación víctima-delincuente, durante la ejecución de la pena, tiene plenas condiciones de obtener éxito y concurrir para la rehabilitación aun de los condenados a penas de larga duración. Por ello se espera que el proceso de mediación “alcance todos sus objetivos si las víctimas y los delincuentes se reúnan cara a cara, puedan expresar sus sentimientos directamente y desarrollen un nuevo entendimiento de la situación. Con la ayuda de un facilitador capacitado, pueden llegar a un acuerdo que les ayude a ambos a proporcionar un cierre para el incidente.”

De nuevo me sirvo del texto de J. L. de la Cuesta Arzamendi, con su mención a los dos perfiles del principio de humanidad, que emergen, por un lado, de la prohibición de actitudes o actos de matiz negativo y, por el otro, de la prescripción de posturas o acciones afirmativas de respeto a la persona humana:

Si tradicionalmente el principio de humanidad ha centrado su foco en el sujeto activo del delito, planteándose como uno

de los postulados limitadores del poder punitivo del Estado, a partir de las enseñanzas de la Victimología a nadie se le escapa que una política criminal inspirada por el principio de humanidad no sólo no puede ignorar las necesidades de las víctimas, sino que debe asumir como una de sus funciones más básicas el esfuerzo por su atención y satisfacción. Superando la limitada perspectiva de la víctima como sujeto pasivo de la acción o del delito, el respeto del principio de humanidad en Derecho penal exige, en este sentido, hacer pasar a las víctimas “del olvido al reconocimiento”, garantizando todos sus derechos, otorgándoles pleno protagonismo en el sistema penal y colocando al principio de protección de las víctimas al mismo nivel que la proscripción de las penas y tratamientos inhumanos y degradantes y la orientación resocializadora de la pena.

Toda política criminal respetuosa, como no puede ser menos, del principio de humanidad para las víctimas, ha de partir del aseguramiento de sus derechos, que exceden con mucho del mero ámbito de la responsabilidad civil. Las víctimas han de ser tratadas con *humanidad* y con pleno reconocimiento y respeto de lo que jurídicamente conlleva su condición de víctimas: en particular, su derecho a la información y a la verdad, al acceso a la justicia y a la reparación. El derecho a la reparación de las víctimas –que ha de abarcar, cuanto menos, la prevención de situaciones de desamparo, al lado de la restitución, reparación de daños e indemnización de perjuicios–, no debería quedar en lo meramente patrimonial; siempre que la agresión alcance a bienes personalísimos con una cierta entidad, ha de buscarse una reparación integral, inclusiva de medidas de asistencia y acompañamiento y de la obtención y disfrute de ayudas públicas para la superación de la victimización (rehabilitación personal y reinserción social).⁹

El principio de humanidad sedimenta y refuerza el sentido de justicia, abarcando incluso otros principios como el de la razonabilidad y la proporcionalidad, entendiéndose que su invocación, en el ambiente de la cárcel, ha de tomar en cuenta la enseñanza del pensador iluminista Cesare Beccaria en “De los delitos y de las penas”, obra cumbre del penitenciarismo humanístico universal, según la cual la cárcel es el lugar de cumplimiento de pena por un delito cometido, no autorizando el *ius puniendi* la arbitrariedad, el

9 Ídem.

rigor punitivo, la tortura, o sea, cualquier forma de abuso o inflicción de sufrimiento, cualquier práctica lesiva para la integridad física y moral del encarcelado y la dignidad sustancial inherente a su condición humana.

Seguramente se puede ir más adelante para concluir, por ejemplo, que el éxito de la ejecución de la pena no radica simplemente en la asistencia material (y se puede mencionar también la asistencia jurídica, social, educativa, religiosa, etc.), en la oferta de trabajo (meritoria, pero muchas veces sin ningún vínculo con el mercado laboral), en programas institucionales de rehabilitación –casi siempre inconsistentes, innecesarios y a veces invasivos–, sino prioritariamente en el trato cordial, decoroso, humano, de quienes, por distintas razones, se encuentran privados de su libertad y no más que de ésta, preservando, sin embargo, todos los demás derechos y libertades que les otorga su *status* de ciudadano, de individuo con identidad propia (superior, sin lugar a dudas, a su grupo circunstancial o no de pertenencia: la masa anónima de presos, provisionales o sentenciados, primarios o reincidentes).

La Justicia Restaurativa es una respuesta positiva a la plétora de problemas que hacen de la prisión un universo único, singular, donde predominan, de forma exacerbada, la tensión, la violencia, el terror, el miedo, la inseguridad, y mucho más, exigiéndose, en contrapartida, para superar sus exasperaciones, para minorar sus vulnerabilidades, una elevada dosis de diálogo, de internalización de valores, de convergencia de intereses en busca de una cultura mínima de consenso y paz. No es una tarea fácil, pero no podemos perder la capacidad de soñar. A fin de cuentas sobresale una evidencia, afirmada por la Declaración Universal de los Derechos Humanos: nacemos todos iguales en dignidad y derechos. Somos todos humanos.

LA HUMANIDAD DE LAS PENAS EN LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES FUNDAMENTALES DE PERFECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

Dager Aguilar Avilés

Criminólogo y Analista Político.

DESARROLLO

El Derecho Penal es un conjunto de normas jurídicas establecidas por el máximo órgano legislativo del Estado, en las que se definen las conductas que se consideran delitos o índices de peligrosidad a los que podrán ser aplicadas penas o medidas previstas por la ley penal.

El Derecho penal propio del Estado moderno, fundamentado en la necesaria tutela de los bienes jurídicos como juicio de valor que cada ordenamiento protege, tiene en la pena el mecanismo oportuno y adecuado como consecuencia jurídica de posible aplicación para aquel que ha infringido las normas establecidas.

El legislador, al seleccionar las conductas humanas que reciben protección del Derecho penal, debe limitarse al mínimo indispensable para garantizar los derechos de los ciudadanos sobre la base del principio general de que “las libertades de los ciudadanos terminan allí donde se afecta la libertad de todos los demás ciudadanos”, por lo que debe limitarse a proteger sólo a aquellos bienes jurídicos que, teniendo relevancia constitucional, afectan a las libertades de los demás, y los que no alcancen esa connotación deben ser considerados como intrascendentes para dichas libertades.

Las perspectivas para la determinación de la pena cada día son más controvertidas, porque la misma supone una afectación en los bienes individuales del infractor y sus fines han sido objeto de las más diversas concepciones, cuya problemática en la actualidad atraviesa por la necesaria materialización de ese derecho, sin vulnerar los derechos que también ha adquirido el hombre y que le colocan en una situación en la cual puede exigir los mismos y limitar el poder del Estado.

Los excesos y violaciones de los derechos y garantías del ciudadano y el poder que se le atribuye constitucionalmente al Estado de determinar las conductas que se consideran delitos y las penas a aplicar a los que incurran en ellas, determinan falta de correspondencia entre los principios limitativos del *ius puniendi* con una adecuada administración de justicia. Por lo que el segundo debe ser sometido a limitaciones, para evitar excesos, tanto por mandato de la Constitución, como de otras leyes del ordenamiento jurídico, a través de un sistema de principios reguladores del actuar de los legisladores, en su labor de instituir delitos y penas y de los jueces y tribunales, en su función de aplicarlas a los comisores de delitos.

Para asegurar que este proceso no se traduzca en la vulneración de los derechos de los ciudadanos la doctrina ha estructurado un conjunto de principios, denominados limitativos al derecho de castigar, mediante los cuales se logra introducir una “ barrera”, ante las posibles arbitrariedades del Estado, entre los que se encuentran principios como el de legalidad, culpabilidad, humanidad, proporcionalidad, intervención mínima, igualdad, resocialización, presunción de inocencia y otros que se erigen como escudos protectores del individuo.

EL SISTEMA DE PRINCIPIOS LIMITATIVOS EN LA LEGISLACIÓN CUBANA

Brevemente nos referiremos a los principales principios limitadores de la facultad punitiva del Estado, en cuya denominación y contenido no existe un criterio unánime entre los diferentes autores y, además, por las características de nuestro trabajo nos detendremos solamente en los relacionados con el Derecho penal y obviaremos otros también muy importantes como la presunción de inocencia, derecho a la defensa, *in dubio pro reo*, y otros, cuyo estudio corresponde al Derecho procesal penal.

Conviene apuntar, por otra parte, que la interpretación que se realice de las normas no ha de ser estática, sino dinámica, esto es, adecuada a los cambios sociales y de cualquier otra índole que se vayan produciendo en la sociedad de que se trate.

En correspondencia con el modelo de Estado que ha escogido cada sociedad y lo ha reflejado en sus Constituciones, surgiendo la idea de los valores y principios fundamentales que, al recibir la

protección del Derecho penal, se convierten en bienes jurídicos penales.

El sistema de principios jurídicos que informa el Derecho Penal cubano surge de la naturaleza del régimen económico-social y de los factores ideológicos, políticos, éticos y culturales que constituyen la conciencia social, condicionada igualmente por la base económica de nuestra sociedad, y refrendados en nuestra Constitución.

En nuestro país, el Derecho penal debe regirse por los principios siguientes:

PRINCIPIOS GENERALES Y PRINCIPIOS RAMALES

Legalidad socialista;
Democracia;
Humanismo Socialista;
Internacionalismo proletario;
Culpabilidad;
Individualización;
Economía de las medidas aplicables;
Participación;
Eminencia de la responsabilidad.

El humanismo, que es el objeto de nuestro examen, se define como el respeto a la dignidad humana, la preocupación por el bien de los hombres, por su desarrollo multilateral y por la creación de condiciones en la vida social favorables para el hombre.

SU EVOLUCIÓN HISTÓRICA

Este principio surge como movimiento ideológico definido durante el Renacimiento (siglos XIV y XVI), ocupando en este período un lugar destacado, vinculándose a las concepciones materialistas progresistas de la época.

Los humanistas reclamaban la libertad de la persona humana y combatían el ascetismo o dedicación a la práctica o ejercicio de la perfección cristiana, puesto que para ellos era vital la satisfacción del hombre y de sus necesidades terrenas.

La literatura señala a Dante, Bocaccio, Da Vinci, Copérnico y Shakespeare, entre otros, como defensores de estas ideas, contribuyendo de forma significativa a la formación no religiosa del

mundo, aunque su concepción alejaba a los trabajadores y se hacía hostil a los movimientos revolucionarios.

El humanismo burgués evolucionó con la historia y alcanzó su florecimiento en la obra de los enciclopedistas del siglo XVIII que proclamaron la consigna de libertad, igualdad y fraternidad. Cabe señalar que este humanismo se limita al no hacer ninguna referencia a las condiciones materiales de la vida de los trabajadores, pasando por alto la libertad real y basándose fundamentalmente en la propiedad privada y el individualismo. Es por ello que se plantea una insoluble contradicción entre las consignas humanistas y su aplicación real en la sociedad capitalista.

El desarrollo del pensamiento progresista criticó los vicios del capitalismo y mostró los medios reales para llegar a una sociedad justa. Este trabajo se haría muy extenso si tratara de abordar en él el desarrollo de las ideas progresistas en las distintas etapas y reiteraríamos elementos que de una u otra forma todos dominamos; no obstante, sería imposible no apuntar que las ideas que predominan hoy día en el mundo no son fácilmente modificables y sólo la acción del pueblo y los trabajadores que dé lugar a un salto cualitativo lograría un cambio sustancial.

Se hace necesario hacer mención al fenómeno moderno de la universalización de las declaraciones de los derechos en las Constituciones de los Estados, significando que el hecho histórico no es la vigencia de los derechos, sino su proclamación escrita, con lo que se convirtieron en los llamados derechos fundamentales

SU PRESENCIA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO CUBANO

El 1ro de Enero de 1959 se dio en nuestro país el salto al que con anterioridad me refería y es por ello que nuestras normas, que reflejan la voluntad del Estado, refrendan posiciones, acciones e ideas que tienen como único fin la creación y obtención de una sociedad más justa que propicie el desarrollo armónico de todos los sectores humanos.

En correspondencia con el modelo de Estado escogido, nuestra Constitución refleja los valores y principios fundamentales, que, al recibir la protección del Derecho penal, se convierten en bienes jurídicos penales.

El respeto a la dignidad y la auténtica igualdad y libertad personal no constituyen, en nuestro país, una mera declaración normativa,

sino son postulados que tienen una vigencia y eficacia total, ya que su premisa, la libertad de los trabajadores de todo yugo social, está garantizada con la construcción e instauración del Estado socialista, que estableció el humanismo como parte indivisible de la ideología cubana; es por ello, que la presencia del principio de humanismo en las normas jurídicas y en especial en nuestra Constitución constituyen un eje central y se plasma esta última en las palabras del Apóstol José Martí: “Yo quiero que la ley primera de nuestra República sea el culto de los cubanos a la dignidad plena del hombre”, lo que es un anhelo logrado.

Este trabajo propone demostrar la relevancia y presencia del principio de humanidad en la aplicación de las penas en el derecho penal cubano, y su vinculación con el desarrollo del humanismo para la vida del individuo en nuestra sociedad.

Aun cuando ningún artículo de nuestra Constitución refiere de forma explícita el principio humanista de nuestro sistema, y sin referirnos a ningún documento internacional de Derechos humanos, todo nuestro ordenamiento jurídico contiene implícitamente el carácter humanista de nuestro sistema social.

Tal como se plasma en nuestra Constitución y, desde el punto de vista jurídico, político y hasta judicial, este principio se ha proclamado en las normas que se vinculan con el sistema de la administración de justicia cubano.

PRINCIPIO DE HUMANIDAD EN LA APLICACIÓN DE LAS PENAS

En el Derecho penal, como reacción a la situación existente, nace con Beccaria, que fue el principal exponente, el derecho penal humanitario, consagrado en su obra “ De los delitos y las penas”, publicada en 1764, donde se combatió la pena de muerte, las penas infamantes, la tortura, el procedimiento inquisitivo y se abogó por la atenuación de las penas, su legalidad y la protección del acusado mediante garantías procesales.

A continuación, valoraremos los principales artículos de la Constitución, que sirven de base al principio de humanismo y a la facultad punitiva del estado sustentada por el Derecho Penal, obviando, no obstante, otros también muy importantes por la brevedad de este trabajo.

En los artículos de la Constitución 9, 35, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 49, 50, 51, 52, 53, 54, 55, 56, 57, 58, 59, 60,

61, 62 y 69 se reproducen los derechos y garantías de índole social, política y jurídica que sirven de base al principio del humanismo y que se reflejarán en la aplicación de las penas.

- Artículo 8 de la CR garantiza la libertad y dignidad plena del hombre, el disfrute de sus derechos, el ejercicio y cumplimiento de sus deberes y el desarrollo integral de su personalidad;

- Artículo 9 y 39 aseguran el avance educacional, científico, técnico y cultural, alentando, fomentando y promoviendo la ciencia y la cultura en todas sus manifestaciones mediante una educación gratuita;

- El estado reconoce a la familia como célula fundamental de la sociedad y le atribuye responsabilidades y funciones en la educación y formación. Establece la obligación de los padres de alimentar y asistir a sus hijos (lo que está respaldado por los artículos del CP relacionados con el título dedicado al Normal Desarrollo de la Infancia y la Juventud);

- Artículo 40 de la CR establece una política de particular protección sobre la niñez y la juventud, garantizando que no haya niño que no tenga acceso al estudio, el deporte, la cultura y la asistencia médica;

- Artículos 41 al 44 de la CR proscriben la discriminación de cualquier índole y garantiza un trato igualitario para todos los ciudadanos (ver si está prescrito en el código);

- Artículos 45 al 49 de la CR garantiza el derecho al trabajo y a la seguridad y asistencia social (ver CP);

- Artículo 50 CR garantiza la salud;

- Artículos 51 y 52 CR garantiza el derecho al deporte y a la recreación sociocultural;

- Artículos 58, 59 y 62 de la CR garantizan la libertad.

El Código Penal cubano tiene entre sus características la incrementada protección que ofrece a la sociedad, a las personas y al orden social, económico y político del Estado, apreciándose, además, que en él los principios ramales o especiales presuponen de hecho el humanismo en la aplicación de las penas en el Derecho Penal; así vemos que la individualización y proporcionalidad de las sanciones, a los efectos de viabilizar y garantizar que su imposición permita hacer efectiva la finalidad de las sanciones que se proponen en el artículo 27 del código penal, proyecta la reeducación antes que la represión.

La materialización de lo anterior se expresa en la incorporación a la ley sustantiva de variables tales como:

- La posibilidad de que el principio de la necesidad de la pena sea de *ultima ratio*;

- Art.8 Concepto del delito, que posibilitan la puesta en práctica del principio de oportunidad y de insignificancia para la existencia o no del ejercicio de la acción penal;

- Establecimiento de la responsabilidad en atención a:

A- Etapas de la consumación delictiva;

B- Grado de participación.

- Establecimiento de circunstancias de adecuación de la sanción y eximentes de responsabilidad;

- Incorporación de sanciones no detentivas que, en la actualidad, incrementan su aplicación, cuya imposición y ejecución se perfecciona progresivamente con la participación de la comunidad en su ejecución (trabajo correccional sin internamiento y con internamiento art.32-34), las que en su proceso de ejecución, incluida el TCSI. puede ser modificada;

- Inclusión en el art. 47 de una amplia gama de principios generales que pautan el desarrollo del arbitrio de los jueces, entre los que se encuentran:

- Conciencia jurídica socialista;
- Peligrosidad social del hecho;
- Circunstancias atenuantes y agravantes concurrentes en el hecho;
- Móviles del inculpado;
- Antecedentes, características individuales, comportamiento con posterioridad a la ejecución y sus posibilidades de enmienda.

- La desaparición del juez único y la democratización de los tribunales con la presencia de los jueces legos que acercan el proceso jurídico a la realidad;

- Sin entrar en mayores honduras. la ley procesal ha sufrido cambios como la inclusión del procedimiento abreviado, que acelera el proceso, y el procedimiento de revisión que permite salvar errores, una vez agotado los diferentes medios de impugnación que aportan a nuestro juicio elementos que dan al sistema una mayor equidad;

- Sustracción del menor del derecho penal, creándose, además, un trato preferente para los jóvenes de 18 a 20 y a los mayores de 60

años a través del art. 17 que establece una rebaja hasta un tercio de la sanción.

El principio de resocialización vigente hoy día en nuestra sociedad hace que sea posible la participación de los ciudadanos en la vida social en el Estado de Derecho, conduce a reclamar que el Derecho penal evite la marginación indebida del sancionado, por lo que, en la medida de lo posible, las denominadas sanciones alternativas a las privativas de libertad, que no entrañen la separación de la sociedad, deben ser aplicadas siempre que la privación de libertad no resulte inevitable.

La ejecución de la política penitenciaria, hoy día en nuestro país, tiene un alto sentido humanitario al situar al sancionado en el centro de su contenido, adoptando las medidas imprescindibles para evitar la desocialización de los reclusos, facilitarles la comunicación con el exterior y siempre contando con su anuencia, propiciarles una adecuada preparación para su futura reincorporación a la vida en libertad, mediante la concesión de permisos de salida de los establecimientos penitenciarios por períodos cortos de tiempo; y la aplicación de un tratamiento progresivo que le permita cambiar de régimen penitenciario y pasar a condiciones carcelarias de semilibertad, que le posibiliten obtener la libertad condicional, en el menor tiempo posible, y reincorporarse a la sociedad.

Por eso trabajamos, alcanzando logros que nos llenan de optimismo, al haber eliminado de nuestra política penitenciaria circunstancias que impedían que esta presentara un carácter humanista.

CONCLUSIONES

En nuestro trabajo arribamos a las siguientes conclusiones:

1. Resulta evidente que el sistema de justicia cubano en su totalidad está impregnado del principio de humanidad en las penas, y que ello no se produce de forma unilateral sino con el concurso de otros principios generales y ramales tales como el de legalidad, el de democracia, el de culpabilidad, el de individualización y el de participación, entre otros.

2. La aplicación consecuente de este principio evidencia la existencia de un derecho penal destinado a defender los valores fundamentales de la sociedad, que actúa sólo en los casos de los ataques más graves a esos valores y que tanto en su valoración como

en el ámbito de su aplicación garantiza el respeto a la libertad y la dignidad humana.

3. El derecho penal cubano es consecuente con el principio de humanidad de las penas y se ajusta a lo establecido en los tratados internacionales, la constitución y las leyes.

4. El análisis del Código Penal Cubano a la luz de los principios que limitan la facultad punitiva del estado, evidencia que, junto a la consagración de los principios de legalidad, proporcionalidad, humanidad, intervención mínima, y resocialización y las amplias posibilidades que le ofrece a los tribunales en su parte general, en uso del arbitrio judicial de poder realizar una correcta aplicación de la sanción, también existen regulaciones que dificultan esta labor, como la existencia de marcos penales excesivamente altos en determinadas figuras delictivas y la presencia de los tipos penales abiertos.

5. Las normas jurídicas que regulan el sistema de justicia cubano garantizan una aplicación más justa y equitativa de la aplicación de las penas que conduzca a un alto grado de satisfacción de las necesidades materiales y espirituales de los ciudadanos cubanos y que deberá entonces tener como tendencia una menor aplicación de la represión penal para garantizar las relaciones normales de convivencia y la protección de los valores fundamentales de rango constitucional.

BIBLIOGRAFÍA

1. Alvero Francés, E. *Cervantes. Diccionario Manual de la Lengua Española*. Ed: Pueblo y Educación, La Habana.
2. Bustos Ramírez, Juan. *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Cuarta edición aumentada, corregida y puesta al día por: Hernán Hormazábal Malareé. PPV, Barcelona, 1994.
3. Carbonell Mateu, Juan Carlos. *Derecho Penal: Concepto y principios constitucionales*. Segunda edición. Ed: Tirant lo Blanch. Valencia, 1996.
4. Cobo del Rosal, M. y Vives Antón, T.S. *Derecho Penal. Parte General*. Edición completada a la reforma de 25 de junio de 1983. Universidad de Valencia, 1984.
5. Fernández Bulté, Julio. *Teoría del Estado y del Derecho*. Ed: Felix Varela. La Habana, 2002.

6. Fernández Bulté, Julio. *Filosofía del Derecho*. Ed: Felix Varela. La Habana, 1997.
7. Mir Puig, Santiago. *Introducción a las bases del Derecho Penal*. Ed: Bosch. Barcelona, 1982.
8. Muñoz Conde, Francisco. *Introducción al Derecho Penal*. Ed: Bosch, Casa Editorial, S.A.
9. Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes. *Derecho Penal. Parte General*. Quinta edición, revisada y puesta al día. Ed: Tirant lo Blanch. Valencia, 2002.
10. Quirós Pírez, Renén. *Manual de Derecho Penal I*. Ed: Felix Varela. La Habana, 2002.
11. Rodríguez Devesa, José María. *Derecho Penal Español, Parte General*. Madrid, 1981.
12. Rodríguez Morullo, Gonzalo. *Derecho Penal. Parte General*. Ed: Civitas S.A.
13. Rosental, M. e Iudin, P. *Diccionario Filosófico*. Ed: Editora Política, La Habana, 1981.
14. Albarello Puig, Jorge, *Actualidad de la aplicación del Principio de Legalidad y el Derecho Penal Internacional*. Tesis, Facultad de Derecho. La Habana, 2004.
15. Revista Doxa. Edición digital.
16. Enciclopedia Microsoft Encarta 2005
17. www.monografias.com
18. www.eluniversal.com \ Fernández, Fernando M. "Delitos y ambiente"

EL PRINCIPIO DE HUMANIDAD EN DERECHO PENAL

J. L. de la Cuesta Arzamendi

Director del Instituto Vasco de Criminología; Presidente de la Asociación Internacional de Derecho Penal (AIDP-IAPL).

Por su misma condición de poder jurídico, el *ius puniendi* estatal, para conservar su legitimidad, ha de respetar un conjunto de “axiomas fundamentales”¹: necesidad, legalidad, imputación subjetiva² y culpabilidad, con sus correspondientes corolarios: subsidiaridad, intervención mínima, carácter fragmentario del Derecho penal, preeminencia absoluta de la ley, taxatividad, garantías penales básicas (criminal, penal, procesal y ejecutiva), interdicción de toda responsabilidad por el resultado, responsabilidad personal...

En una sociedad democrática, centrada por tanto en el valor de la persona, también ha de ser respetuoso del principio de humanidad, un principio menos estudiado, pero, sin lugar a dudas, “no menos importante”³ que aquéllos.

1. CONTENIDO Y EXTENSIÓN

Recuerda BERISTAIN que el axioma fundamental de humanidad presupone “que todas las relaciones humanas, personales y sociales que surgen de la justicia en general y de la justicia penal en particular, deben configurarse sobre la base del respeto a la dignidad de la

1 A. BERISTAIN, “Axiomas fundamentales de la Criminología ante la globalización y la multiculturalidad”, *Eguzkilore*, 17, 2003, pp. 89 ss.

2 Conviene, a mi juicio, distinguir el principio de culpabilidad del principio de imputación subjetiva (denominación preferible a la de responsabilidad subjetiva propugnada por algunos autores) que incluye algunas de las consecuencias que la doctrina mayoritaria agrupa bajo aquel postulado: en particular, la interdicción de la pura responsabilidad objetiva o por el resultado y la consiguiente exigencia de realización de un tipo doloso o imprudente para la admisión de la responsabilidad penal. No son éstos, en efecto, contenido de la categoría dogmática culpabilidad, ocupada más que de la imputación subjetiva, de la imputación individual. J. L. DE LA CUESTA ARZAMENDI, “Presupuestos fundamentales del Derecho penal”, *Eguzkilore*, 3, 1989, p. 58 (n. 15).

3 A. BERISTAIN, *Nueva Criminología desde el Derecho Penal y la Victimología*, Valencia, 1994, p. 14.

persona"⁴, a lo que ha de añadirse su consiguiente derecho al "pleno desarrollo de la personalidad"⁵.

El concepto de dignidad, que tantas dificultades genera para su adecuada configuración⁶, se identifica en la filosofía kantiana con la condición del ser humano como "fin en sí mismo" y no "puro o simple medio"⁷: producto de una serie de determinaciones biológicas, psicológicas, sociales, culturales, pero lleno de posibilidades de realización, de deseos, de libertad.

Con todo, tras identificar el principio de humanidad con el respeto de la dignidad, no pocas perspectivas extraen sólo como consecuencia la garantía de no sumisión del sujeto a ofensas o humillaciones. Es, en efecto, esta faceta –que proscribiera todo trato de carácter cruel, inhumano o degradante– la que más se subraya al delimitar el alcance del principio de humanidad en Derecho penal: de aquí que sea común indicar como ámbito específico de actuación de este postulado el marco de las consecuencias jurídicas del delito⁸.

Ahora bien, en un Estado social y democrático de Derecho –que no se conforma con la pura proclamación formal de los derechos de los ciudadanos y exige de los poderes públicos "promover las condiciones para que la libertad y la igualdad (...) sean reales y efectivas" y "remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social" (art. 9.2 CE)– un entendimiento cabal del principio de humanidad no puede quedarse en la mera proscripción de los tratos crueles, inhumanos y degradantes, prohibidos internacionalmente (y, en España, por el art. 15 CE). Como añade nuestro maestro, el "axioma de humanidad", además de reclamar el tratamiento en todo caso del ser humano como tal, apela igualmente a la "solidaridad recíproca", a la "responsabilidad social para los infractores", a "la ayuda y asistencia comunitaria", a "la decidida voluntad de repersonalizar (en cuanto sea factible) a los delincuentes (...) y reparar a las víctimas"; aún más, en línea

4 A. BERISTAIN, "Axiomas fundamentales", *cit.*, p. 93.

5 E. BLOCH, *Derecho natural y dignidad humana*, Madrid, 1980.

6 I. VON MÜNCH, "La dignidad del hombre en el Derecho Constitucional", *Revista Española de Derecho Constitucional*, 2, 5, 1982, pp. 18 y ss.

7 *Grundlegung der Metaphysik der Sitten* (K. Vorländer Hrsg.), 3ª ed (reimpresión), Hamburg, 1965, pp. 50 y ss. (en especial, pp. 58 y 62 y s.).

8 H. H. JESCHEK/Th. WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 5ª ed., Berlin, 1996, p. 27.

con el propio significado del término humanidad⁹, debería obligar “a cultivar el valor de la compasión” y apremiar “a compartir el dolor de las víctimas y la construcción de un mundo más solidario”¹⁰.

Que algunas de las exigencias anteriores puedan apuntar más a una “ética de máximos” que a una “ética civil”¹¹ (a la que tampoco debería ser ajena la satisfacción de necesidades humanas básicas no susceptibles de exigencia como derechos) en modo alguno supone un obstáculo a las importantes repercusiones del principio de humanidad en áreas ajenas a las consecuencias jurídicas del delito.

Así, por ejemplo, en el plano de la categoría dogmática culpabilidad, frente a aquellas concepciones que, basándose en la imposibilidad de demostración científica de la libertad humana, prefieren estructurarla descargada de todo reproche normativo y reducen su función a la constatación de la necesidad de pena desde una óptica preventivista, más coherente con el principio de humanidad resulta tratar al sujeto normal como un ser básicamente capaz de conducir y dirigir su comportamiento con libertad. Este entendimiento “mixto empírico-normativo”¹² de la culpabilidad –que no obliga a verificar positivamente en cada caso si se pudo actuar o no de otra manera (basta con “comprobar si no concurrían causas que le privaran de su libertad”)¹³– se alinea plenamente con la lógica jurídica, apoyada (como la propia vida social) en la “recíproca atribución de libertad”¹⁴, y que asume como valor aceptado la libertad de elección del ser humano normal entre diversas opciones ante una situación dada. Además, en modo alguno impide, sino todo lo contrario, la valoración en el caso concreto de la verdadera capacidad individual de adecuación del comportamiento a la ley, algo natural en

9 *Diccionario de la Lengua Española: “Humanidad”* (del lat. *human_tas, -_tis*): 1. f. Naturaleza humana. 2. f. Género humano. 3. f. Conjunto de personas. 4. f. Fragilidad o flaqueza propia del ser humano. 5. f. *Sensibilidad, compasión de las desgracias de nuestros semejantes*. 6. f. Benignidad, mansedumbre, afabilidad. 7. f. Cuerpo de una persona. 8. f. pl. Letras humanas (*la cursiva, nuestra*).

10 A. BERISTAIN, “Axiomas fundamentales...”, *cit.*, pp. 93 s.

11 J. CARRERA, *Mundo global. Ética global*, 2003, p. 22.

12 W. HASSEMER, *Fundamentos del Derecho penal*, Barcelona, 1984, pp. 296 s.

13 T.S. VIVES ANTON, “Reforma política y Derecho Penal”, *Cuadernos de Política Criminal*, 1, 1977, p. 107.

14 C. ROXIN, “¿Qué queda de la culpabilidad en Derecho Penal?”, *Cuadernos de Política Criminal*, 30, 1986, p. 678.

un Estado social y democrático de Derecho, donde sería intolerable “tratar igualmente lo que es desigual”¹⁵.

Sin perjuicio de lo anterior, tres son las líneas principales en las que se manifiesta el contenido específico del principio de humanidad en Derecho penal:

- la prohibición de la tortura y de toda pena y trato inhumano o degradante, con sus importantes reflejos en la parte especial del Derecho penal y en las consecuencias jurídicas del delito;
- la orientación resocializadora de la pena, en particular, si privativa de libertad;
- la atención a las víctimas de toda infracción penal.

2. PROHIBICIÓN DE LA TORTURA Y TODA PENA Y TRATO INHUMANO O DEGRADANTE

La prohibición de la tortura y de toda pena y trato inhumano o degradante constituye, sin duda, el primer corolario práctico de la afirmación del principio de humanidad en Derecho Penal.

Recogida internacionalmente no sólo en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 (art. 5) y en el Pacto de derechos civiles y políticos de 1966 (art. 7), sino en la generalidad de textos e instrumentos internacionales (universales y regionales) en materia de derechos humanos, la regulación más detallada de la prohibición de la tortura se encuentra en la Convención de Naciones Unidas de 1984, que siguió a la Declaración de las Naciones Unidas de 1975 sobre la protección de todas las personas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Define la Convención un concepto internacional mínimo de tortura, como abuso de poder¹⁶, basado en la causación de dolores o sufrimientos graves físicos o mentales con finalidad indagatoria, punitiva, intimidatoria o discriminatoria, propugnando su tipificación penal como delito pluriofensivo, especial, de resultado, doloso, de tendencia (en sentido estricto) y susceptible de comisión por omisión¹⁷. Al lado

15 A. TORIO LÓPEZ, “El concepto individual de culpabilidad”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1985, p. 297.

16 J. L. DE LA CUESTA ARZAMENDI, “La tortura como abuso de poder: aspectos penales”, *La Criminología frente al abuso de poder*, San Sebastián, 1992, pp. 149 ss.

17 J. L. DE LA CUESTA ARZAMENDI, *El delito de tortura*, Barcelona, 1990, pp. 24 ss.

de la tortura, se prohíben los tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (art. 16), que los Estados también deben perseguir.

La distinción entre tortura y demás tratos ha suscitado importantes esfuerzos. Destacan entre ellos, junto a la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América, las decisiones del Comité de Derechos Humanos de la ONU y, sobre todo, la labor del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo en aplicación del art. 3 del Convenio de Roma¹⁸.

En cuanto a la prevención de la tortura, la necesidad de establecimiento de sistemas eficaces que permitan intervenir con anterioridad a los hechos de tortura y no sólo responder a los ya detectados, ha llevado a la adopción de sistemas de visitas inspirados en el mecanismo establecido por los Convenios de Ginebra de 1949 y su Protocolo Adicional I de 1977. Introducido a finales de los ochenta en Europa por el Convenio europeo para la prevención de la tortura y de las penas o tratamientos inhumanos o degradantes (Estrasburgo, 26 junio 1987), que instituyó el Comité europeo para la prevención de la tortura y de las penas o tratamientos inhumanos o degradantes, el sistema de visitas ha sido igualmente adoptado como instrumento de prevención de la tortura y demás tratos por el Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 2002.

A) Incidencia en la parte especial del Derecho Penal

Los compromisos asumidos por la firma y ratificación de los textos internacionales de derechos humanos, generales y específicos, obligan a los Estados a la tipificación y sanción en su ordenamiento interno de los hechos constitutivos de tortura y demás tratos internacionalmente prohibidos.

Este es el cometido, en el Derecho español –donde el art. 15 de la Constitución declara el derecho de todos “a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes”– del título VII del Libro II del Código Penal (art. 173 a 177), que lleva por rúbrica “De las torturas y otros delitos contra la integridad moral”. No es éste el momento de entrar en las variadas cuestiones que suscita

18 A.I. PEREZ MACHIO, *El delito contra la integridad moral del artículo 173.1 del Código Penal*, Bilbao, 2005, pp. 49 ss. y 64 ss.

esta, en parte novedosa, regulación del Código Penal de 1995. Destaca en todo caso entre ellas, junto a la controvertida cláusula concursal (art. 177), la delimitación del bien jurídico integridad moral¹⁹. Estrechamente conectada con la dignidad, la integridad moral se ve atacada cuando se violenta, esto es, se contraría “ilegítimamente la libertad de (formación o exteriorización de la) voluntad del sujeto pasivo (obligándole a hacer u omitir lo que no quiere o a soportar una situación no deseada), mediante actos de diverso signo y características, dirigidos a (o que conlleven) un cierto tratamiento instrumental del mismo, su cosificación”; estos actos, que no tienen porqué suponer empleo de violencia, de algún modo, han de provocar “sufrimientos o padecimientos” y ser “humillantes, vejadores, envilecedores”, como exige la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

También en relación con la tortura se plantea una cuestión de la mayor importancia: la posibilidad o no de justificación penal²⁰. Generalizado en el marco internacional el rechazo de toda práctica de la tortura aun en circunstancias excepcionales, desde el prisma penal se suscita si cabe la tortura aplicada en legítima defensa o estado de necesidad, causas de justificación que la Convención de 1984 (a diferencia de lo que hace con la obediencia debida) no excluye de manera expresa. Frente a ello, el Convenio de Roma de 1950 no autoriza excepción alguna, lo que permite afirmar en el marco europeo la prohibición absoluta de la tortura y su imposible justificación²¹; ésta es asimismo la solución correcta en el Derecho español, al no admitirse “en ningún caso” conforme al mandato del art. 15 de la Constitución.

19 J. L. DE LA CUESTA ARZAMENDI, “Torturas y atentados contra la integridad moral”, *Estudios Penales y Criminológicos*, XXI, 1998, pp. 68 ss.

20 J. L. DE LA CUESTA ARZAMENDI, “¿Justificación de la tortura? Insuficiencias de la normativa penal internacional”, en *Criminología y Derecho Penal al servicio de la persona. Libro Homenaje al Profesor Antonio Beristain*, Donostia-San Sebastián, 1989, pp. 695 ss. Ver también, C. ROXIN, “¿Puede admitirse o al menos quedar impune la tortura estatal en casos excepcionales?”, *Nueva Doctrina Penal*, 2004, pp. 547 ss; asimismo, K. AMBOS, *Terrorismo, Tortura y Derecho Penal. Respuestas en situaciones de emergencia*, Barcelona, 2009, pp. 19-66.

21 J. L. DE LA CUESTA ARZAMENDI, “Consideraciones acerca del delito de tortura a la luz del Convenio de Roma de 1950”, en *Giza Eskubideak Europan / Los Derechos Humanos en Europa / Les droits de l’homme en Europe / The Human Rights in Europe (Donostia-San Sebastián, 12-14 diciembre 1988)*, Vitoria-Gasteiz, 1989, pp. 190 ss.

B) Repercusiones en el campo de las consecuencias jurídicas del delito

La prohibición de la tortura y demás tratos inhumanos o degradantes no sólo despliega sus efectos en la parte especial del Derecho penal, también alcanza importantes repercusiones en el campo de las consecuencias jurídicas del delito.

El art. 1 de la propia Convención de 1984 excluye del ámbito de la tortura “los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas”; pero, el mero respeto del principio de legalidad no convierte en legítimas aquellas penas que, dirigidas tan sólo a causar sufrimientos o humillación, por su carácter cruel, inhumano o degradante, entran de lleno en el campo de la prohibición internacional.

a) Pena de muerte

Prescindiendo de las penas corporales, cuya contrariedad con la prohibición internacional (a pesar de su pervivencia en no pocos lugares) resulta indiscutida²², el debate se centra en la actualidad, en primer lugar, en torno a la pena de muerte, abolida en España por el art. 15 CE, “salvo lo que puedan disponer las Leyes penales militares para tiempos de guerra”; por Ley Orgánica 11/1995, se abolió además la pena de muerte en tiempo de guerra.

En el plano internacional la inquietud humanitaria ha llevado a la aprobación de diversas moratorias sobre el uso de la pena de muerte²³ –que el art. 6 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos somete, por su parte, a restricciones²⁴– y cuya abolición es objeto del Segundo protocolo facultativo (1991). En Europa destacan los dos Protocolo adicionales específicos al Convenio de Roma: el núm. 6 (1983), sobre abolición en tiempo de paz; y el núm. 13

22 Sigue abierta, en todo caso, la discusión sobre la procedencia o no de la castración química en delincuentes sexuales. R. ROBLES PLANAS, “*Sexual Predators*”. Estrategias y límites del Derecho penal de la peligrosidad”, *InDret*, 4, 2007, pp. 8 ss.

23 Así, por ejemplo, a nivel de las Naciones Unidas, tras la resolución 62/149 (15 noviembre 2007), el 18 de diciembre de 2008 la Asamblea General aprobó una segunda Resolución sobre una moratoria en el uso de la pena de muerte.

24 Sólo aplicable a los más graves delitos, con pleno respeto del principio de legalidad criminal, penal y procesal; derecho a solicitar el indulto o la conmutación; no imposición a menores de 18 años ni a mujeres en estado de gravidez.

(2002), que propugna la abolición en cualquier circunstancia de la pena capital.

La misma naturaleza de los instrumentos empleados pone ya de manifiesto el alcance limitado del rechazo de la aplicación de la pena de muerte por los Estados; tampoco se entiende que la prohibición de la pena de muerte se derive, sin más, de la proscripción internacional de las penas y tratamientos crueles, inhumanos y degradantes.

Crece, sin embargo, el cuestionamiento de su legitimidad, tanto respecto de aspectos específicos de su ejecución como con carácter general. En este sentido, ya en 1977, la Declaración de Estocolmo aprobada por los países participantes en la Conferencia Internacional sobre abolición de la pena de muerte organizada por *Amnesty Internacional*, calificó a la pena de muerte como “el castigo más cruel, inhumano y degradante”, y exhortó a los gobiernos a “tomar medidas para la total e inmediata abolición de la pena de muerte”, manifiesta violación del derecho a la vida.

También el Comité de Derechos Humanos²⁵ (y los Tribunales regionales europeo e interamericano) se han pronunciado sobre aspectos de la pena de muerte tenidos por incompatibles con el contenido de los convenios internacionales. En Europa, la penosa situación de internamiento en los llamados “corredores de la muerte” fue calificada en 1989 por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos²⁶ como violación del art. 3 del Convenio de Roma. Igualmente en *Öcalan v. Turquía* (2005) declaró contraria al art. 3 la imposición de la pena de muerte en un proceso no equitativo y por un tribunal de discutible independencia e imparcialidad. Esta jurisprudencia europea, emitida fundamentalmente en asuntos de extradición y que obliga a los Estados a exigir garantías antes de proceder a la entrega, ha sido retomada por algunos textos normativos, como el Protocolo de reforma de la Convención europea para la supresión del terrorismo de 1977 (2003).

25 La Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, precedente del Consejo de Derechos Humanos, indicó en su resolución 2005/59, que “la abolición de la pena de muerte es fundamental para la protección del derecho a la vida”.

26 Asunto *Soering v. Reino Unido*, 1989. Sin embargo, el Consejo de Derecho Humanos, en una jurisprudencia constante, no se ha mostrado tan abierto a esta cuestión y requiere la presencia de circunstancias excepcionales para apreciar en tales casos una violación del art. 7 del Pacto Internacional (así, por ejemplo, *Lavende v. Trinidad y Tobago*, 1997; *Errol Johnson v. Jamaica*, 1996).

Los métodos de ejecución han llamado asimismo la atención de la jurisprudencia europea, que en 2000 consideró incompatible con el art. 3 la expulsión de una mujer al Irán, donde podía ser condenada a muerte por lapidación²⁷. Por su parte, el Comité de Derechos Humanos –para quien la pena de muerte debe ejecutarse “de forma que cause los menores sufrimientos posibles”²⁸– ha admitido que el método de ejecución puede constituir un tratamiento inhumano o degradante²⁹, pero consideró en su momento que la ejecución por inyección letal podía ser conforme a las exigencias del Pacto internacional, no así la ejecución por gas asfixiante, modalidad tenida por “particularmente horrible”³⁰.

Ciertamente, la incompatibilidad de la pena de muerte (y no sólo de la espera en el corredor de la muerte o de algunas de sus formas de ejecución) con un entendimiento adecuado del principio de humanidad, centrado en el respeto a la persona humana como tal, resulta plena y absoluta. En este sentido, su abolición constituye todavía (y lamentablemente) una importante asignatura pendiente en el plano internacional. Merece, por ello, resaltarse el ejemplo de los Estatutos de los Tribunales Internacionales para la Antigua Yugoslavia y para Ruanda, así como del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional³¹: todos ellos, competentes para el enjuiciamiento de los crímenes internacionales más graves y que suscitan la mayor repulsa, han renunciado a la inclusión de la pena de muerte en el elenco de penas previstas.

b) Prisión perpetua y penas de muy larga duración

La incompatibilidad con el principio de humanidad, predicada de la pena de muerte, puede afectar igualmente a determinadas formas de privación de libertad, pena que, conforme al art. 10 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ha de aplicarse “humanamente y con el respeto debido a la dignidad” (apdo. 1), debiendo consistir el régimen penitenciario “en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados” (apdo. 3). En este sentido, el carácter inhumano de la

27 Asunto Jabari v. Turquía, 2000.

28 Observation générale 20 (44), 3 abril 1992.

29 Asunto Kindler v. Canadá, 1993.

30 Asunto Charles Chitat Ng v. Canadá, 1994.

31 W. SCHABAS, “Life, Death and the Crime of Crimes. Supreme Penalties and the ICC Statute”, *Punishment and Society*, 2, 2000, pp. 263 ss.

cadena perpetua se discute desde hace más de dos siglos³²; y puede extenderse también a las penas de muy larga duración. Los negativos efectos psicológicos y sociales generalmente ligados al internamiento de larga duración³³ –que se ven ciertamente agravados si a ello se añade la aniquilación de toda esperanza de posible liberación y las duras circunstancias que suelen acompañarlos (lo que incrementa sin duda el riesgo de suicidio en prisión)–, pueden convertirlas en una especie de “tortura lenta y mutilación psíquica”³⁴ y constituyen en este sentido un importante argumento de peso en contra de la conciliación de esas penas con el principio de humanidad. Pero lo esencial en la cadena perpetua no es tanto la gravedad de aquellos efectos, cuya inevitabilidad teórica no queda exenta de discusión, aun cuando, habida cuenta de las condiciones ordinarias de detención en la amplia mayoría de países, difícilmente debería dar lugar a dudas, al menos en la práctica. Su contradicción radical con la dignidad humana deriva de su desconocimiento de “las propiedades específicas del ser humano”, al que se acaba declarando “incapaz de un proyecto existencial del que no forme parte el delito”³⁵, negándole “no ya la perfectibilidad moral (...), sino su elemental derecho a una segunda oportunidad en la sociedad, tras haber purgado la condena merecida”³⁶.

A pesar de lo anterior, si bien hay Estados, como España, que no la contemplan o que la prohíben constitucionalmente –como, por ejemplo, Brasil (art. 5 XLVII b), Colombia (art. 34) o Portugal (art. 30.1)³⁷– y aun cuando pueda excluirse en los tratados de extradición,

32 D. VAN ZYL SMIT, “Life imprisonment as the ultimate penalty in International Law: a human rights perspective”, *Criminal Law Forum*, 9, 1999, pp. 28 s.

33 Así, además de las obras ya clásicas de (CLEMMER (The Prison Community, New York, 1958) o GOFFMAN (*Asiles. Etudes sur la condition sociale des malades mentaux et autres reclus*, Paris, 1968), C. HANEY, *Reforming Punishment: Psychological Limits to the Pains of Imprisonment*, Washington, 2006.

34 J.G. MURPHY, *Retribution, Justice and Therapy*, 1979, p. 240.

35 A. TORÍO LÓPEZ, “La prohibición constitucional de las penas y tratos inhumanos o degradantes”, *Poder Judicial*, 4, 1986, p. 81.

36 F. SAVATER, “Contra la cadena perpetua”, *El Correo digital* (23.08.08) (<http://www.elcorreodigital.com/vizcaya/20080823/opinion/contra-cadena-perpetua-20080823.html>).

37 El art. 30.1 de la Constitución portuguesa excluye las penas y medidas privativas o restrictivas de libertad de carácter perpetuo o de duración ilimitada o indefinida. Con todo, el apdo. 2 de este mismo artículo –en caso de peligrosidad basada en una grave anomalía psíquica y en la imposibilidad de tratamiento en medio abierto– admite la prolongación sucesiva de las medidas privativas o restrictivas de libertad en cuanto se mantenga tal estado, siempre por decisión judicial.

la presencia de la cadena perpetua en el plano comparado es muy importante, habiendo sustituido casi con habitualidad a la pena de muerte tras su abolición, lo que ha incrementado su imposición y aplicación³⁸. Aún más, la reclusión a perpetuidad es la pena contemplada por el art. 77 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, como la pena más grave para “la persona declarada culpable de uno de los crímenes a que se hace referencia en el artículo 5”, “cuando lo justifiquen la extrema gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado”³⁹.

La cuestión de la constitucionalidad de la prisión a perpetuidad ha suscitado también la intervención de las máximas instancias judiciales de algunos países⁴⁰. Parecer generalizado es que la admisibilidad de la cadena perpetua no puede resultar incondicional⁴¹, sino que obliga a analizar no sólo las condiciones de ejecución, sino igualmente la posibilidad de su revisión al término de determinados años de cumplimiento y con base en un procedimiento plenamente homologable desde el prisma de la independencia del órgano decisorio y del respeto de los derechos de la defensa. Esta ha sido, por ejemplo, la línea seguida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación con sentencias a perpetuidad impuestas en el Reino Unido⁴².

38 D. VAN ZYL SMIT, “Abolishing life imprisonment?”, *Punishment and Society*, 2001, p. 300.

39 Sin embargo, no resulta directamente mencionada en los Estatutos de los Tribunales Penales Internacionales para la Ex-Yugoslavia o Ruanda. Estos se remiten, en cuanto a la fijación de “las condiciones del encarcelamiento, (...) a las normas de penas de prisión aplicada por los tribunales de” Yugoslavia y de Ruanda, teniendo “en cuenta factores como la gravedad de la infracción y la situación personal del condenado” (arts. 24 y 23 de los respectivos Estatutos). Aun cuando en Yugoslavia la pena máxima de prisión era de 20 años (Ruanda sí conocía la cadena perpetua), esto no ha impedido al Tribunal Penal Internacional entender que el art. 24 le otorga flexibilidad suficiente para aplicar la pena de prisión a perpetuidad. Críticamente, D. VAN ZYL SMIT, “Life imprisonment...”, *cit.*, pp. 16 ss.

40 En España diversas sentencias del Tribunal Supremo han resaltado la incompatibilidad de la prisión perpetua con el contenido del art. 15 de la Constitución. Así, por ejemplo, SSTs 1822/1994 de 20 octubre, 343/2001 de 7 marzo, 734/2008 de 14 noviembre.

41 S. VERELST, “Life imprisonment and human rights in Belgium”, *Human Rights Law Review*, 3-2, 2003, p. 283.

42 S. VERELST, *ibidem*, pp. 282-283. En 1983 (*Solem v Helm*), la imposibilidad de acceso a la libertad condicional fue igualmente la razón determinante, en los EE.UU. de América, de su calificación como desproporcionada (y, por tanto, contraria a la octava enmienda: castigo cruel e inusual). No obstante, con posterioridad, y a pesar de reñidos debates y votaciones en el seno del Tribunal Supremo, se han considerado

Muy importante, por su alcance y trascendencia es la Sentencia de 1977 del Tribunal Constitucional alemán (BVerfGE 45, 187), que analizó la cuestión, entre otros argumentos, a la luz del art. 1 de la Constitución alemana (inviolabilidad de la dignidad humana)⁴³. Rechazando que la cadena perpetua pueda calificarse, directamente y por su propia naturaleza, de pena inhumana, el Tribunal Constitucional entendió que, siempre que se cumplieran ciertas condiciones, podía aceptarse su constitucionalidad⁴⁴, identificando, a la postre, el ataque “a la esencia de la dignidad humana” con el hecho de que “el preso, a pesar de su evolución personal, ha(ya) de abandonar toda esperanza de recobrar algún día su libertad” (BVerfGE 45 187, 245).

En suma, para no pocas instancias –y como afirmara ya el Consejo de Europa en 1977⁴⁵– el encarcelamiento de una persona de por vida sin esperanza de liberación no resulta compatible con el principio de humanidad, de aquí que, para que la prisión a perpetuidad pueda conciliarse con la dignidad humana, el preso deba conservar una expectativa concreta y realizable de una eventual liberación; esto obliga a contar, respecto de la cadena perpetua, con una regulación normativa razonable, ordenada y procesalmente correcta de la concesión (incluso aunque sea muy limitada)⁴⁶ de la libertad condicional⁴⁷.

Evidentemente, la posibilidad de revisión o de liberación condicional transcurrido un plazo de efectivo cumplimiento (período de seguridad) introduce un importante elemento de interés en la prisión perpetua, que facilita para muchos la superación del test de constitucionalidad⁴⁸; máxime si el período de seguridad, que tantas

plenamente constitucionales cadenas perpetua sin posibilidad de libertad condicional S. VERELST, *ibidem*, p. 281.

43 H.M. WEBER, *Die Abschaffung der lebenslangen Freiheitsstrafe: Für eine Durchsetzung der Verfassungsanspruchs*, Baden-Baden, 1999.

44 S. VERELST, “Life imprisonment...”, *cit.*, pp. 280-281.

45 COUNCIL OF EUROPE, *Treatment of long-term prisoners*, Strasburg, 1977, p. 22.

46 En este sentido igualmente, TEDH, asunto *Kafkaris v. Chipre* (2008).

47 See D. VAN ZYL SMIT, “Abolishing...”, *cit.*, p. 299.

48 L. RODRÍGUEZ RAMOS, “Constitucionalidad de la prisión perpetua”, *El País*, 17 noviembre 2000. http://www.elpais.com/articulo/opinion/ESPANA/CONSTITUCION_ESPANOLA_DE_1978/CODIGO_PENAL/Constitucionalidad/prision/perpetua/elpepiopi/20001117elpepiopi_14/Tes?print=1.

variaciones presenta en el Derecho comparado⁴⁹, no excede de los 15 años. Esto suaviza igualmente las objeciones que la cadena perpetua genera por su indeterminación y desde el prisma de la necesaria orientación resocializadora de la pena privativa de libertad⁵⁰, pero no resuelve los múltiples problemas (criminológicos y de orden jurídico) suscitadas por la aplicación de los mecanismos de revisión.

Por su parte, algunas legislaciones que no recurren a la prisión a perpetuidad han introducido penas temporales de una duración tan extendida (y completada en su ejecución por reglas tan estrictas dirigidas a su cumplimiento íntegro), que acaban asimilando la situación de los condenados a la de los presos a perpetuidad.

Como llega a reconocer la propia Exposición de Motivos del Proyecto de reforma del Código Penal de 2009, éste es el caso de la legislación española, particularmente tras las reformas de 2003 y, muy en especial, a partir de la línea abierta por la jurisprudencia del Tribunal Supremo con la Sentencia de 28 febrero de 2006 (caso Parot). Frente a ello, conviene recordar cómo la STS 1822/1994 –tras recordar (en línea con la STS 30 mayo 1992) que la consecución del mandato constitucional de resocialización “no puede conseguirse o resulta muy difícil (...) cuando se produce, en función de las circunstancias, una excesiva exasperación de las penas”– consideró con razón que “el desentendimiento de la inspiración constitucional rehabilitadora y de reinserción social llevaría a un “trato inhumano” a quien, sustraído a la mecánica normal del artículo 70.2 del Código Penal, se viese abocado a una situación de privación de libertad muy superior a los treinta años. Tal intensidad supondría una privación de oportunidad reinsertadora para el sujeto, una humillación o sensación de envilecimiento superior a la que acompaña a la simple imposición de la condena, trato inhumano y degradante proscrito por el artículo 15 de la Constitución”.

En realidad, como hace tiempo señalara BERISTAIN⁵¹, “la privación de libertad durante más de 14 ó 15 años resulta nefasta”: todo internamiento de duración superior a 15 años corre un grave

49 D. VAN ZYL SMIT / F. DÜNKEL (eds.), *Imprisonment Today and Tomorrow*, 2ª ed., The Hague, 2001. Por su parte, el art. 110.3 del Estatuto de la Corte Penal Internacional coloca en 25 años el período par la revisión y, en su caso, reducción de la reclusión a perpetuidad impuesta.

50 D. VAN ZYL SMIT, *Taking Life Imprisonment Seriously in National and International Law*, The Hague, 2002, pp. 146 ss.

51 *Derecho penal y Criminología*, Bogotá, 1986, p. 198.

riesgo de daños irreversibles en la personalidad del preso, por lo que debería adoptarse como límite máximo de cumplimiento efectivo de la pena privativa de libertad. Obviamente una decisión de este estilo –hoy por hoy inimaginable en esta “sociedad punitiva”⁵², obsesionada con la extensión de la duración de las penas de prisión y de su cumplimiento efectivo e íntegro– obliga a plantear el tratamiento de los delincuentes peligrosos, que, al término de su condena, sigan presentando un riesgo relevante de comisión de graves hechos delictivos⁵³. Otros Derechos contemplan, para estos casos, diversas respuestas, generalmente sometidas a fuertes críticas doctrinales por lo que suponen de extensión de la intervención penal más allá de la duración de la pena impuesta, que en un Estado respetuoso de las garantías individuales debería ser barrera infranqueable en la intervención del poder punitivo estatal. Así, el modelo alemán (§ 66 StGB) permite que el juez en la sentencia (o, en caso de que la peligrosidad se manifieste durante la ejecución, al finalizar la condena) pueda establecer, junto a otras medidas no privativas de libertad, una “custodia de seguridad”, para su ejecución al término del cumplimiento de la pena; esto es, “sin que opere aquí el principio vicarial”⁵⁴. La opción seguida por los últimos proyectos de reforma penal en España es la introducción de la libertad vigilada, como medida de seguridad, para los sujetos cuya peligrosidad criminal subsista una vez cumplida la pena privativa de libertad y, muy en particular, para los delincuentes sexuales y de terrorismo. Integrada por un conjunto de obligaciones, prohibiciones y reglas de conducta, la libertad vigilada –que puede llegar hasta los diez años si el Código lo prevé expresamente (art. 105.2)– se impone ya en la sentencia, pero ha de esperar para su ejecución al momento de excarcelación, una vez confirmado el pronóstico de peligrosidad, que deberá ser revisado anualmente (art. 98.1).

La nueva regulación proyectada se presenta de un alcance más contenido que los textos anteriores, algo a resaltar positivamente.

52 D. GARLAND, “The Punitive Society: Penology, Criminology and the History of the Present”, *The Edinburgh Law Review*, I, 2, 1997. Asimismo, J. L. DÍEZ RIPOLLÉS, “El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana”, *Jueces para la Democracia*, 49, 2004, pp. 25 ss.

53 J.M. ZUGALDÍA ESPINAR, “Medidas de seguridad complementarias y acumulativas para autores peligrosos tras el cumplimiento de la pena”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 1, 2009, pp. 197 ss.

54 A.J. SANZ MORÁN, *Las medidas de corrección y de seguridad en el Derecho penal*, Valladolid, 2003, p. 56.

Siendo en cualquier caso preferible al internamiento, podría además ser razonable, como respuesta a los supuestos de peligrosidad subsistente, si la regulación en vigor garantizara unos límites adecuados a la privación de libertad efectiva en la línea de lo indicado más arriba. Ahora bien, se pretende su introducción en una legislación, como la española, que en los últimos tiempos ha extendido ya las posibilidades de imposición de penas accesorias a cumplir tras la liberación (art. 57 Código penal) y la propia duración de la privación de libertad (al igual que las reglas que garantizan su cumplimiento íntegro), estableciendo períodos de seguridad y restringiendo mucho el acceso a la libertad condicional. Lo anterior, unido a las dificultades a las que –con base en los conocimientos de que disponemos por el momento– todo pronóstico de peligrosidad se enfrenta⁵⁵, justifica el posicionamiento crítico respecto de una medida que, en la práctica, no dejará de suponer un claro endurecimiento de la intervención penal, a la que, sin respetar el principio de proporcionalidad, permite extenderse respecto de personas que ya han “purgado” su pena, esto es, más allá de lo que las penas previstas por los correspondientes tipos penales consideran apropiada respuesta a los hechos delictivos (graves o menos graves) cometidos.

c) Régimen penitenciario inhumano o degradante

El principio de humanidad no sólo se ve enfrentado por la existencia de determinadas penas. Alcanza asimismo importantes repercusiones en el plano penitenciario, que debe obviamente configurarse como un espacio plenamente respetuoso de la persona humana y, por tanto, ajeno a todo trato inhumano o degradante. Dispone el art. 10.1º del Pacto Internacional de derechos civiles y políticos: “toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano”. Diversas recomendaciones internacionales –como las Reglas Mínimas internacionales (y las Reglas penitenciarias europeas)– constituyen en este punto desarrollos del principio de humanidad y sirven de referencia a los tribunales para determinar, en el caso concreto, la compatibilidad o no de las medidas o intervenciones cuestionadas con aquella disposición (o con el art. 3 del Convenio de Roma).

55 C.M. ROMEO CASABONA, *Peligrosidad y Derecho Penal preventivo*, 1986, pp. 24 ss.

Tanto el Comité de Derechos Humanos como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos han tenido que examinar repetidamente demandas en este orden de cosas. La jurisprudencia de este Alto Tribunal –que, hasta 1998, aun cuando detectara un incumplimiento de normas y estándares internacionales, no llegara a apreciar violación del art. 3 en asuntos penitenciarios (no así en algunos supuestos de detención policial y por las fuerzas de seguridad)⁵⁶–, manifiesta en los últimos años una mayor incidencia de las violaciones del Convenio de 1950 con base en algunas de las prácticas penitenciarias cuestionadas. Son, en este sentido, ya numerosas las sentencias que detectan violación del art. 3 en determinadas prácticas⁵⁷ y condiciones de internamiento⁵⁸ y, muy en especial, respecto de ciertas categorías de internos, las cuales – como las personas muy envejecidas y enfermas, los afectados por alteraciones mentales o, muy en particular los enfermos graves–precisan de cuidados específicos y no deben ser sometidas a determinadas medidas disciplinarias y/o de contención física sin probada necesidad⁵⁹. El Tribunal ha declarado igualmente contrarias al art. 3: la alimentación forzosa a internos en huelga de hambre con empleo de medios extremos y sin necesidad terapéutica real⁶⁰;

56 D. GOMIEN, D. HARRIS, L. ZWAAK, *Convention européenne des droits de l'homme et Charte sociale européenne: droit et pratique*, Strasbourg, 1997, pp. 118 ss.

57 Encadenamiento del preso de edad a su cama durante su hospitalización (*Henaf v. Francia*, 2003), afeitado de la cabeza en el marco de una sanción disciplinaria (*Yankov v. Bulgaria*, 2003), cuidado de un heroinómano que presentaba síntomas de abstinencia y fallece en prisión (*McGlinchey y otros v. Reino Unido*, 2003).

58 Pe. y en combinación con otras circunstancias, como la duración de la detención, en centros sobrepoblados e insalubres, (*Kalachnikov v. Rusia*, 2002; *Mameova v. Rusia*, 2006), en celda de dimensiones muy insuficientes (*Cenbauer v. Croacia*, 2006) o con falta de agua y alimentación (*Kadik.is v. Letonia*, 2006). También ha apreciado violación del art. 3 en un caso de prisión provisional en la que se exigía al interno pagar para obtener una mejora de las condiciones de internamiento (*Modarca v. Moldavia*, 2007).

59 Cabe destacar las sentencias de los asuntos *Mouisel v. Francia*, 2002; *Farbthus v. Letonia*, 2004; *Melnik v. Ucrania*, 2006; *Rivière v. Francia*, 2006; *Popov v. Rusia*, 2006; *Khudobin v. Rusia*, 2006; *Tarariyeva v. Rusia*, 2006; *Hüseysin v. Turquía*, 2007; *Gorodnitchev v. Rusia*, 2007; *Paladi v. Moldavia*, 2007; *Koutcherouk v. Ucrania*, 2007; *Yakovenko v. Ucrania*, 2007; *Dybeku v. Albania*, 2007; *Renolde v. Francia*, 2008; *Kotsaftis v. Grecia*, 2008.

60 *Nevmerjitski v. Ucrania*, 2005; *Ciorap v. Moldavia*, 2007. Ver también, entre otras, *Hunc v. Turquía*, 2004, sobre el tratamiento aplicado a huelguistas de hambre con síndrome de Wernicke-Korsakoff.

las condiciones de internamiento en la Isla de Aruba⁶¹; y el cacheo integral com inspección anal sistemática (tras cada comunicación y durante dos años)⁶².

También las más altas instancias judiciales de los Estados van desarrollando su propia jurisprudencia en la materia. De hecho, en el caso del Tribunal Constitucional español⁶³, la mayoría de los supuestos estudiados de tortura y tratos inhumanos o degradantes conciernen al marco penitenciario. El TC ha visto por el momento violación del art. 15 CE en la imposición de asistencia médica contra la voluntad del interno en un caso de enfermedad grave e incurable (STC 48/1996) y no en las cuestiones suscitadas en torno a la alimentación forzosa de sujetos en huelga de hambre, denegación de la progresión en grado o libertad condicional, aplicación de medios de control y seguridad, imposibilidad de mantener comunicaciones íntimas, prohibición de aplicación de tratamientos médicos alternativos y aislamiento en celda⁶⁴.

3. PRINCIPIO DE HUMANIDAD Y RESOCIALIZACIÓN

Las consecuencias del principio de humanidad para la vida penitenciaria no se agotan en la prohibición de tratamientos inhumanos o degradantes en prisión. Por el contrario, en línea con el art. 10.3 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos (y, en España, con el art. 25.2 de la Constitución), se acepta ampliamente, como corolario del principio de humanidad, la orientación resocializadora de la pena privativa de libertad, cuanto menos en su aspecto ejecutivo. Si el principio de humanidad obliga a la corresponsabilización social con el delincuente –el cual no deja

61 Aislamiento celular durante período excesivo e inútilmente prolongado, más de siete meses en celda que no protegía al interno de las inclemencias del tiempo, y detención en un lugar desde el que no podía acceder a la zona de ejercicios ni al aire libre sino a costa de graves dolores físicos consecuencia de una dolencia en la espalda (*Mathew v. Holanda*, 2005).

62 *Frérot v. Francia*, 2007. También sobre cacheo a detenidos, *Salah v. Holanda*, *Baybasin v. Holanda*, 2006.

63 F. REVIRIEGO PICÓN, *Los derechos de los reclusos en la jurisprudencia constitucional*, Madrid, 2008, pp. 55 ss. Ver también, T. MONTERO HERNANZ, “La jurisprudencia del Tribunal constitucional en materia penitenciaria (1981-2007)”, *Revista General de Derecho Penal*, 9, 2008, RI §403783.

64 Respecto de los cacheos con desnudo integral, el otorgamiento del amparo vino por vía de la vulneración del derecho a la intimidad y no por infracción del art. 15 CE.

de formar parte de la sociedad-, la institución penitenciaria ha de procurar, en primer término, reducir el contenido estigmatizador y separador propio de toda decisión de internamiento tras los muros de una prisión, así como aprovechar la ejecución para abrir oportunidades de superación de la desocialización⁶⁵, asimilando en lo posible la vida de dentro a la de fuera, fomentando la comunicación del preso con el exterior y facilitando la progresiva incorporación del penado a la vida en libertad.

1. Frente a las múltiples propuestas de entendimiento del (por otra parte, ambiguo)⁶⁶ ideal resocializador, esta configuración democrática de la resocialización parte de que el modelo de resocialización penitenciaria no puede ser muy distante del modelo de socialización de los demás ciudadanos, sustentado constitucionalmente en el respeto y disfrute de los derechos fundamentales y el desarrollo integral de la personalidad⁶⁷. De este modo, y evitando la identificación con la necesidad de articulación en prisión de un tratamiento para todos los internos, sorteando los problemas de legitimidad no pocas veces subrayados, articulando la meta resocializadora de un modo plenamente compatible con el reconocimiento a los presos de sus derechos constitucionales y, entre ellos, del derecho a ser diferente, de donde deriva la no sumisión a un tratamiento que no sea voluntariamente aceptado.

La resocialización se convierte así en un objetivo de la intervención penitenciaria en su conjunto⁶⁸ y no meramente en la meta de las intervenciones terapéuticas. El régimen penitenciario también ha de ser resocializador⁶⁹. Frente al riesgo de conversión de los establecimientos en meros depósitos de seres humanos⁷⁰, que el abandono del ideal resocializador claramente conlleva, esto obliga a la institución penitenciaria a comprometerse, de manera decidida y en primer lugar, con la humanización de la prisión, presupuesto

65 F. MUÑOZ CONDE, *Derecho penal y control social*, Jerez, 1985, pp. 89 ss.

66 A. GARCÍA PABLOS DE MOLINA "La supuesta función resocializadora del Derecho Penal: utopía, mito y eufemismo", *ADP*, 1979, p. 650.

67 F. BUENO ARÚS, "A propósito de la resocialización del delincuente", *Cuadernos de Política Criminal*, 25, 1985, pp. 65 y ss.

68 J. L. DE LA CUESTA ARZAMENDI, "La resocialización: objetivo de la intervención penitenciaria", *Papers d'estudis i formació*, 12, 1993, pp. 9 ss.

69 J. L. DE LA CUESTA ARZAMENDI, "Reflexiones acerca de la relación entre régimen penitenciario y resocialización", *Eguzkilore*, núm. extraordinario 2, 1989, pp. 59-63.

70 A. BERISTAIN, *Derecho Penal...*, cit., pp. 194 ss.

ineludible de cualquier labor resocializadora⁷¹. Asimismo, junto al refuerzo de las garantías individuales de los internos y la apertura de amplios programas de relación con el exterior, esto requiere de manera prioritaria la puesta en práctica de acciones eficaces y permanentes de control de la sobrepoblación penitenciaria⁷², que tantas dificultades plantea para cualquier intervención penitenciaria adecuada y eficaz.

2. La necesaria orientación resocializadora de la pena privativa de libertad obliga, por otra parte, a un esfuerzo especial en la búsqueda de alternativas válidas para las penas cortas de prisión o, en su caso, el desarrollo de sistemas y mecanismos de ejecución atenuada de la misma (arrestos domiciliarios, semilibertad, tratamiento intermedio, semidetención y libertad controlada, arresto de fin de semana...). Siendo la multa la alternativa a la pena de prisión tradicionalmente más contemplada por los Códigos penales, rasgo característico de las legislaciones contemporáneas es la multiplicación de las posibilidades de suspensión condicional (de la pena, del fallo, del proceso...) y la apertura de cauces a la imposición, como alternativas a la prisión, de penas accesorias o restrictivas de libertad, interdicciones profesionales, privaciones o suspensiones de ciertos derechos y hasta la reparación de la víctima, la dispensa de pena o el perdón...; a ellas se añade la expulsión, crecientemente aplicable respecto de los extranjeros.

En cualquier caso, la alternativa de mayor prestigio y renombre en el Derecho comparado es el trabajo en beneficio de la comunidad⁷³. A partir de la privación de una parte del tiempo libre del condenado, en el trabajo en beneficio de la comunidad el penado se obliga voluntariamente a realizar durante ese tiempo una prestación de contenido social positivo. El éxito de la pena de trabajo en beneficio de la comunidad no depende, con todo, tan sólo de una regulación normativa adecuada y suficiente, sino muy principalmente de la existencia de una "infraestructura adecuada"⁷⁴, lo que pasa por la

71 H. KAUFMANN, *Principios para la reforma de la ejecución penal*, Buenos Aires, 1977, p. 47.

72 J. L. DE LA CUESTA ARZAMENDI, "Retos principales del actual sistema penitenciario", en *Jornadas en Homenaje al XXV Aniversario de la Ley Orgánica General Penitenciaria*, Madrid, 2005, pp. 134 s.

73 J. A. BRANDÁRIZ GARCÍA, *La sanción penal de trabajos en beneficio de la comunidad*, Valencia, 2009.

74 N. SANZ MULAS, *Alternativas a la pena privativa de libertad*, Madrid, 2000, p. 350.

articulación de una amplia red de entidades públicas y privadas, capaz de configurar una variada oferta de actividades válidas. Es éste el mayor reto al que se enfrenta en la actualidad el desarrollo de esta pena en España donde, introducida por el Código Penal de 1995 (y objeto de una importante reforma en 2003), la frecuencia de su imposición se ha visto altamente potenciada por la reciente reforma de los delitos contra la seguridad vial operada por LO 15/2007.

Por lo demás, las diversas reformas del Código Penal no han sido capaces de romper con la inseguridad, contradicciones y falta de innovación que le caracteriza en este ámbito⁷⁵. Tampoco parece que lo vaya a hacer el Proyecto de reforma de 2009, en el que se elimina la reintroducción (proyectada en 2006) del arresto de fin de semana; una pena, prevista en 1995 (art. 37) y sustituida a partir de la entrada en vigor de la L.O. 15/2003 por la localización permanente, que el Proyecto de 2009 dice querer reforzar.

4. PRINCIPIO DE HUMANIDAD Y VÍCTIMAS

Si tradicionalmente el principio de humanidad ha centrado su foco en el sujeto activo del delito, planteándose como uno de los postulados limitadores del poder punitivo del Estado, a partir de la enseñanza de la Victimología a nadie se le escapa que una política criminal inspirada por el principio de humanidad no sólo no puede ignorar las necesidades de las víctimas, sino que debe asumir como una de sus funciones más básicas el esfuerzo por su atención y satisfacción. Superando la limitada perspectiva de la víctima como sujeto pasivo de la acción o del delito, el respeto del principio de humanidad en Derecho penal exige, en este sentido, hacer pasar a las víctimas “del olvido al reconocimiento”⁷⁶, garantizando todos sus derechos, otorgándoles pleno protagonismo en el sistema penal y colocando al principio de protección de las víctimas al mismo nivel que la proscripción de las penas y tratamientos inhumanos y degradantes y la orientación resocializadora de la pena.

Toda política criminal respetuosa, como no puede ser menos, del principio de humanidad para las víctimas ha de partir del

75 J. L. DE LA CUESTA ARZAMENDI, “Formas sustitutivas de las penas privativas de libertad en el Código Penal español de 1995”, en *Estudios Jurídicos en Memoria de José María Lidón*, Bilbao, 2002, p. 151.

76 I. J. SUBIJANA ZUNZUNEGUI, *El principio de protección de las víctimas en el orden jurídico penal. Del olvido al reconocimiento*, Granada, 2006.

aseguramiento de sus derechos, que exceden con mucho del mero ámbito de la responsabilidad civil. Las víctimas han de ser tratadas con humanidad y con pleno reconocimiento y respeto de lo que jurídicamente conlleva su condición de víctimas: en particular, su derecho a la información y a la verdad, al acceso a la justicia y a la reparación. El derecho a la reparación de las víctimas –que ha de abarcar, cuanto menos, la prevención de situaciones de desamparo, al lado de la restitución, reparación de daños e indemnización de perjuicios–, no debería quedar en lo meramente patrimonial; siempre que la agresión alcance a bienes personalísimos con una cierta entidad, ha de buscarse una reparación integral, inclusiva de medidas de asistencia y acompañamiento y de la obtención y disfrute de ayudas públicas para la superación de la victimización (rehabilitación personal y reinserción social).

Por su parte, las macrovictimaciones (como la terrorista)⁷⁷ agravan la situación, acentúan la dimensión colectiva e intensifican la necesidad y urgencia de las acciones de solidaridad, atención y reparación integral y la adopción de todas las medidas apropiadas que puedan contribuir al reforzamiento de sus derechos (muy en particular, al reconocimiento de su condición de víctimas, a la verdad y a la memoria), a la protección frente a posibles agresiones o vejaciones, la tutela de la intimidad y a la asistencia en los planos físico, psicológico, familiar, laboral, social...

Obviamente el Derecho penal constituye un muy pobre instrumento de cara al reconocimiento y garantía de los derechos de las víctimas que, sin perjuicio de su tutela penal efectiva, han de contemplarse en el marco de una política criminal que asegure una intervención de los poderes públicos, adecuada y eficaz.

Ahora bien, frente a quienes entienden que la protección de la víctima queda al margen del Derecho penal, conviene afirmar la importancia y repercusiones que alcanza el reconocimiento del principio de protección de las víctimas, como corolario del axioma de humanidad. Como indica SUBIJANA ZUNZUNEGUI, función de este principio ha de ser “garantizar la máxima tutela jurídica de los derechos de las víctimas en el orden penal, sin desnaturalizar, con ello, los principios que adecuan el Derecho Penal a las exigencias de un Estado social y democrático de Derecho”; y, en el plano procesal,

77 A. BERISTAIN, *Protagonismo de las víctimas de hoy y mañana (Evolución en el campo jurídico penal, prisional y ético)*, Valencia, 2005, pp. 33 ss.

sin “vaciar las notas jurídicas que permiten concebir a un juicio como un proceso justo e idóneo para obtener una tutela efectiva de los derechos e intereses legítimos”⁷⁸. Partiendo de una adecuada definición de víctima (de la que carece en la actualidad el Código penal), esto requiere, en el plano sustantivo,

- seleccionar y tipificar adecuadamente aquellos supuestos de desistimiento, comportamiento post-delictivo o especial relación con las víctimas que merecen un tratamiento privilegiado, así como de los que, por prevalerse de un contexto o situación de desprotección o debilitar significativamente los mecanismos de autoprotección de las víctimas, han de recibir un tratamiento agravado;
- desarrollar la justicia reparadora, potenciando la mediación, mejorando la regulación de la responsabilidad civil, convirtiendo a la reparación en una tercera vía penal y dotando de un mayor contenido reparatorio de la víctima al trabajo en beneficio de la comunidad; y, en general,
- “colocar a las víctimas en el centro neurálgico de las sanciones penales”⁷⁹,
 - promoviendo respuestas penales que protejan a las víctimas, al generar barreras a ulteriores procesos de victimización (como las inhabilitaciones especiales en el ámbito familiar, las prohibiciones de residencia, acercamiento y comunicación o la sumisión del victimario a programas formativos, culturales, educativos, profesionales, de educación sexual o similares);
 - dando mayor cabida en los procesos de determinación judicial de la sanción penal a consideraciones relativas a las circunstancias de la víctima, que en la actualidad sólo pueden encauzarse a través del juicio sobre la gravedad del hecho delictivo; y
 - abriendo espacios de participación de las víctimas en el ámbito de la ejecución⁸⁰.

78 I. J. SUBIJANA ZUNZUNEGUI, *El principio...*, cit., p. 23.

79 I. J. SUBIJANA ZUNZUNEGUI, *ibidem*, p. 128.

80 A. BERISTAIN, “Protagonismo de las víctimas en la ejecución penal (hacia un sistema penitenciario europeo)”, *Actualidad penal*, 37, 200, pp. 798; J. C. RÍOS MARTÍN, “La mediación en la fase de ejecución del proceso penal”, *Revista de Estudios Penitenciarios*, extra. 2006, pp. 169 ss.

En cuanto al principio *in dubio pro victima*⁸¹, se trata de una propuesta del mayor interés que debería abrirse progresivamente camino, particularmente en la legislación específica en materia de víctimas, ámbito que ofrece al efecto posibilidades mayores y más ricas que el Derecho penal sustantivo y procesal.

81 A. BERISTAIN, *Protagonismo...*, *cit.*, pp. 321 s.



EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO COMO INSTRUMENTO DE PAZ

José Luis Rodríguezvillasante y Prieto

Doctor en derecho; General de división; Consejero togado; Director del Centro de Estudios de Derecho Internacional Humanitario de la Cruz Roja española.

INTRODUCCIÓN. LA PAZ COMO META DEL PRINCIPIO DE HUMANIDAD

Paz y derecho internacional humanitario

El 12 de agosto de 1999, al conmemorar el cincuenta aniversario de los Convenios de Ginebra de 1949 (Normas Básicas del Derecho Internacional Humanitario), el Secretario General de las Naciones Unidas hizo un llamamiento solemne a todos los pueblos, naciones y gobiernos para que “rechacen la idea de que la guerra es inevitable y combatan sin tregua sus raíces, se exija a todos los involucrados en los conflictos armados que respeten los principios elementales de humanidad y las normas del derecho internacional, protejan a los civiles de los horrores de la guerra y fomenten las relaciones entre individuos, entre pueblos y entre naciones sobre la base del respeto de la dignidad humana, la compasión y la solidaridad”. En definitiva, se expresan dos ideas fundamentales: que la humanidad no está condenada a la guerra y que en los conflictos armados se deben respetar esas normas mínimas de humanidad aceptadas convencionalmente por todos los pueblos.

El principio de humanidad, que parte de una ética de solidaridad humana, está indisolublemente unido a la irrenunciable meta de conseguir una paz justa y duradera.

Ya desde la Conferencia Mundial de la Cruz Roja sobre la Paz (Belgrado, junio de 1975), el Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja aprobó en el preámbulo de su Programa (“Acción de la Cruz Roja como factor de paz”) la siguiente declaración:

La Cruz Roja no considera la paz simplemente como la ausencia de guerra, sino más bien como un proceso dinámico

de cooperación entre todos los Estados y todos los pueblos, cooperación que debe fundarse en la libertad, la independencia, la soberanía nacional, la igualdad, el respeto de los derechos humanos, y en la distribución equitativa de los recursos para atender a las necesidades de los pueblos.

La Cruz Roja considera que el respeto, en todas las circunstancias, de las reglas de humanidad es esencial para la paz.

Para comprender mejor este mensaje de paz, implícito e inescindible de las normas de Derecho Internacional Humanitario, basta con analizar el Principio de Humanidad que es el primero de los que se proclaman como fundamentales para el Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja. Estos principios, no lo olvidemos, se han aprobado en las Conferencias Internacionales de la institución, en las que participan como miembros los Estados Partes en los Convenios de Ginebra (189 en la actualidad).

Dice el Principio de Humanidad: “El Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, al que ha dado nacimiento la preocupación de prestar auxilio, sin discriminación, a todos los heridos en los campos de batalla, se esfuerza, bajo su aspecto internacional y nacional, en prevenir y aliviar el sufrimiento de la humanidad en todas las circunstancias. Tiende a proteger la vida y la salud, así como a hacer respetar a la persona humana. Favorece la comprensión mutua, la amistad, la cooperación y una paz duradera entre todos los pueblos”.

Como afirma Jean Pictet, en este entorno se sitúa el cometido de la Cruz Roja a favor de la paz, que no se debe contentar con atenuar los efectos de la guerra sino que debe participar, en la medida de sus posibilidades y dentro de los límites de su neutralidad política, en la lucha contra la guerra, esforzándose por lograr que se solucionen por vía pacífica los conflictos entre los Estados y los pueblos.

Siguiendo a este autor podríamos destacar el mismo origen del humanitarismo y el pacifismo (la moral social, verdad universal que es también denominador común de las grandes religiones), el desarrollo de un espíritu de paz que debe sembrarse en lo más profundo de cada persona (la educación para la paz), el rechazo de la violencia y la tolerancia (enseñar a las nuevas generaciones la absoluta inutilidad de las guerras), el valor del ejemplo de la

asistencia o acción humanitaria (que significa el respeto de la persona humana en tiempo de conflicto armado) y la denuncia de los males de la guerra. A lo que podíamos añadir la reconciliación (al finalizar los conflictos) pues, como ha escrito Michael Ignatieff, hay que proclamar “la interminable futilidad de los intentos de vengarse de los que ya no existen, porque la única certeza es que matar no devuelve la vida a nadie”.

Por eso, al lado de la divisa tradicional de la Cruz Roja “Inter armas caritas”, hoy se ha adoptado “Per humanitatem ad pacem”.

En definitiva, proteger a la persona humana en todas las circunstancias es creer en la dignidad inherente al ser humano, que es incluso anterior a su reconocimiento legal, constituye el fundamento del orden social e integra el núcleo irreductible de los derechos humanos que deben respetarse también en tiempo de conflicto armado.

El Presidente del Comité Internacional de la Cruz Roja Cornelio Sommaruga, con ocasión del asesinato de seis delegados de la institución que realizaban su labor humanitaria en Chechenia (entre los cuales estaba la española Fernanda Calado), lo expresó de esta manera: “Luchamos porque creemos que el ser humano conserva un mínimo de su condición aun en las guerras más depravadas. Hechos como los que hemos vivido podrían hacernos dudar, pero si nos dejamos convencer de lo contrario tendríamos que admitir que el hombre no se distingue nada de las bestias, y no estamos dispuestos a admitirlo”.

HACIA UN NUEVO ORDEN HUMANITARIO INTERNACIONAL

Aun cuando se habla hoy de un nuevo orden jurídico internacional, no debemos olvidar que permanece inalterado el sistema establecido en la Carta de las Naciones Unidas, por lo que se ha podido aludir al continuismo de la Carta. Y su presupuesto sigue siendo la coexistencia de los Estados (cooperación institucionalizada entre las Naciones) no subordinados a una autoridad política superior. Ahora bien, en el momento actual el Derecho Internacional está presidido por algunos principios fundamentales, entre los que destacamos:

1º. La prohibición de uso o amenaza de la fuerza.

2º. El respeto de los Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario.

3º. La no intervención o injerencia en los asuntos internos de los Estados.

Propósitos recogidos en la propia Carta y en la Declaración sobre los principios de Derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados, de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas (Resolución 2625 de la Asamblea General de la ONU, de 24 de octubre de 1970).

En nuestra época se abre paso a un nuevo orden humanitario internacional (el humanismo del Derecho internacional), que intenta trasladar el protagonismo (que los Estados monopolizaron en otras épocas) a la persona humana. Y ello significa una novedosa interpretación de la Carta de las Naciones Unidas, siendo decisiva la convicción de que el respeto de los Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario (la protección de la persona en todas las circunstancias) guarda relación con el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales. Así el Consejo de Seguridad justifica determinadas medidas de injerencia humanitaria, adoptadas en el ámbito del Capítulo VII de la Carta, autorizando incluso el uso limitado de la fuerza por motivos humanitarios.

Aparece así, al lado del concepto de paz estricto y meramente formal (la ausencia de guerra) que contemplaba la interpretación clásica del Capítulo VII de la Carta, la noción de paz estructural que tiene en cuenta los factores que están en el origen de los conflictos armados. La lucha profiláctica contra la guerra, en palabras de Jiménez de Aréchaga. La erradicación de las causas de los conflictos.

En este campo, como en ningún otro, se observa el desgaste de la soberanía de los Estados frente a los deberes humanitarios de alcance universal. Y se advierte una evidente aproximación entre el "ius ad bellum" (sistema institucionalizado de seguridad colectiva) y el "ius in bello" o Derecho Internacional Humanitario. Se nos dirá que ningún Estado puede ser considerado como propietario de los sufrimientos que engendra o ampara, lo que no deja de ser el reconocimiento expreso de que debe prevalecer el principio de humanidad sobre el de no intervención en los asuntos internos de los Estados.

Naturalmente, la injerencia humanitaria (aún la autorizada por una norma habilitante del Consejo de Seguridad) no deja de ofrecer graves problemas, derivados del carácter político y no democrático del Consejo de Seguridad, de sus actuaciones asimétricas, de las dudas

que suscita el abuso de determinadas acciones “humanitarias” o de la moral de doble estándar que convierte la intervención humanitaria en un instrumento de poder de los Estados más poderosos.

Pero estas dificultades, a las que habría que sumar las que presenta la más problemática intervención unilateral de los Estados con motivación humanitaria pero sin la autorización expresa del Consejo, no son obstáculos decisivos para la progresiva humanización del Derecho internacional. De esta forma podemos concluir que el Derecho Internacional Humanitario, además de hacer posible la asistencia humanitaria imparcial y neutral a las víctimas de los conflictos armados, cumple también una función importante como instrumento de paz entre los pueblos. Y ello durante y una vez finalizada la lucha armada. En este sentido, frente al papel tradicional del Derecho Internacional Humanitario durante los conflictos, se destaca hoy su función en el post-conflicto como instrumento de paz, particularmente en relación con el enjuiciamiento de los crímenes de guerra y las llamadas “Comisiones de la verdad”.

Este esfuerzo por la paz no es tampoco ajeno a la actuación del Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, cuyo primer principio fundamental es el de Humanidad, caracterizado por la prevención y alivio del sufrimiento humano en todas las circunstancias (protección de la vida y la salud y el respeto a la persona humana), pero también por el favorecimiento de la comprensión mutua, la amistad, la cooperación y una paz duradera entre todos los pueblos (Principios Fundamentales del Movimiento).

La Cruz Roja, en efecto, no considera la paz como la ausencia de la guerra sino como un proceso de cooperación entre las Naciones. Proceso dinámico que comprende actividades de la Institución, tales como acciones para paliar la violencia (aún en ausencia de guerra), cooperación entre los Estados y los pueblos, respeto por los Derechos Humanos y distribución equitativa de los recursos para atender a las necesidades de los pueblos.

“IUS AD BELLUM” E “IUS IN BELLO”. EL CONCEPTO DE DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

La evolución histórica de lo que hoy se denomina Derecho Internacional de los Conflictos Armados o Derecho Internacional Humanitario merece un intento clarificador, con el fin de distinguir lo que pertenece al “ius ad bellum” y lo que corresponde al “ius

in bello". Podemos sintetizar la mencionada evolución histórica a través del examen de tres procesos diferentes, aunque no falten interrelaciones entre ellos e incluso aproximaciones a través de un renovado protagonismo de las normas emanadas de las Naciones Unidas.

EL CONTROL DE LA GUERRA ("IUS AD BELLUM")

El primer proceso histórico se concreta en la regulación internacional del uso de la fuerza por los Estados (control de la guerra), a través de la prohibición del uso o amenaza de la fuerza en las relaciones internacionales (con las excepciones del Derecho inminente de legítima defensa o del sistema de seguridad colectiva establecido en el capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas), el desarme o control de armamentos y la represión de la guerra misma (como crimen contra la paz) o de los crímenes de guerra. En un proceso relativamente reciente que culmina en el artículo 2.4 de la Carta de las Naciones Unidas, donde el tradicional "ius ad bellum" se convierte en un "ius contra bellum". Su máximo garante es el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas que puede acordar las medidas establecidas en el capítulo VII de la Carta en caso de amenaza o quebrantamiento de la paz y seguridad internacionales.

EL DERECHO A LA GUERRA

Por el contrario, el viejo Derecho a la Guerra o "ius in bello", que regula los medios o modos de conducción de las hostilidades y recibe la denominación de Derecho de la Haya, es tan antiguo como la propia guerra y a este origen consuetudinario se refieren los Convenios de La Haya de 1899 y 1907 que constituyen –todavía– el núcleo de sus normas.

EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

En tercer lugar, el Derecho Internacional Humanitario o Derecho de Ginebra va dirigido a la protección de las víctimas de los conflictos armados, es decir, a la protección de los heridos, enfermos, náufragos, prisioneros de guerra, población civil y, por extensión, bienes culturales, bienes indispensables para la supervivencia de la población civil o medio ambiente natural. Nace con el Convenio de Ginebra de 1864 y, en la actualidad, se concreta en los cuatro

convenios de Ginebra de 1949, en el Convenio de la Haya de 1954, sobre bienes culturales y en los dos Protocolos de 1977, Adicionales a los Convenios de Ginebra. Suiza es el país depositario de los Convenios, en cuya aplicación destacan las organizaciones humanitarias como el Comité Internacional de la Cruz Roja.

EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS CONFLICTOS ARMADOS

A partir de la Resolución 2.444 (1968) de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre el respeto de los Derechos humanos en los conflictos armados, se produce una convergencia entre el Derecho de la Guerra (Regulación de los medios y modos de hostilizar) y el Derecho Internacional Humanitario (protección de las víctimas de los conflictos armados), puesto que se cae en la cuenta que, para proteger con mayor eficacia a los heridos, enfermos, náufragos, prisioneros de guerra, población civil y bienes culturales, es preciso limitar el uso de la fuerza estableciendo reglas sobre la conducción de las hostilidades. El mejor ejemplo de la aproximación entre estas dos partes del Derecho de los Conflictos Armados es la Sección I (Protección general contra los efectos de las hostilidades) del título IV (población civil) del Protocolo I de 1977, Adicional a los Convenios de Ginebra.

DEFINICIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS CONFLICTOS ARMADOS O DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

En consecuencia, podemos elaborar una definición del Derecho Internacional de los Conflictos Armados (D.I.C.A.) o Derecho Internacional Humanitario en sentido general, en la forma siguiente:

- Conjunto de Normas Jurídicas (Conjuntos internacionales y costumbre internacional)
- que regulan:
 - a. Los derechos y deberes de los que participan en un conflicto armado y los medios y modos de combatir. (Derecho de la Guerra o de la Haya).
 - b. La protección de las personas (heridos, enfermos, náufragos, prisioneros y población civil) y de los bienes, víctimas de la acción hostil. (Derecho Internacional Humanitario o Derecho de Ginebra).
- limitado el uso de la fuerza.

– sin afectar al estatuto jurídico de las Partes en conflicto.

EVOLUCIÓN DE LAS NORMAS SOBRE EL DERECHO DE LOS CONFLICTOS ARMADOS

En los orígenes de la humanidad se pueden encontrar normas que tratan de regular la conducta en la guerra, costumbres humanitarias y prácticas (derivadas de imperativos morales, religiosos, políticos, militares y hasta económicos) que exigen que se respete a quien no combate o no puede ya combatir y se le dé un trato humano. Estas normas nacen de la guerra misma (tratados entre jefes militares o prácticas seguidas por los hombres de armas a lo largo de la historia) y se convierten en reglas consuetudinarias que reglamentan la guerra. Son las “Leyes, usos y costumbres de la guerra”.

Los usos reglamentaron algunas cuestiones de las hostilidades, el comportamiento de las fuerzas armadas en campaña, el respeto a las poblaciones civiles, los poderes del ocupante de territorio enemigo y – en contraste con la práctica anterior– adoptaron progresivamente los principios de necesidad (sólo está justificado hacer uso de la cantidad y clase de fuerza necesaria para derrota del enemigo), humanidad (la obtención del objeto de la guerra es compatible con el respeto a los heridos, enfermos, náufragos, prisioneros y población civil), lealtad y cierto respeto mutuo.

Mientras el recurso a la guerra era una prerrogativa de la soberanía nacional la justicia de las causas de la guerra no tenía relevancia jurídica, de forma que toda guerra era “justa”. Sin embargo, la evolución de la Comunidad Internacional después de la Primera Guerra Mundial ha cambiado radicalmente este planteamiento. En efecto, la abolición de la guerra como instrumento de política nacional se establece en el Tratado de París de 27 de agosto de 1928, llamado Pacto Brid-Kellogg. Posteriormente, el artículo 2, párrafos 3 y 4, de la Carta de las Naciones Unidas prohíbe terminantemente el recurso a la guerra, extendiendo esta proscripción a todo acto de fuerza y a toda amenaza de emplear la guerra en las relaciones internacionales.

Como consecuencia de esta evolución, algunos autores sostuvieron la opinión de que estando prohibida la guerra, sería minar la confianza de la opinión pública sobre la eficacia de la Organización de Naciones Unidas, la aprobación de normas de aplicación en la guerra (Derecho de la guerra); y ello significó el escaso desarrollo de las reglas internacionales sobre el uso de la fuerza (Derecho de La

Haya). Por el contrario, el Comité Internacional de la Cruz Roja fue más pragmático al promover el progreso del Derecho Internacional Humanitario (Derecho de Ginebra, sobre protección de las personas contra el abuso de las fuerzas en caso de conflicto armado), pues las guerras se producen a pesar de todo y hay situaciones en las que se admite recurrir a la fuerza, conforme a la Carta de las Naciones Unidas (legítima defensa, acción preventiva o represiva ordenada por el Consejo de Seguridad de la ONU o aplicación del principio el derecho de los pueblos a su libre determinación). En las guerras hay siempre personas que sufren y a ellas se aplica el Derecho de los conflictos armados –particularmente el Derecho Internacional Humanitario– con independencia de las causas del conflicto armado.

LOS PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

Siguiendo a Eric David, en su estudio introductorio al Derecho Internacional Humanitario, podemos distinguir unos principios estructurales de unos principios sustanciales.

Los principios estructurales pueden, a su vez, subdividirse en unos principios externos e internos.

El primero de los principios estructurales externos se deriva de la convicción de que los conflictos armados son una materia regulada por el derecho. La guerra puede ser antijurídica pero no es “metajurídica”, sino uno de los ámbitos de la regulación jurídica internacional y nacional. Se trata de una relación humana objeto de las normas del derecho.

El segundo principio constata que la regulación de los conflictos armados forma parte del Derecho Internacional, por lo que es de aplicación la teoría de sus fuentes normativas y se significa que se encuentra bajo el signo de la relatividad propio de esta rama del Derecho. Así, las normas convencionales (tratados o convenios internacionales) se basan en el consentimiento de los Estados y algunas de ellas no han alcanzado la deseable universalidad.

El tercer principio caracteriza al Derecho Internacional Humanitario como un derecho simple y complejo a la vez. Simple por la existencia de un mínimo de sentido moral compartido por todos y fácilmente explicable a la opinión pública. Pero también complejo por la variedad y extensión de sus textos convencionales (Convenios de Ginebra y sus Protocolos Adicionales, Convenios de

La Haya, Convenio sobre bienes culturales, Convención sobre armas convencionales y sus Protocolos, Convenciones sobre otras armas, Estatuto de la Corte Penal Internacional y otras normas), a lo que hay que añadir las normas de derecho consuetudinario y de derecho interno.

Los principios estructurales internos, siempre siguiendo a Eric David, se podrían enunciar de esta manera:

1º. Igualdad entre los beligerantes, de forma que cuando comienza la lucha armada son indiferentes las causas del conflicto y su legitimidad (o ilegitimidad) para la protección de las víctimas de la guerra y de las obligaciones de los combatientes.

2º. El Derecho Internacional Humanitario es un derecho de geometría variable.

Esto quiere decir que la aplicación de determinadas normas de este derecho dependerá de la intensidad o naturaleza del conflicto armado, de que se trate de un conflicto armado internacional o interno y, dentro de éstos, de un conflicto armado interno generalizado (Protocolo II Adicional) o no (artículo 3 común a los Convenios de Ginebra). Por otra parte es también difícil la misma distinción entre los conflictos armados y las graves tensiones y disturbios interiores que no alcanzan la entidad de los conflictos internos.

3º. El Derecho Internacional Humanitario es un derecho de destinatarios múltiples.

Así, los Estados, en primer lugar como sujetos principales del derecho internacional, pero también las organizaciones internacionales, intergubernamentales y no gubernamentales, los movimientos de liberación nacional, las colectividades infra-estatales e incluso las personas físicas.

EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LAS NORMAS CONVENCIONALES DE DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

ANTES DE LA PRIMERA GUERRA MUNDIAL

En la segunda mitad de Siglo XIX comienza la codificación internacional de las normas –hasta ahora internas o consuetudinarias (usos o costumbres)– de la guerra. La primera norma verdaderamente internacional es la Declaración de París de 1856 sobre la Guerra Marítima (prohibición del corso, relación buque-mercancía y bloqueo). En 1862 publica el ginebrino Henry DUNANT su “Recuerdo de

Solferino”, relatando los horrores vividos en el campo de Solferino (Lombardía, 1859) y nació el “Comité de los Cinco” origen del Comité Internacional de la Cruz Roja. La primera consecuencia fue la convocatoria por el Gobierno suizo de la Conferencia Diplomática de 1864, que concluyó con la firma del Convenio de Ginebra del 22 de agosto de 1864, para el mejoramiento de la suerte de los militares heridos de los ejércitos en campaña. A partir de ahí, nace la Cruz Roja, cuya labor es decisiva para el desarrollo del llamado Derecho Internacional Humanitario.

Muy pronto, en 1868, se aprueba la Declaración de San Petersburgo a los fines de prohibir la utilización de ciertos proyectiles en tiempo de guerra.

A finales del siglo XIX se celebran en LA HAYA las conferencias de la Paz de 1899 y 1907, que constituyen el más notable intento codificador del Derecho de la Guerra.

La segunda conferencia (1907) revisó y amplió la primera, aprobando catorce Convenios con el siguiente contenido:

- Convenio I. Arreglo pacífico de los conflictos internacionales.
- Convenio II. Limitación del empleo de la fuerza para el cobro de deudas.
- Convenio III. Ruptura de hostilidades.
- Convenio IV. Leyes y costumbres de la guerra terrestre que tiene como anejo el Reglamento sobre las leyes y costumbres de la guerra terrestre. España no lo ratificó, por lo que está vigente el Convenio sobre esta materia aprobado por la Conferencia de la Paz de 1899 ratificado por nuestro país, con su Reglamento anexo.
- Convenio V. Derechos y deberes de las potencias y personas neutrales en caso de guerra terrestre.
- Convenio VI. Régimen de los buques mercantes al empezar las hostilidades.
- Convenio VII. Transformación de buques mercantes en buques de guerra.
- Convenio VIII. Colocación de minas submarinas automáticas de contacto.
- Convenio IX. Bombardeo de fuerzas navales en tiempo de guerra.
- Convenio X. Ampliación a la guerra marítima de los principios del Convenio de Ginebra. Este Convenio se inspira ya en el Convenio de Ginebra de 1906.

Mucho más desarrollado que el primitivo 1864.

– Convenio XI. Restricciones al ejercicio del derecho de captura en la guerra marítima.

– Convenio XII. Establecimiento de un Tribunal Internacional de Presas.

– Convenio XIII. Derechos y deberes de las potencias neutrales en caso de guerra marítima. Este convenio no fue ratificado por España que, sin embargo, lo asumió como derecho interno de modo provisional durante la Primera Guerra Mundial por Real Decreto de 24 de noviembre de 1914.

– Convenio XIV. Declaración acerca de la prohibición de arrojar proyectiles y explosivos desde globos.

Mientras tanto, continuaba el desarrollo del Derecho de Ginebra o Derecho Internacional Humanitario con el nuevo Convenio de Ginebra de 1906 para aliviar la suerte corrida por los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña.

EL PERIODO ENTRE GUERRAS

Desde el campo del control de la guerra, hay que citar el Tratado de Versalles de 1919, que condenó las guerras de agresión, asimismo prohibidas por el Pacto de la Sociedad de Naciones de 1920 y, finalmente, el Pacto Briand-Kellogg de 1928, de renuncia a la guerra como instrumento de política internacional.

Volviendo a la reglamentación de la conducción de la guerra, hay que citar el Protocolo de Ginebra de 17 de junio de 1925 sobre la prohibición del uso, en la guerra, de gases asfixiantes, tóxicos o similares y de medios bacteriológicos. Sin embargo, fracasan las Reglas sobre la Guerra Aérea (La Haya, 1922-1923).

Antes de la Segunda Guerra Mundial destacan, dentro del Derecho Humanitario, los Convenios de Ginebra de 27 de julio de 1929, para aliviar la suerte de los heridos y enfermos de los ejércitos en campaña y el relativo al trato de los prisioneros de guerra.

La Guerra Marítima fue regulada, además de por los Convenios VI, VII, VIII, X, XI y XIII de La Haya de 1907, por el Tratado de Montreux de 1936. Normas convencionales o doctrinales sobre el Derecho de la guerra marítima son el Código Stockton de 1900 de la Declaración Naval de Londres de 1909 relativa a las leyes de la Guerra Naval, el Manual de Oxford de 1913, el Tratado de Washington de

1922 (referente a los submarinos) y la Convención de la Habana de 1928 sobre la neutralidad marítima.

DESPUÉS DE LA SEGUNDA GUERRA MUNDIAL

La Segunda Guerra Mundial significó la quiebra del tradicional Derecho de la Guerra, ya que a parte del Derecho Internacional Humanitario y alguna otra regulación de menor importancia, lo único que ha preocupado es la represión de la guerra misma. Así ya la Carta de Londres de 1945 incriminó la guerra, la Carta de las Naciones Unidas –como hemos visto– prohibió la guerra e incluso la amenaza y el uso de la fuerza, salvo los casos de legítima defensa; habiéndose llegado en 1974, por el Comité Especial de las Naciones Unidas, a una definición y codificación de lo que debe entenderse por “agresión”. Al mismo tiempo, comienza la persecución, ya ensayada sin éxito por el artículo 227 del Tratado de Versalles de 1919, de los crímenes contra la paz, contra la humanidad y crímenes de guerra por los Tribunales militares internacionales de Núremberg y Tokio, y también por los otros tribunales nacionales. Particularmente debe ser citada la Convención para la prevención y represión del crimen de genocidio aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 260 A (III) del 9 de diciembre de 1948.

La característica más importante del periodo que siguió a la Segunda Guerra Mundial, en cuanto a la regulación del Derecho de los conflictos Armados, fue el gran desarrollo alcanzado por el Derecho Internacional Humanitario, llamado también “Derecho de Ginebra” o Derecho Humanitario Bélico. En efecto el 12 de agosto de 1949 se firmaron en Ginebra los cuatro Convenios básicos del moderno Derecho Humanitario:

– I Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña.

– II Convenio Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar.

– III Convenio de Ginebra, relativo al trato debido a los prisioneros de guerra.

– IV Convenio de Ginebra, relativo a la protección de la vida de las personas civiles en tiempo de guerra.

Todos estos Convenios han sido ratificados por España y por la inmensa mayoría de los Estados que integran la Comunidad

Internacional, hasta el punto de que son Parte 189 Estados y sólo 2 no los han ratificado (año 2002).

La evolución posterior de la regulación jurídica de los conflictos armados o Derecho de la Guerra hizo desaparecer la frontera, siempre artificial, entre el “Derecho de La Haya” (reglas interestatales sobre el uso de la fuerza o conducta de la guerra) y el “Derecho de Ginebra” (protección de las personas afectadas por los males de los conflictos armados o abuso de la fuerza), una vez superada la etapa en que se detuvo la obra iniciada en La Haya. Inspirándose en la idea de que sería abuso reglamentar la guerra que se trataba de proscribir totalmente.

Muy pronto se acordó en La Haya la Convención del 14 de Mayo de 1954 para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado, que algunos autores consideran que forma parte, por extensión, del Derecho Internacional Humanitario (protección de los bienes que no tiene directa relación con las operaciones militares). Ha sido ratificada por 101 Estados. La Convención ha sido desarrollada por dos Protocolos (el último de 1999, establece la llamada “protección reforzada”) y por un Reglamento.

LA ÉPOCA ACTUAL

Como culminación de este proceso de afirmación del Derecho Humanitario y fruto de la Conferencia Diplomática celebrada en Ginebra desde 1974 a 1977, se aprobaron dos Protocolos Adicionales a los de Ginebra del 12 de agosto de 1949. El Protocolo I relativo a la protección de la víctimas de los conflictos armados internacionales y el II aplicable a los conflictos armados sin carácter Internacional. Ambos tienen fecha del 8 de junio de 1977 y han sido ratificados por España. Los Protocolos, verdadera norma internacional para los Estados partes (a pesar de su modesta denominación), no pretenden sustituir ni modificar, sino ampliar y complementar los básicos convenios de Ginebra de 1949. El Protocolo I ha sido ratificado por 159 Estados y el Protocolo II por 151. Han aceptado la competencia de la Comisión Internacional de Encuesta 60 Estados (Datos de 2002).

La existencia real de guerras o conflictos armados, pese a su prohibición formal, impulsó la continua adaptación de la regulación jurídica de la guerra a las armas, convencionales o no, utilizadas por las partes adversas. En cuanto a las armas no convencionales hay que destacar el Convenio de 10 de abril de 1972 sobre la

prohibición del desarrollo, la producción y el almacenamiento de armas bacteriológicas (biológicas) y tóxicas y sobre su destrucción, ratificado por 144 Estados.

Los criterios humanitarios tradicionales –prohibición de utilizar medios de guerra que causen “males superfluos” o “sufrimientos innecesarios” o “no discriminación”– han dejado paso al nuevo principio: el criterio ecológico. Así, se aprobó el Convenio del 10 de octubre de 1976, sobre la prohibición de utilizar las técnicas de modificación ambiental con fines militares u otros fines hostiles (resolución 31/72 de la Asamblea general de las Naciones Unidas de 10 de diciembre de 1976).

La labor de las Naciones Unidas en la regulación de los conflictos armados se extendió también a las armas convencionales. Así, la conferencia de las Naciones Unidas sobre las prohibiciones o restricciones del empleo de ciertas armas convencionales, que puedan considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados, aprobó en Ginebra, el 10 de Octubre de 1980, los siguientes instrumentos: Convenio sobre prohibiciones o restricciones del empleo de ciertas armas convencionales que puedan considerarse excesivamente nocivas o efectos indiscriminados (ratificado por 88 Estados). Protocolo sobre fragmentos no localizables (Protocolo I, ratificado por 87 Estados), Protocolo sobre prohibiciones o restricciones sobre el empleo de minas, armas trampa y otros artefactos (Protocolo II, ratificado por 79 Estados) y Protocolo sobre prohibiciones o restricciones del empleo de armas incendiarias (Protocolo III, ratificado por 83 Estados). Además, en su periodo de sesiones de 1979, la Conferencia aprobó la resolución sobre los sistemas de armas de pequeño calibre. En Viena (1995), se aprobó un Protocolo IV que prohíbe emplear como método de guerra las armas láser que causan ceguera (ratificado por 60 Estados).

Y en Ginebra, el 3 de Mayo de 1996, se modificó el Protocolo II por lo que se refiere al empleo de las minas antipersonales, ratificado por 63 Estados.

En París, el 13 de Enero de 1993, se aprobó la Convención sobre la prohibición del desarrollo, la producción, el almacenamiento y el empleo de armas químicas y/u sobre destrucción (firmada por 160 Estados y ratificado por 145, entre ellos España). Y, finalmente, en 1997 se abrió a la firma y ratificación de los Estados el Tratado de Ottawa sobre la prohibición del empleo, almacenamiento, producción

y transferencia de las minas antipersonal y sobre su destrucción, ratificado por 122 Estados.

Pese a esta preocupación de la Naciones Unidas, no puede decirse que sea satisfactorio el estado actual de la regulación jurídica de los conflictos armados pues, con excepción del Derecho Internacional Humanitario, puede calificarse de caótico y ausente de la necesaria codificación, precisando de una revisión de sus textos fundamentales (Convenios de La Haya de 1889 y 1907), Derecho de la guerra marítima y falta de regulación de materias tan importantes como la guerra aérea, algunas armas convencionales (armas de pequeño calibre, de fragmentación y de efecto expansivo) o no convencionales, como las radiológicas (desechos radiactivos) o el arma nuclear.

FUENTES DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS CONFLICTOS ARMADOS

CLASES DE FUENTES

No cabe duda que el Derecho de los conflictos armados ha tenido un dilatado origen consuetudinario, es decir, nació de la aceptación por los Estados de lo que, aún hoy, llamamos los “usos y costumbres de la guerra”. Estos usos, a través de la costumbre y de los Tratados, llegaron a ser reglas jurídicas. Los autores suelen identificar las fuentes del Derecho de los conflictos armados con el sistema de fuentes del Derecho Internacional.

Sin embargo, es preciso establecer que al lado de las fuentes convencionales del Derecho de la Guerra, existen fuentes de origen interno de valor no despreciable.

De manera que las fuentes del Derecho de los Conflictos Armados son:

I. Normas internacionales

Derivadas del consentimiento directo de los Estados, bien de forma expresa o escrita como los TRATADOS, o de forma tácita y normalmente no escrita como la COSTUMBRE INTERNACIONAL. Los PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO también se derivan del consentimiento de los Estados, aun cuando hay que deducir su formulación del conjunto de normas generalmente aceptadas por la Comunidad internacional.

II. Normas de derecho interno de los Estados

Particularmente aquellas que establecen las “reglas de conducta” de sus fuerzas en los conflictos armados y las que castigan los crímenes de guerra.

LOS TRATADOS INTERNACIONALES

Son la primera y más importante fuente del Derecho de los conflictos armados. En los Tratados, Convenios o Acuerdos Internacionales se manifiesta de modo expreso y escrito el consentimiento de los Estados como creadores de normas jurídicas internacionales.

Sin negar la importancia de los llamados tratados bilaterales o multilaterales no normativos (particularmente aquellos que ponen fin a la guerra, como el Tratado de paz), en la regulación jurídica de los conflictos armados tienen la mayor importancia los denominados tratados multilaterales normativos, para los que se reserva el nombre de CONVENIO o CONVENCIONES.

Hay que tener en cuenta que los llamados PROTOCOLOS, pese a su denominación más modesta derivada de su carácter complementario de un Convenio, tienen la misma eficacia y valor que un Tratado Internacional.

LA COSTUMBRE INTERNACIONAL

Se ha dicho que los usos y costumbres de la guerra son la fuente originaria del Derecho de la Guerra y muchas de sus normas continúan en vigor. Suele citarse el Preámbulo del IV Convenio de La Haya de 1970, en el sentido de que la idea que preside estas Convenciones es la de revisar las “leyes” y “costumbres” de la guerra y, en defecto de regulación convencional, tanto la población civil como los beligerantes están protegidos por los principios del Derecho de las naciones “tal como resulta de los usos establecidos entre los pueblos civilizados”.

LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO

Fuente supletoria de la máxima importancia para el Derecho de los conflictos armados son los principios generales del derecho de gentes reconocidos por la Comunidad Internacional.

Existe un explícito reconocimiento de los principios generales de derecho en “los principios y normas generalmente reconocidos de derecho internacional aplicables en los conflictos armados” (artículo 2, apartado b) del Protocolo I de 1977) y en los “principios del derecho de gentes derivados de los usos establecidos, de los principios de humanidad y de los dictados de la conciencia pública” (artículo 1, número 2 del mismo Protocolo Y).

LAS NORMAS DEL DERECHO INTERNO DE LOS ESTADOS COMO FUENTES DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS CONFLICTOS ARMADOS

Ya hemos dicho que el sistema de fuentes del Derecho Internacional no agota en la actualidad –ni tampoco ha sido así históricamente– la regulación jurídica de los conflictos armados. Y ello, tanto en las normas positivas que establecen las “reglas de conducta”, en los conflictos armados, como en las disposiciones penales –comunes o militares– que castigan las infracciones de las leyes y usos de la guerra. Entre las primeras existen algunas que pueden alcanzar el máximo rango constitucional (República Federal de Alemania, Dinamarca, Países Bajos) siendo habitual que estas normas de conducta se establezcan en las Ordenanzas, Reglamentos de disciplina o Manuales de Leyes y costumbres de la Guerra de las Fuerzas Armadas de los diferentes países. Así, son ejemplos Francia (Reglamento General de Disciplina de las Fuerzas Armadas), Suiza (Manual de las Leyes y costumbres de la guerra), Estados Unidos de América (Manual “The Law of Land Warfare”), Marruecos (Reglamento de Disciplina general de las FAR) y España (Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas, Ordenanzas particulares de cada Ejército, Reglamento de Campaña de 4 de Enero de 1982 y con valor exclusivamente interno e informativo, las “Orientaciones, Derecho de los Conflictos Armados” del Ejército de Tierra).

En el campo puramente penal no es aventurado decir que los delitos contra las leyes y costumbres de la guerra constituyen el contenido tradicional de los Códigos de Justicia Militar, Leyes Penales Militares o capítulos especiales de los Códigos Penales Ordinarios, al lado de otras infracciones militares o comunes. No falta tampoco en el Código Penal español de 1995 los delitos donde se tipifican las infracciones del Derecho de los Conflictos Armados (Delitos contra personas o bienes protegidos en caso de conflicto armado, Arts. 608

a 616), ni en el Código Penal Militar un Título dedicado a los delitos contra las Leyes y usos de la guerra (artículos 69 a 78).

LA ELABORACIÓN DE LAS NORMAS DEL DERECHO DE LOS CONFLICTOS ARMADOS

Concretándonos a la primera fuente –los Tratados Internacionales– la doctrina distingue cuatro fases en su elaboración: a) Negociación, b) Adopción del texto, c) Autenticación del mismo, y d) Manifestación del consentimiento; a las que podíamos añadir una fase más, e) Entrada en vigor e incorporación al ordenamiento interno de los Estados.

En la primera fase, se suele iniciar la negociación mediante la convocatoria de una Conferencia Diplomática por un Estado interesado, por la Organización de las Naciones Unidas u otra Organización internacional.

Los artículos 13, número 1 y 62, número 3 de la Carta de las Naciones Unidas confieren a esta Organización las atribuciones precisas para promover esta actividad normativa convencional, contando con la iniciativa de los Estados u otras Organizaciones Internacionales (Cruz Roja Internacional, fundamentalmente), convocando Conferencias Diplomáticas, preparando los textos de los tratados o incluso aprobando dichos textos normativos. Pero quizás el documento más revelador de esta actividad de las Organizaciones internacionales es la Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre el respeto de los Derechos Humanos en los conflictos armados (2.444/XXXIII) del 19 de Diciembre de 1968. En este texto, la Asamblea General afirma una serie de principios que deben ser observados por todas las autoridades responsables de las operaciones en los conflictos armados (actividad normativa) e invita al Secretario General para que, consultado el Comité Internacional de la Cruz Roja y otras Organizaciones Internacionales adecuadas, estudie “la necesidad de nuevas convenciones humanitarias internacionales, o de otros instrumentos jurídicos apropiados para asegurar la protección mejor de los civiles, prisioneros y combatientes en todo conflicto armado y la prohibición y limitación de empleo de ciertos métodos y medios de guerra” (estímulo de la actividad normativa convencional).

En esta labor de iniciativa no se puede silenciar el papel del Movimiento internacional de Cruz Roja y de la Media Luna Roja

desde sus orígenes y en relación con el llamado Derecho Internacional Humanitario o Derecho de Ginebra.

A iniciativa del Comité Internacional de la Cruz Roja, que suele reunir previamente una Conferencia de expertos gubernamentales, el gobierno suizo convoca y organiza la correspondiente Conferencia Diplomática para el “perfeccionamiento y desarrollo del Derecho Internacional Humanitario aplicable a los conflictos armados”, en calidad de depositario de los Convenios de Ginebra y conforme a una tradición centenaria. Debemos resaltar que el depositario –Gobierno suizo– y el Comité Internacional de la Cruz Roja intervienen en el procedimiento de elaboración y desarrollo de los Convenios de Ginebra como está expresamente establecido en los Convenios del 12 de Agosto de 1949 y en los Protocolos Adicionales del 8 de Junio de 1977 (artículo 92 y siguientes). No podemos olvidar que una de las misiones principales del Comité Internacional de la Cruz Roja es “trabajar para el perfeccionamiento del Derecho Internacional Humanitario, y para la mejor comprensión y difusión de los Convenios de Ginebra y preparar eventuales desarrollos de éstos (artículo 4, apartado g) de los Estatutos del Comité Internacional de la Cruz Roja de 21 de Junio de 1973.

En el Derecho español, la correspondencia para la negociación de los tratados pertenece al Ministerio de Asuntos Exteriores, Departamento a quien compete promover, proyectar, dirigir y ejecutar dentro de las directrices determinadas por el Gobierno, la política exterior del Estado y concretar sus relaciones con otros Estados y Entidades internacionales.

Finalizada la negociación de un tratado se entra en la fase de adopción del texto, bien por acuerdo unánime de los Estados participantes en su negociación, bien –en el caso de Conferencia Internacional debidamente convocada– por votación mayoritaria de dos tercios al menos de los Estados presentes y votaciones (artículo 9 del convenio de Viena de 1969 sobre Derecho de Tratados).

La fase siguiente es la firma o autenticación del texto que ha de hacerse en una de las siguientes formas: a) la establecida en el mismo Tratado. b) la convenida por los Estados participantes. c) la firma “ad referéndum” o la rúbrica de los representantes de los Estados (artículo 10 del Convenio de Viena de 1969). En España, es competencia del Consejo de Ministros autorizar la firma de los tratados o Convenios Internacionales. El Ministro de Asuntos Exteriores podrá, en casos

muy especiales, firmar “ad referéndum” un tratado o autorizar la firma al representante del Estado en estas condiciones, solicitando inmediatamente la aprobación por el Consejo de Ministros. Hay que destacar que la firma de un Convenio internacional no supone la prestación definitiva del consentimiento del Estado, a excepción de acuerdos de poca importancia no contenidos en la relación del artículo 94 de la Constitución española.

La etapa final y decisiva del procedimiento de elaboración de una norma convencional es la manifestación del consentimiento del Estado, momento en que comienza a obligarse como parte contratante en tal acuerdo. La forma más solemne y habitual de manifestar este consentimiento es la “ratificación”, pero el Convenio de Viena sobre Derecho de tratado (artículo 11) admite también la firma, el canje de instrumentos que integran el tratado, la aceptación, la aprobación, la adhesión o cualquier otra forma convenida.

En España, corresponde al Rey manifestar el consentimiento del Estado para obligarse internacionalmente por medio de tratados, de conformidad con la Constitución y las leyes (artículo 63 de la Constitución). La forma puede ser cualquiera de las previstas en el Convenio de Viena: la ratificación, firma, canje de instrumentos, aceptación o cualquier otra forma convenida.

Ahora bien, el Rey antes de manifestar el consentimiento del Estado precisa la autorización de las Cortes que adopta las formas siguientes:

a) Se instrumenta como Ley Orgánica la autorización para la celebración de tratados por los que se atribuya a una organización o institución internacional el ejercicio de competencia derivadas de la Constitución.

b) Es suficiente con la previa autorización de Las Cortes para los tratados de paz (artículo 63.3 de la Constitución) y para los convenios importantes por su contenido (de carácter político o militar que afecten a la integridad territorial del Estado o a los derechos y deberes fundamentales, que impliquen obligaciones financieras para la Hacienda Pública o que supongan modificación o derogación de alguna ley o exijan medidas legislativas para su ejecución) relacionados en el artículo 94.1 de la Constitución.

En los restantes Tratados la intervención de Las Cortes consiste en recibir información oficial inmediata y posterior a su celebración. En estos casos, es necesario únicamente el refrendo del Presidente del

Gobierno, y en su caso, del Ministro de Asuntos Exteriores (artículo 64 de la Constitución).

Cumplidos los trámites, parlamentarios o no, el instrumento de ratificación o adhesión al tratado o convenio internacional llevará la firma del Rey con el refrendo del Ministro de Asuntos Exteriores.

Hay que tener en cuenta, finalmente, que los Tratados internacionales válidamente celebrados sólo formarán parte del ordenamiento interno “una vez publicados oficialmente en España” (artículo 96 de la Constitución). Sin embargo, la publicación no condiciona la validez y eficacia del tratado, ni siquiera su entrada en vigor u obligatoriedad para el Estado español, sino su aplicabilidad como fuente directa del derecho interno español.

EL SISTEMA DE EFICACIA DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO, COMO INSTRUMENTO DE PAZ

PROTECCIÓN DE LAS VÍCTIMAS DURANTE LOS CONFLICTOS ARMADOS

Ante las frecuentes violaciones de las normas protectoras de las víctimas de los conflictos armados cabe preguntarse sobre la eficacia de los mecanismos jurídicos previstos para su aplicación. Siguiendo, fundamentalmente, a Veuthey diremos que existen los siguientes mecanismos para salvaguardar los derechos de las víctimas:

1º. La responsabilidad primera y colectiva de los Estados partes en los Convenios de Derecho Internacional Humanitario. En efecto, las Altas Partes contratantes se comprometen no sólo a respetarlos, sino a hacerlos respetar en cualquier circunstancia (art. 1 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y Protocolo Adicional I de 1977). Asumen así, los Estados, la responsabilidad colectiva de procurar que las normas sean respetadas por los otros estados partes en un conflicto armado.

2º. La institución de la Potencia Protectora. Se trata de un Estado neutral que, designado por un Estado que participa en un conflicto armado y aceptado por la parte adversa, está dispuesto a salvaguardar los derechos de las víctimas del conflicto, particularmente de los prisioneros de guerra y de los internados civiles del Estado que representa.

3º. La labor del Comité Internacional de la Cruz Roja. El papel del CICR es el de servir de intermediario neutral entre las partes en

un conflicto para llevar protección a las víctimas, según Veuthey, a través de las siguientes actuaciones:

a) visitar a los prisioneros de guerra, detenidos e internados civiles.

b) socorro a la población civil de los territorios ocupados.

c) buscar a las personas desaparecidas y transmitir mensajes a familiares de los prisioneros de guerra.

d) facilitar, a través de sus buenos oficios, el establecimiento de zonas y localidades sanitarias y de seguridad.

e) recibir pedidos de ayuda de parte de personas protegidas.

f) ejercer el llamado “derecho de iniciativa”, consistente en proponer a las partes en conflicto que el CICR realice otras funciones humanitarias em conflictos armados internos, sin que se considere esta propuesta injerencia en los asuntos internos.

g) funcionar en calidad de sustituto de la Potencia Protectora.

4°. La intervención de la Organización de las Naciones Unidas. No es, desde luego, desdeñable el papel de la Asamblea General de las Naciones Unidas en el desarrollo del Derecho de los conflictos armados (resolución 2.444/1968), del Consejo de Seguridad en la prevención y humanización de la guerra e injerencia humanitaria, así como la del Secretario General ante las partes en conflictos para recordarles la necesidad de observar las normas del Derecho de los Conflictos Armados.

Conforme al artículo 89 del Protocolo Adicional I, en los casos de violaciones graves de las normas de Derecho Internacional Humanitario, las Altas Partes contratantes se comprometen a actuar en cooperación con la Organización de las Naciones Unidas y conforme a la Carta.

5°. El procedimiento de “encuesta”. El artículo 90 del citado Protocolo Adicional I introdujo el establecimiento facultativo de la Comisión Internacional de Encuesta, que se ha constituido una vez que más de veinte Estados han aceptado expresamente su actuación, consistente en la investigación sobre cualquier hecho que haya sido alegado como infracción grave, tal como se define en los cuatro convenios de Ginebra de 1949 y Protocolo Adicional I.

Sistema dotado de cierta eficacia para hacer cesar las violaciones del Derecho Internacional Humanitario, pero todavía muy alejado de un deseable Tribunal Internacional. La competencia de la comisión

Internacional de Encuesta fue aceptada por España al ratificar en 1989 los Protocolos Adicionales de 1977.

6°. La represión interna de los crímenes de guerra. No faltan autores, como Bassiouni, que consideran que el instrumento más eficaz para garantizar el cumplimiento del Derecho de Guerra es la obligación de los Estados partes en los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, de incriminar las infracciones graves previstas en los mismos, determinando las adecuadas sanciones penales en los Códigos comunes o militares aplicables. Responde al cumplimiento de esta obligación la tipificación contenida en los artículos 69 a 78 del Código Penal

Militar de 1985 (delitos contra las leyes y usos de la guerra) y en los artículos 608 a 616 del Código Penal de 1995 (delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado).

7°. El sistema de reparaciones. El éxito o fracaso del enjuiciamiento (por Tribunales internacionales o nacionales) de los individuos culpables de crímenes de guerra es independiente de la responsabilidad del Estado infractor que debe compensar el daño causado en forma de "reparaciones". La Parte en conflicto que violara las disposiciones convencionales del derecho de la Guerra y derecho Internacional humanitario, estará obligada a indemnizar y será responsable de todos los actos cometidos por las personas que formen parte de sus Fuerzas Armadas.

ANTES Y AL FINALIZAR LOS CONFLICTOS ARMADOS

a. La difusión del Derecho Internacional de los conflictos armados Afirma Nahlik que en el actual estado del Derecho de los conflictos armados ya no faltan reglas, sino más bien la voluntad de observarlas. Desde mi punto de vista, el grado actual de cumplimiento del Derecho de los conflictos armados guarda relación con tres cuestiones fundamentales:

- a) la actualización y "codificación" de las normas del Derecho de los conflictos armados.
- b) la difusión de estas normas, particularmente entre los llamados a aplicarlas.
- c) la constitución de un auténtico Tribunal con Jurisdicción Penal Internacional, competente para juzgar las infracciones graves o crímenes de guerra.

Hay que destacar la importancia de una labor adecuada de difusión, pues se ha demostrado que muchas infracciones tienen su origen en la ignorancia de las normas del Derecho Internacional aplicables a los conflictos armados, tanto de Derecho Internacional Humanitario como de Derecho de Guerra. El artículo 83 del Protocolo Adicional I de 1977 establece el compromiso de los Estados para difundir lo más ampliamente posible, tanto en tiempo de paz como en tiempo de conflicto armado, los convenios (de Ginebra de 1949) y el presente Protocolo, especialmente incorporado su estudio en los programas de instrucción militar y fomentado su estudio por parte de la población civil. Esta es la labor que realiza, desde su creación, el Centro de Estudios de Derecho Internacional Humanitario de la Cruz Roja Española.

b. El enjuiciamiento de los crímenes de guerra

El Derecho Penal Internacional, como sistema normativo, nace –preciso es reconocerlo– con el propósito de luchar contra la impunidad de quienes han cometido o, en el futuro, puedan perpetrar los “crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional” que, paradójicamente, no eran castigados por la inadecuación “de facto” del Derecho penal interno de los Estados, incapaces de iniciar siquiera la acción penal contra las autoridades nacionales, muchas veces responsables de tan graves delitos.

Por ello, han existido grandes dificultades para la creación de un tribunal con Jurisdicción Penal Internacional para el enjuiciamiento de los crímenes de guerra o infracciones graves de los Convenios y Protocolos. Algo más que la mencionada Comisión Internacional de Encuesta. La creación de un Tribunal Penal Internacional “ad hoc”, para juzgar a los responsables de violaciones graves del Derecho Internacional Humanitario cometidas en el territorio de la ex-Yugoslavia a partir de 1991, fue el comienzo de la institucionalización de un sistema de enjuiciamiento de las infracciones graves, más allá de los actuales Tribunales nacionales a los que puede reprocharse la falta de eficacia o parcialidad. Posteriormente se ha constituido otro Tribunal Penal Internacional para Ruanda, también creado “ad hoc” por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas.

Sin embargo, el paso decisivo se dio en la Conferencia Diplomática de Roma de 1998 que aprobó, por una cualificada mayoría (120 votos a favor, 7 en contra y 21 abstenciones), el Estatuto de la Corte Penal

Internacional con competencia para enjuiciar (entre otros delitos) los crímenes de guerra.

Como en tantos otros aspectos, el Estatuto de la Corte Penal Internacional también significó un paso de gigante en la configuración del fundamento del “*ius puniendi*” que, ahora, en buena parte los Estados confían a un Tribunal supranacional.

Ahora bien, si el propósito de la constitución de la Corte, confesado en su preámbulo, es sencillo (poner fin a la impunidad de los autores de los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional y contribuir así a la prevención de nuevos crímenes: la prevención general), el instrumento elaborado (Estatuto de la Corte) es de una gran complejidad. Y ello, por el carácter complementario de la Corte Penal Internacional respecto de las jurisdicciones penales nacionales (art. 1 del Estatuto), que se complementa en el preámbulo con la proclamación de un principio fundamental: “...es deber de todo Estado ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales”. Esto explica, entre otros, preceptos tales como los artículos 10, 17, 21 y 80 del Estatuto.

Examinando los fines de la pena en el sistema de justicia penal internacional que consolida el Estatuto de Roma, podemos afirmar que el fin de la retribución figura claramente expresado en el preámbulo del Estatuto (“...poner fin a la impunidad de los autores de esos crímenes”), que proclama también el fin de prevención general (...contribuir así a la prevención de nuevos crímenes”), sin que sea tampoco ajena a los propósitos de los creadores de la Corte la idea de prevención especial, que centra el efecto de la pena en la persona que ha cometido un crimen para que no vuelva a delinquir.

De forma que la prevención general, precisamente la negativa, es uno de los fines perseguidos por la creación de la Corte, mediante el efecto intimidatorio del enjuiciamiento (“...para asegurar que sean efectivamente sometidos a la acción de la justicia”), de la pena y de su ejecución. Aunque objeto de crítica por la moderna doctrina, resulta particularmente atractivo en el momento actual de la justicia penal internacional el concepto de la prevención general positiva o de integración, como mecanismo conformador de la conciencia jurídica colectiva, contribuyendo a la socialización del individuo mediante las funciones explicativa, legitimadora y limitadora de la pena.

Y, en este sentido, el enjuiciamiento de los crímenes de guerra como parte del sistema de eficacia del Derecho Internacional Humanitario significa una decisiva contribución al mantenimiento de la paz y seguridad internacionales.

c. El Derecho Internacional Humanitario en el post-conflicto

Es relativamente reciente el interés doctrinal por el papel que juega el Derecho Internacional Humanitario en las situaciones posteriores a un conflicto armado, pues estas normas jurídicas apenas se aplicaban en tales escenarios, fundamentalmente por la inexistencia de un sistema de justicia penal internacional y por la inactividad de los Tribunales nacionales en el enjuiciamiento de los crímenes de guerra.

Para Colm Campbell, tres factores han contribuido al actual desarrollo del Derecho Internacional Humanitario en el post-conflicto. El primero consiste en el proceso de convergencia entre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario. El segundo factor se deriva, a su vez, de dos acontecimientos:

La construcción de procesos de paz en determinados conflictos estancados en el tiempo (tratando de reconciliar a las partes enfrentadas) y el desarrollo de procesos de transición política (de regímenes militares a civiles en Iberoamérica o a sistemas distintos de los extinguidos Estados comunistas en la Europa del Este). Así ha nacido la denominada “justicia transicional”, que sirve de paraguas a esta delicada tarea consistente en pasar (de modo pacífico) de un sistema político a otro. El tercer factor está integrado por los esfuerzos de la comunidad internacional para constituir Tribunales Penales Internacionales para enjuiciar los crímenes de guerra, como los Tribunales Penales ad hoc para la ex Yugoslavia y Ruanda o la Corte Penal Internacional.

Todos estos factores resaltan el protagonismo de las normas humanitarias, que parecían “dormidas” en el escenario del post-conflicto y ahora son tenidas en cuenta en el difícil debate conocido como “Paz frente a responsabilidad”. En efecto, la necesidad de buscar y “hacer la paz” como exigencia de la realpolitik debe ser compatible con la exigencia de responsabilidad por graves violaciones del Derecho Internacional Humanitario y de los Derechos Humanos.

En este sentido, las normas humanitarias pueden contribuir a la estabilidad de la situación del post-conflicto y al proceso de reconciliación a través de instrumentos como los juicios penales por crímenes de guerra y la constitución de "Comisiones de la verdad". Asimismo sirven para la concesión de reparaciones a las víctimas o contribuyen a la creación de un ambiente de respeto al derecho y actuaciones responsables en el entorno posterior al conflicto, mediante la difusión de los principios del Derecho Internacional Humanitario.

Es muy destacable la utilidad de los juicios penales como medio de establecer la verdad de hechos controvertidos por las partes, tanto en los procesos que se sustancian ante Tribunales penales nacionales como en aquéllos que son decididos por Cortes criminales internacionales. Otra de las consecuencias positivas del enjuiciamiento de los crímenes de guerra es el efecto de la disuasión o prevención general y especial, que favorece un clima de conformidad con los principios humanitarios fundamentales y propicia la paz. Naturalmente los efectos preventivos de las condenas sólo se pueden comprobar a largo plazo, pero son la mejor garantía para que no vuelvan a cometerse aquellas violaciones graves.

Por otra parte, la utilización de las normas del Derecho Internacional Humanitario en la exigencia de responsabilidades penales puede servir para dar satisfacción a las víctimas del conflicto. Sin embargo, paradójicamente esta persecución judicial puede conseguir los efectos contrarios y ser profundamente contraproducente (a pesar de tratarse de una justa lucha contra la impunidad), provocar una reacción extrema que comprometa la transición a un régimen democrático y conducir a un mayor número de violaciones de los Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario. No obstante, si la justicia obra con la imparcialidad e independencia exigibles, la aplicación de las normas humanitarias puede ser la clave de la clarificación de la verdad, la afirmación del derecho, la reparación de las víctimas, la prevención de futuros crímenes, la consecución de una reconciliación general y la construcción de una paz duradera.

También las "Comisiones de la verdad", constituidas al finalizar los conflictos, pueden proporcionar a las víctimas y a sus familiares una plataforma adecuada para reparar los daños causados y evitar nuevos abusos. Asimismo, aquí el Derecho Internacional

Humanitario es una importante referencia para regular la conducta tanto de las fuerzas armadas y fuerzas de seguridad gubernamentales como de la parte adversa (contraria al Gobierno), en un conflicto armado no internacional. Ello significa que los grupos armados y organizados no gubernamentales han ajustado o pueden acomodar su actuación al respeto de las normas humanitarias.

En resumen, concluimos poniendo de manifiesto el relevante papel del Derecho Internacional Humanitario a través del proceso judicial penal o las “Comisiones de la verdad”, como vías más apropiadas para la exigencia de responsabilidades individuales, fines preventivos de la pena, difusión de los principios humanitarios, clarificación de la verdad y contribución a la reconciliación en el entorno del post-conflicto. Conviene destacar que las normas de Derecho Internacional Humanitario ofrecen ventajas adicionales sobre las propias del Derecho de los Derechos Humanos, particularmente en relación con la actuación de los actores no gubernamentales en un conflicto armado. Y, como afirma C. Campbell, el Derecho Internacional Humanitario puede también jugar un papel mucho más significativo en el entorno del post-conflicto que algunas de las más simplistas formulaciones de la dicotomía “Paz frente a responsabilidad” (peace versus accountability) podrían sugerir.

d. Conclusión

En todo caso, la mera existencia de las normas propias del Derecho Internacional de los conflictos armados y la posibilidad de enjuiciamiento de los responsables de violaciones graves del Derecho Internacional Humanitario (crímenes de guerra) constituyen un positivo avance para un aceptable cumplimiento de este sistema normativo, por su propia racionalidad (muchas veces coincidente con el interés militar), aceptación universal por los Estados, temor a las represalias, impacto en la opinión pública mundial (cada vez más sensibilizada ante las violaciones del Derecho Internacional de los conflictos armados) y consenso de la comunidad internacional (organización de las Naciones Unidas, Estados y Organizaciones no gubernamentales) sobre la necesidad de respetar las reglas del Derecho Internacional Humanitario como instrumento de paz para la supervivencia de la humanidad.



PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES EN LA DETERMINACIÓN LEGAL DE LOS MARCOS PENALES

M^a Inmaculada Ramos Tapia

Profesora de Derecho Penal y Vice-Decana de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada (España).

Jan Woischnik

Doctor en Derecho por la Universidad de Maguncia (Alemania);
Representante de la Fundación Konrad Adenauer en Uruguay y
Director del Programa “Estado de Derecho” en Sudamérica.

I. INTRODUCCIÓN

La búsqueda de un sistema que permita al juez imponer la pena justa al responsable de un delito ha sido una constante en la ciencia del Derecho Penal. Por ello la doctrina se ha ocupado intensamente de analizar los criterios con los que el juez debe determinar la pena exacta a imponer y el margen de arbitrio judicial que debe concedérsele para ello (la llamada individualización judicial de la pena). Pero presupuesto indispensable para que la individualización de la pena pueda llevar a una pena justa es la *previa fijación por el legislador del marco de pena* que corresponde a cada delito (el llamado marco legal abstracto o genérico). A la fase de determinación legal de la pena no se ha dedicado, sin embargo, tanta atención en la doctrina jurídica, tal vez por el hecho de que se entendía que se trataba de una cuestión de política criminal. Al fin y al cabo el marco penal genérico representa “la cantidad de pena que el Estado considera lícito y necesario atribuir a la comisión de la conducta descrita, es decir, como decisión político-criminal en la que se refleja la gravedad que se atribuye a la lesión o puesta en peligro del bien jurídico de que se trate en un momento histórico determinado”¹.

Sin embargo, en un *Estado de Derecho*, la labor legislativa en este ámbito también está sometida a principios jurídicos de

¹ García Arán, Mercedes, *Los criterios de determinación de la pena en el Derecho español*, Barcelona, 1982, p. 96.

naturaleza constitucional. Es cierto que en esta tarea de fijación de los marcos penales, el legislador tiene un amplio margen de libertad, libertad que deriva de su legitimidad democrática. Al legislador corresponde seleccionar los bienes jurídicos que merecen protección penal dentro de un determinado modelo de convivencia social y fijar las sanciones penales necesarias para preservar dicho modelo. Aél le corresponde establecer las penas, atendiendo a los distintos fines legítimos que aquéllas pueden cumplir. No sólo al fin directo y esencial de protección al que responde la norma sino también a otros fines legítimos de la pena como son la intimidación, la consolidación de las convicciones éticas generalizadas, refuerzo del sentimiento de fidelidad al ordenamiento jurídico, resocialización, etcétera.

Sin embargo, el legislador penal no es absolutamente libre en la fijación de marcos penales. En un *Estado de Derecho* existen ciertos principios constitucionales que vinculan al legislador a la hora de fijar la pena de un delito y que limitan su arbitrio. No se trata sólo de principios rectores de la política criminal sino de auténticos mandatos constitucionales de obligado respeto por el legislador penal, pertenecientes a lo que se denomina *Derecho penal constitucional*. El análisis de cuáles son esos principios y cómo deben operar en la decisión legislativa sobre los marcos penales ha sido un tema que ha ocupado a la *doctrina alemana* y a la *española* en las últimas décadas y sobre el que existe ya relevante jurisprudencia constitucional, tanto del Tribunal Constitucional español como del alemán.

Esencialmente esos principios son tres: 1) el principio de legalidad penal, 2) el principio de dignidad humana y 3) el principio de proporcionalidad. Los dos primeros cuentan ya con una larga tradición como principios propios de un Estado de Derecho, mientras que el último, el principio de proporcionalidad, es de más reciente configuración como criterio limitador del *ius puniendi* del Estado. Por ello, el presente trabajo se dedica a analizar especialmente el principio de proporcionalidad, su formulación, contenido y alcance en la más reciente jurisprudencia y doctrina constitucional, no sin antes describir, siquiera brevemente, el papel que también juegan los principios de legalidad y de humanidad de las penas en la fase de determinación legal de los marcos penales.

II. Las exigencias derivadas de los principios de legalidad y de humanidad de las penas en la fijación de los marcos penales

1. El principio de legalidad penal

El principio de legalidad, expresamente reconocido en la mayoría de las Constituciones europeas,² constituye una garantía básica de todo ciudadano en un Estado de Derecho: *nullum crimen nulla pena sine previa lege penale*.³ Este principio garantiza el derecho a saber qué es lo que está prohibido (qué conductas constituyen delito) y qué consecuencias tendrá (forma y características de la reacción penal) la realización de la conducta prohibida. Se exige, por tanto, no sólo que las conductas delictivas estén descritas previamente en la ley con suficiente precisión o determinación (la llamada “garantía criminal”), sino también que las penas de los delitos estén previstas en la ley y sean determinadas (la llamada “garantía penal”).

La necesidad de que las penas sean determinadas no significa que el legislador deba fijar *a priori* y en cada caso la pena que corresponde a cada delito, ocupándose de sus más mínimos detalles y circunstancias, de modo que el juez no tenga más que aplicar automáticamente la pena correspondiente. Hoy se reconoce como imprescindible dar al juez un margen de apreciación para determinar la pena adecuada a las circunstancias del hecho cometido y de su autor. De hecho, sólo de forma excepcional prescribe la propia ley una pena absolutamente individualizada. En la generalidad de los casos, el legislador pone a disposición del juez un *marco penal* más o menos amplio, dentro del cual el juez debe individualizar la pena. Pero el principio de legalidad penal impide que se llegue al extremo de dejar la determinación de la pena totalmente al arbitrio judicial. Así, como advierte Roxin⁴, sería inconstitucional y nulo un precepto penal que se formulara del siguiente modo: “el que dañe una cosa ajena será castigado”, ya que quedaría sin determinar legalmente qué pena y en qué cuantía se puede imponer. Tampoco sería admisible

2 Vid., por ejemplo, art. 103 II GG (Grundgesetz: Ley Fundamental Alemana) o art. 25 CE (Constitución española).

3 Sobre el principio de legalidad en el Derecho español, vid., por todos, Mir Puig, Santiago, *Derecho Penal. Parte General*, 2ª ed., Barcelona, 1998, pp. 78 ss.; en Alemania, Roxin, Claus, *Derecho Penal. Parte General. Tomo I* (trad. de la 2ª edición alemana y notas por D.M. Luzón Peña/M. Díaz y García Conlledo/J. de Vicente Remesal), Madrid, 1997, pp. 134 ss.

4 Roxin, *op. cit.*, p. 141.

un marco penal que comprenda desde la pena de multa mínima hasta la pena de prisión perpetua. La doctrina exige en general, como mínimo, una fijación de la clase de pena⁵.

Pero, incluso dentro de una misma clase de pena, la doctrina considera inconstitucional un marco penal que sea ilimitado. Así, por ejemplo, en Alemania algunos autores han señalado que la amplísima extensión del marco de la pena de multa resulta “apenas defendible en un Estado de Derecho”⁶. Igualmente se consideran al borde de la inconstitucionalidad los parágrafos 212 y 213 StGB⁷, que prevén para el homicidio una amplitud tal en la pena que va desde seis meses hasta la prisión perpetua. Si se mantiene la compatibilidad de estos preceptos con el art. 103 II GG es porque, al menos, el marco penal normal (5-15 años) supone una dimensión abarcable⁸.

La exigencia de determinación de la pena no impide que el legislador pueda prever penas alternativas para un delito, por ejemplo, que junto a la pena de prisión se contemple como alternativa una pena de multa, dejando que sea el Juez o Tribunal, el que elija la naturaleza de la pena más apropiada al caso. Ello ocurre en muchas figuras delictivas del Código penal alemán y del español.

2. El principio de humanidad de las penas

Con el principio de humanidad de las penas se pretenden excluir del sistema penal aquellas sanciones que por su contenido resulten especialmente crueles o denigrantes para el sometido a ellas más allá del sufrimiento que suele llevar aparejada la simple imposición de una condena. En la Constitución española este principio está expresamente reconocido en el art. 15: “todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a torturas ni a penas inhumanas o degradantes”. Y la

5 Roxin, *op. cit.*, p. 174.

6 Jescheck, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho Penal. Parte General* (trad. de la 4ª edición alemana por J. L. Manzanares Samaniego), Granada, 1993, p. 117; de la misma opinión, C. Roxin, *op. cit.*, p. 174. Según el parágrafo 40 II 3 en relación con el 40 I 2 del Código Penal alemán, el marco de la pena de multa va desde 5 a 360 cuotas diarias (o hasta 720 en el supuesto excepcional del parágrafo 54 II 2), lo que acaba dando como resultado un importe comprendido entre 10 y 3.600.000 marcos (o excepcionalmente 7.200.000).

7 Strafgesetzbuch (Código Penal alemán).

8 Roxin, *op. cit.*, p. 174.

Constitución alemana determina que “personas detenidas no pueden ser maltratadas ni síquica ni físicamente” (Art. 104 I GG).

Este principio tiene especial peso en la fase de ejecución pero también tiene trascendencia en la fase de determinación legal de las penas. Así, la prohibición de penas inhumanas o degradantes implica que el legislador penal no puede conminar ningún delito, por grave que se considere, con una pena inocuizadora de carácter definitivo, es decir, destinada a *destruir* física o moralmente al sometido a ellas como la pena de muerte, penas corporales –por ejemplo, mutilaciones de partes del cuerpo– o la cadena perpetua sin posibilidad alguna de reinserción social⁹.

También el recurso por el legislador a penas cortas de prisión (las de duración inferior a seis meses) se entiende poco respetuoso con el principio de humanidad de las penas o la dignidad de la persona, pues está demostrado que en la mayoría de los casos estas penas causan más daño que beneficio¹⁰. Por esta razón, en el CP español de 1995, ningún delito sancionado con pena de prisión tiene previsto un límite mínimo inferior a seis meses. En Alemania, aunque siguen existiendo supuestos donde el marco penal previsto permite imponer al juez penas cortas de prisión, esta posibilidad sólo puede ser usada por el juez de forma excepcional: “cuando haya especiales circunstancias en el hecho o en la personalidad del autor que hagan imprescindible la imposición de una pena de prisión...” (párrafo 47 I StGB).

Unido a este principio de humanidad de las penas aparece el principio de proporcionalidad ya que sólo la pena proporcionada a la gravedad del hecho cometido es humana y respetuosa con la dignidad de la persona. Pero el principio de proporcionalidad de las penas aparece unido también a otros principios constitucionales, y tiene una autonomía propia. De hecho, es el principio de mayor relevancia en el ámbito de la determinación legal de la pena.

III. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

1. El principio de proporcionalidad exige que exista proporción entre la gravedad de la pena y la gravedad del delito; que las penas sean proporcionadas a la entidad del delito cometido. Esa proporcionalidad

9 Sobre la prohibición de las penas inhumanas y sus consecuencias en la legislación penal, vid. Zugaldía Espinar, José Miguel, *Fundamentos de Derecho Penal*, Valencia, 1993, pp. 254 ss.

10 Roxin, *op. cit.*, pp. 129 s.

debe darse tanto en abstracto como en concreto, es decir, tanto en la relación entre la gravedad del delito y la pena con la que de forma general se conmina en la ley (proporcionalidad *abstracta*) como en la relación entre la pena exacta impuesta al autor y la gravedad del hecho concreto cometido (proporcionalidad *concreta*). La exigencia de proporcionalidad *abstracta* va dirigida al legislador a la hora de fijar los marcos penales, la de proporcionalidad *concreta* al juez cuando impone una pena al responsable criminal de un hecho concreto. Aquí nos vamos a referir a la primera, a la proporcionalidad *abstracta*, que es la que afecta a la fijación por el legislador de los marcos penales (fase de *determinación legal de la pena*) y no a la cuestión de la proporcionalidad de la pena en el momento de su individualización, que es llevada a cabo por los Tribunales dentro del marco legal (fase de *individualización judicial*). No obstante, como se verá, los marcos penales deben configurarse de tal forma que dejen margen al juez para poder buscar la pena proporcionada al hecho concreto enjuiciado.

La exigencia de proporcionalidad de las penas tiene sus antecedentes más antiguos en las ideas que se desarrollan en Europa a partir del siglo XVIII, dentro de la preocupación humanitaria que aparece en la doctrina penal de la época. Así, en el art. 8 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 se proclamó que: “la Ley no debe señalar sino las penas estrictamente necesarias y proporcionales al delito”. De igual manera, esta preocupación por la proporcionalidad aparece en el pensamiento de Beccaria, quien sintetizara magistralmente los principios del Derecho Penal moderno: “para que la pena no sea violencia de uno o de muchos contra un particular ciudadano, debe ser la pena pública, pronta, necesaria, la menor de las posibles en las circunstancias actuales, *proporcionada a los delitos* y dictada por las leyes”¹¹.

Si bien en las Constituciones actuales no se suele proclamar de forma expresa el principio de proporcionalidad, la doctrina y la jurisprudencia constitucional de Alemania y España lo consideran implícitamente consagrado en la Constitución.

En Alemania, la formulación del principio de proporcionalidad se debe en gran medida al Tribunal Constitucional Federal

11 Beccaria, *Tratado de los delitos y de las penas* (trad. de la edición italiana de 1774 por J. A. de las Casas y presentación de F. Tomás y Valiente), Madrid, 1993, p. 255.

(BVerfG)¹². Si bien al comienzo este Tribunal tan sólo utilizaba este principio de forma puntual y sin darle consecuencias sistemáticas, a finales de los años cincuenta se empieza a considerar el principio de proporcionalidad como una máxima constitucional que debe ser respetada por los poderes del estado (legislativo, judicial y ejecutivo) y, por tanto, también por el legislador penal. La jurisprudencia del BVerfG lo considera implícito en la configuración del Estado como un Estado de Derecho. El BVerfG, en una sentencia del año 1957, en relación con el Derecho Penal, afirmó:

De los principios generales de la Constitución, y en especial del principio del Estado de Derecho, se deriva para el Derecho penal que la pena con que se amenaza ha de encontrarse en una relación justa con la gravedad del hecho y con la culpabilidad del autor, no debe ser ni desproporcionada ni inhumana... Una ley penal que contravenga esto, no podría formar parte de un orden constitucional.¹³

Para la doctrina alemana el principio de proporcionalidad es parte del postulado de Justicia: "nadie puede ser incomodado o lesionado en sus derechos con medidas jurídicas desproporcionadas"¹⁴.

En España tampoco la Constitución de 1978 recoge expresamente el principio de proporcionalidad de las penas pero, igual que en Alemania, la doctrina considera que se trata de un principio que forma parte del orden constitucional¹⁵. El principio de proporcionalidad se deriva de otros principios constitucionales expresos. Así, se vincula con el precepto constitucional que configura a España como un Estado de Derecho que propugna la justicia como valor superior de su ordenamiento (art. 1 CE) y con el que establece que la dignidad de la persona y los derechos que le son inherentes son fundamentos del orden político y la paz social (art. 10 CE). También se ha vinculado el principio de proporcionalidad con el de legalidad (art. 25 CE) por parte de algunos autores¹⁶ y, de forma aislada, por la STC 136/1999.

12 Sobre el origen y alcance del principio de proporcionalidad en Alemania, *vid.* Aguado Correa, Teresa, *El Principio de proporcionalidad en Derecho Penal*, Madrid, 1999, pp. 63 ss.

13 BVerfGE 6, 389.

14 Hassemer, *Fundamentos del Derecho Penal* (trad. y notas de Fco. Muñoz Conde y Luis Arroyo Zapatero), Barcelona, 1984, p. 279.

15 *Vid.*, por todos, Aguado Correa, *op. cit.*, pp. 120 ss.

16 *Cfr.* Vives Antón, Salvador, "Principios generales y dogmática penal", en *Estudios sobre el Código Penal de 1995*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid,

En cualquier caso, sea cual fuere el precepto constitucional al que se vincule¹⁷, el rango constitucional del principio de proporcionalidad ha sido afirmado en reiteradas sentencias por el Tribunal Constitucional (TC), quien se ha pronunciado sobre su contenido y alcance¹⁸.

2. Ahora bien, admitido que el respeto del principio de proporcionalidad es una exigencia constitucional para el legislador penal, lo importante a efectos prácticos es saber cuándo el legislador está incumpliendo esa exigencia; cuándo una ley penal puede ser declarada inconstitucional por establecer una pena *desproporcionada*.

Como ha reiterado el TC, la relación de proporción que deba guardar un comportamiento penalmente típico con la sanción que se le asigna será el fruto de un complejo análisis político-criminal y técnico que sólo al legislador corresponde y que en ningún caso se reduce a una exacta proporción entre el desvalor de la sanción y el desvalor del comportamiento prohibido, según un hipotético baremo preciso y prefijado¹⁹. Ahora bien, lo que no puede hacer el legislador en ese juicio de oportunidad es traspasar los límites constitucionales. Esos límites constitucionales, aunque no le imponen una solución unívoca y precisa, sí que prohíben la existencia de normas penales en las que se advierta, como dice el Tribunal Constitucional español, “*un desequilibrio patente y excesivo o irrazonable* entre la sanción y la finalidad de la norma”²⁰.

Pero, para poder valorar si una norma penal incurre efectivamente en ese desequilibrio, es decir, si vulnera el principio de proporcionalidad, se hace imprescindible establecer una serie de criterios o de directivas más precisas que debe respetar el legislador, porque, de lo contrario, el principio de proporcionalidad quedaría en una fórmula vacía. Esos criterios o directivas no han sido expuestos sistemáticamente ni de un modo cerrado. Precisamente uno de los

1996, p. 40.

17 La discusión sobre el precepto constitucional al que debe vincularse el principio de proporcionalidad tiene gran transcendencia práctica en el sistema constitucional español, porque la posibilidad de recurrir en amparo ante el TC que otorga la CE a cualquier ciudadano sólo existe si se alega la vulneración de determinados preceptos de la CE (arts. 14 a 31). Como el principio de legalidad está incluido entre ellos (art. 25 CE), su vinculación con el principio de proporcionalidad abriría la puerta del recurso de amparo al condenado con una pena que se considere desproporcionada.

18 Especialmente significativas son las SSTC 55/1996, de 28 de marzo, 161/1997, de 2 de octubre y la más reciente 136/1999, de 20 de julio.

19 STC 55/1996, FJ 6; STC 161/1997, FJ 12.

20 STC 55/1996, FJ 9.

puntos débiles que la doctrina ha señalado en relación con el principio de proporcionalidad es la ausencia de una teoría general y sistemática del mismo que lo dote de eficacia como canon de constitucionalidad de las leyes. No obstante, podemos señalar aquí algunos de los criterios que, a raíz de la valoración de concretos preceptos penales, se han ido admitiendo por la doctrina y la jurisprudencia constitucional²¹.

a) La importancia del bien jurídico

Como es sabido, una de las garantías del Derecho Penal moderno es el principio de “exclusiva protección de bienes jurídicos”: el Derecho Penal sólo debe intervenir cuando se trata de proteger bienes jurídicos (es decir, valores, bienes o intereses que sean constitucionalmente legítimos en un Estado democrático de Derecho) frente a conductas que lesionan o suponen un peligro para esos bienes jurídicos²². Dentro de los bienes jurídicos protegidos penalmente existe una jerarquía de importancia. Así, es evidente que el bien jurídico “vida” es más importante que el bien jurídico “honor” o que el bien jurídico de la “integridad personal” es más importante que el de la propiedad.

Por ello, el primer criterio que se puede apuntar en el juicio sobre la proporcionalidad entre sanción y delito es el de la importancia del bien jurídico protegido: las penas más graves han de reservarse para aquellos tipos a través de los cuales se pretende proteger los bienes jurídicos más importantes. Si desde el punto de vista del bien jurídico atacado por el delito, un delito se considera más grave que otro y, sin embargo, se sancionan con la misma pena o el que se considera más grave se sanciona con una pena menor, se estaría vulnerando el principio de proporcionalidad.

Desde esta consideración, en España la doctrina criticó la regulación que existía antes del CP de 1995 del delito de violación, porque este delito se castigaba con la pena de prisión de 12 a 20 años, que era la misma pena con la que se sancionaba el delito de homicidio doloso. Se entendía que esto vulneraba el principio de proporcionalidad abstracta porque por muy grave que sea el ataque a la libertad sexual no parece que pueda revestir el mismo contenido

21 Entre los pocos autores que formulan criterios concretos de proporcionalidad, cfr. Aguado Correa, *op. cit.*, pp. 286 ss.; Alvarez García, Fco. Javier, *Introducción a la teoría jurídica del delito*, Valencia, 1999, pp. 51 ss.; Muñoz Conde/García Arán, *Derecho Penal. Parte General*, 4ª ed., Valencia, 2000, pp. 92 s.

22 Cfr. Mir Puig, *op. cit.*, pp. 91 ss.; Roxin, *op. cit.*, pp.52 y ss.

de injusto que un ataque doloso a la vida. El CP de 1995 ya sí atiende a la exigencia de proporcionalidad porque señala para el delito de violación un marco penal básico de 6 a 12 años (art. 179) mientras que la pena del homicidio doloso es de 10 a 15 años (art. 138).

b) El grado de afección al bien jurídico

Otro factor que el legislador debe tener en cuenta a la hora de fijar la pena es el grado de afección al bien jurídico protegido, es decir, la gravedad del ataque. Así, por ejemplo, en el delito de lesiones debe castigarse de forma más grave las conductas que más daño hacen a la integridad física: no es lo mismo una lesión que requiera únicamente una intervención quirúrgica para su curación que la que conlleva la pérdida de un ojo o de otro órgano principal. Desde este punto de vista, algunos preceptos del nuevo Código Penal español resultan poco respetuosos con el principio de proporcionalidad. Así, por ejemplo, resulta desproporcionado castigar con la misma pena que el delito de robo con violencia o intimidación, la conducta de utilización ilegítima de vehículo de motor efectuada con violencia o intimidación (art. 244.4º CP) porque en la segunda conducta el ataque al bien jurídico de la propiedad no es tan grave, ya que sólo existe un uso del vehículo, sin el ánimo de apropiación definitiva que sí caracteriza al delito de robo.

Igualmente, parece una exigencia del principio de proporcionalidad que, mientras más alejada esté la conducta de la lesión del bien jurídico, menos grave debe ser la reacción penal. Sin embargo, el TC ha negado validez a este criterio en la STC 161/1997. En ella, refiriéndose al delito de negativa a someterse al control de alcoholemia (art. 380 CP), el TC afirmó que: “el peligro abstracto o remoto puede merecer un castigo mayor que el próximo, y esto es, a juicio del legislador, lo que sucede en este caso, en el que, de no atajarse el peligro abstracto se incrementaría de modo incalculable el número de casos en que se produciría el peligro próximo”.

c) La forma subjetiva de ataque al bien jurídico

Otro factor que influye en la gravedad de la conducta y, por tanto, en la proporcionalidad de la sanción es el elemento subjetivo con que se realiza el hecho delictivo: el dato de que el hecho haya sido cometido dolosa o imprudentemente habrá de ser tenido en cuenta a

la hora de fijar la pena. Por lo general no se puede imponer la misma pena a la comisión dolosa y a la comisión imprudente de un mismo hecho porque el comportamiento doloso contiene un mayor desvalor ético-social. Así, por ejemplo, un ataque doloso a la vida se sanciona mucho más severamente que una muerte causada por imprudencia.

d) La comparación con supuestos análogos

Si la pena prevista para un determinado tipo penal se aparta arbitraria o irrazonablemente de la establecida por el legislador para supuestos análogos, puede afirmarse que la norma es arbitraria y que socava los principios de justicia inherentes a la dignidad de la persona y al Estado de Derecho (STC 55/1996, FJ 8).

e) La trascendencia social del hecho

Otro de los criterios que, según la doctrina, debe tener en cuenta el legislador en la determinación de la pena es la trascendencia social del hecho o lo que también se denomina la “dañosidad social objetiva de la conducta”. La significación social de un hecho en un momento dado debe reflejarse en la pena. Por ejemplo, si existe una gran conciencia social sobre la necesidad de preservar el medio ambiente, estaría justificada la agravación por el legislador de las penas previstas para los delitos contra el medio ambiente. Por el contrario, si un hecho deja de tener en un determinado momento histórico la trascendencia social que ha tenido tradicionalmente, deben atenuarse las penas previstas para ese hecho. Un claro ejemplo de esto se ha dado en España en relación con el delito de incumplimiento del servicio militar obligatorio (delito de insumisión) que se castigaba con penas de prisión y multa y que, a partir de la reforma del Código Penal de 1998, se sanciona sólo con pena de inhabilitación especial. En la exposición de Motivos de la Ley que efectuó dicha reforma, el legislador afirma que la normativa sancionadora no puede ser ajena al momento histórico actual y que, teniendo en cuenta el cambio que hay previsto hacia un modelo de Ejército profesional, procede en este periodo transitorio adecuar las penas previstas para el delito de insumisión. Es evidente que la trascendencia social del delito de incumplimiento del servicio militar en un momento en que pronto éste dejará de ser obligatorio, es mucho menor y merece una menor pena.

f) El grado de ejecución y las formas de participación en el delito

El legislador debe tener en cuenta también el grado de ejecución del delito, para castigar más gravemente la consumación que la tentativa, así como la forma de participación, porque no merece la misma pena el responsable como autor de un delito que el que meramente participa como cómplice. En este sentido, tanto el Código penal alemán como el español prevén una atenuación de la pena para los casos de tentativa (parágrafo 23 II StGB y art. 62 CP), si bien en Alemania la atenuación es facultativa (parágrafo 23 II), y para los casos de complicidad (parágrafo 27 II StGB y art. 63 CP).

IV. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y EL NECESARIO MARGEN DE ARBITRIO JUDICIAL EN LA INDIVIDUALIZACIÓN JUDICIAL DE LA PENA

1. Hemos afirmado anteriormente que, para que la decisión punitiva del legislador sea respetuosa con el principio de proporcionalidad, el marco penal señalado para un delito, tiene que ser proporcional a la gravedad de la conducta que se incrimina en abstracto. Pero, además, ese marco penal debe dejar suficiente margen al juez para adecuar la gravedad de la pena al caso concreto, sin obligarle a imponer penas desproporcionadas en relación con las circunstancias del caso y con las circunstancias personales del reo. Del margen que tenga el juez en la fase de *individualización judicial* de la pena (en alemán: *Strafzumessung*) dependerá que resulte una pena respetuosa con el principio de proporcionalidad.

La mayor o menor amplitud del arbitrio judicial en la determinación de la pena que corresponde imponer dependerá del sistema de determinación de la pena que siga el Código penal. De forma genérica, estos sistemas pueden sistematizarse en tres modelos posibles²³:

a) Ofrecer un complejo sistema métrico compuesto de grados, circunstancias, etcétera, de manera que la labor del Juez quede reducida a realizar una especie de operación aritmética. Este ha sido el sistema tradicional en España. Los Códigos penales desde 1822, y hasta el nuevo Código Penal de 1995, dividían la extensión de las penas previstas en abstracto para los delitos en tres partes iguales

23 Cfr. esta sistematización en Quintero Olivares/Morales Prats/Prats Canuts, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Pamplona, 1999, pp. 706 s.

(llamadas grados mínimo, medio y máximo) y establecían un catálogo general de circunstancias agravantes y atenuantes. La concurrencia de alguna de dichas circunstancias obligaba al juez a imponer la pena en un determinado grado, resultando así un nuevo marco de pena mucho más estrecho (el llamado marco de pena *concreto*), dentro del cual debía fijar el juez la pena exacta. Además, en la descripción típica de muchos delitos se contemplaban ya circunstancias específicas que llevaban a imponer la pena en un determinado grado, con lo cual el marco de pena *abstracto* del que debía partir el juez era ya de por sí muy reducido²⁴²⁴.

b) Indicar unos criterios orientadores, aunque no vinculantes, que el juez debe tener en cuenta a la hora de individualizar el castigo a imponer dentro de un marco legal de pena que, en muchos casos, sólo fija un límite máximo y no mínimo de pena. Así, por ejemplo, el sistema alemán, donde el parágrafo 46 StGB se limita a enunciar una serie de circunstancias que el juez debe tomar en consideración en la individualización de la pena, pero dejando a su arbitrio los efectos que debe darle para la determinación de la pena exacta dentro del marco legal.

c) Establecer unos máximos y unos mínimos legales y unas reglas de medición (a través de circunstancias agravantes o atenuantes genéricas) vinculantes para el juez, aunque dejándole a su vez un

24 En detalle, sobre este sistema, vid. García Arán, *op. cit.*; Pérez Alonso, Esteban Juan, *Teoría general de las circunstancias: especial consideración de las agravantes "indeterminadas" en los delitos contra la propiedad y el patrimonio*, Madrid, 1995, pp. 296 ss. Un ejemplo de cómo operaba este sistema de "dosimetría penal" es el siguiente: si alguien era condenado como autor de un delito de robo en oficina bancaria con la concurrencia de dos agravantes genéricas (v.g. "obrar con premeditación conocida" y "ser reincidente", art. 10. 6ª y 10. 15ACP25), el juez, para determinar la pena, debía realizar las siguientes operaciones: 1) partir de la pena prevista para el delito de robo en el art. 501.5º ACP, que era la llamada "prisión menor": desde seis meses y un día a seis años; 2) tener en cuenta que concurría una de las circunstancias agravantes específicas del art. 506 ACP (la de cometerse el robo "contra oficina bancaria" –art. 506.4º ACP), para la que se preveía una pena de prisión menor en grado máximo, esto es, desde cuatro años, seis meses y un día a seis años (marco de pena abstracto); 3) tener en cuenta que concurrían dos circunstancias agravantes genéricas que, según el art. 61.2, le obligaban a imponer una pena dentro del grado máximo del marco penal abstracto. Para ello, el juez debía dividir de nuevo la extensión de ese marco de pena en tres partes y determinar el tercio superior (grado máximo): desde cinco años, seis meses y un día a seis años (marco de pena concreto). La pena a imponer por el juez debía obligatoriamente estar comprendida dentro de ese marco en el que el margen de decisión judicial quedaba reducido a seis meses.

campo razonablemente amplio a la medición concreta. Éste es el sistema seguido en el CP español de 1995. En él se contempla un catálogo de circunstancias agravantes y atenuantes (arts. 21 y 22 CP), aunque no tan exhaustivo como el del ACP, cuya apreciación obliga al juez a situar la pena dentro de una determinada extensión de la pena. Por ejemplo, la concurrencia de circunstancias agravantes le obliga a imponer una pena comprendida dentro de la mitad superior del marco legal previsto para el delito del que se trate (art. 66.3^a) y, por el contrario, la concurrencia de una atenuante, le lleva a una pena situada en la mitad inferior de dicho marco (art. 66.2^o).

Tal vez el sistema preferible sería uno que reuniera las siguientes características²⁵:

- a) Fijación de un marco punitivo relativamente amplio pero distinguiendo los casos especialmente graves de los menos graves.
- b) Que el marco penal incluya, junto a su límite mínimo, y para posibles casos de desproporción o falta de sentido, la posibilidad de no imponer ninguna pena si ello se entiende por el Juez innecesario o incluso contraproducente para aquel caso y aquel autor.
- c) Que el Juez pueda moverse en ese marco utilizando unos criterios legales orientadores y razonando expresamente su decisión punitiva, decisión cuya adecuación a los parámetros legales debe ser revisable en casación²⁶.

2. De todas formas, cualquiera que sea el margen dejado al arbitrio judicial en la determinación de la pena, el respeto al principio de proporcionalidad lo que exige del legislador penal es que en la fijación del marco penal de un delito tenga en cuenta la diferente gravedad de las conductas que pueden subsumirse en él, de forma que no resulte para el juez la obligación de aplicar una pena que, en el caso concreto, aparezca como claramente injusta. El peligro de que esto pueda suceder se da especialmente en los casos de penas mínimas demasiado altas²⁷.

25 En un sentido muy similar, Quintero Olivares/Morales Prats/Prats Canuts, *op. cit.*, pp. 707 s.

26 Sobre ello, Ramos Tapia, M^a Inmaculada, "El control del arbitrio judicial en la individualización de la pena", *Cuadernos de Política Criminal* núm. 69 (1999), pp. 613 ss.

27 Advierte de este peligro, Demetrio Crespo, Eduardo, *Prevención general e individualización de la pena*, Salamanca, 1999, p. 271.

En este sentido, resulta muy relevante la sentencia del Tribunal Constitucional español 136/1999, de 20 de julio. En ella, el TC consideró inconstitucional un precepto del Código Penal por vulneración del principio de proporcionalidad precisamente sobre la base de considerar que el marco penal previsto en dicho precepto tenía fijado un mínimo demasiado alto, de forma que obligaba al juez a imponer una pena que resultaba desproporcionada en los casos en que la conducta revestía una gravedad muy inferior a la del resto de conductas incriminadas en el mismo precepto. En la STC 136/1999, se consideró desproporcionadas las penas impuestas por el Tribunal Supremo al aplicar el art. 174 bis a) del anterior CP (delito de colaboración con banda armada) a los miembros de la Mesa Nacional de la asociación política vasca Herri Batasuna. Los condenados habían acordado difundir, durante los espacios gratuitos de propaganda electoral a los que tenían derecho con motivo de las elecciones autonómicas, unas cintas de vídeo elaboradas por la banda terrorista ETA. Las cintas no llegaron a emitirse por ser prohibida judicialmente su difusión. La pena impuesta fue de siete años de prisión y multa, el mínimo que permitía el art. 174 bis a) que castigaba las conductas del que “obtenga, reciba o facilite cualquier acto de colaboración que favorezca la realización de las actividades o la consecución de los fines de una banda armada (...) y cualquier otra forma de cooperación, ayuda o mediación con las actividades de las citadas bandas”. El TC consideró que, aunque era correcta la calificación de la conducta de los condenados como una conducta típica de colaboración con banda armada del art. 174 bis a), sin embargo, la pena prevista por este precepto resultaba desproporcionada en este caso porque era la misma que, por ejemplo, se asignaba en el CP a los integrantes de bandas armadas. El Tribunal Constitucional afirmó literalmente:

el precepto resulta inconstitucional únicamente en la medida en que no incorpora previsión alguna que hubiera permitido atemperar la sanción penal a la entidad de actos de colaboración con banda armada (...) que hubiera permitido al juzgador, en casos como el presente, imponer una pena inferior a siete años de prisión.

V. CONSIDERACIÓN FINAL

En definitiva, hay que aceptar lo complejo de la decisión legislativa a la hora de fijar los marcos penales porque el legislador penal pretende conseguir distintos fines con la fijación de una determinada pena. Ya a principios del siglo XX, el penalista español Dorado Montero advertía de esta dificultad cuando afirmaba:

me parece que el problema de la proporcionalidad o justicia de las penas, dentro del propio espíritu de los que hablan de él, va resultando más complicado de lo que pudiera creerse. Y es que semejante problema no es otro que el de la finalidad penal, toda vez que pena proporcionada vale lo mismo que pena adecuada al fin por la misma perseguido; y siendo variadísimos y a menudo hasta antitéticos los fines que con la pena se quiere obtener, forzosamente tiene que resultar difícil la organización del respectivo sistema de medios penales.²⁸

A pesar de esa dificultad, como hemos visto, la doctrina y sobre todo la jurisprudencia constitucional de las últimas décadas se esfuerzan por ir señalando límites a la libertad de decisión del legislador penal, límites que son los propios de un Estado de Derecho respetuoso de la idea de Justicia y de la dignidad de la persona. En particular, quisiéramos señalar la importancia de otorgar virtualidad práctica a estos límites para frenar la tendencia exagerada del legislador penal a tratar de prevenir ciertos fenómenos delictivos mediante una constante agravación de los marcos penales en lugar de una mayor eficacia en la persecución y sanción del delito.

28 Dorado Montero, "Sobre la proporción penal", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1916, p. 39.

BECCARIA Y EL PRINCIPIO DE HUMANIDAD*

Mario Pisani

Profesor Emérito de Derecho Procesal de la Universidad de Milán.

Hace algunos meses, Luis Arroyo Zapatero –presidente de la Sociedad Internacional de Defensa Social– que desde el 1996 se ha venido enriqueciendo del exigente subtítulo de “movimiento de política criminal humanista”, me invitó a finalizar vuestro seminario con una breve intervención sobre el tema: Cesare Beccaria y el principio de humanidad.

¿Una breve intervención?, es imposible, habría podido responderle, quizá concluyentemente, utilizando el siguiente dicho latino: *ad impossibilia nemo tenetur*. Pero seguramente habría resultado una respuesta inadecuada y para nada generosa que no concuerda con el espíritu de lealtad y amistad que nos une.

De esta manera, una vez más agarro entre mis manos *De los delitos y las penas*, es decir, la inmortal obra maestra de mi gran colega de la antigua Universidad de Pavia –de hecho dos siglos después yo también fui alumno de la misma aunque bastante menos memorable– y con ella me propongo esbozar un esquema sobre la exposición de la cual he sido cortésmente invitado.

Ni que decir tiene que una exposición que se pueda calificar como breve es de por sí innata con aquella que es una característica de fondo, en términos de estructura y de estilo, de la obra que veremos reexaminada. De hecho, bien decía Amery Duval (otro día secretario de la embajada francesa en Nápoles) en presentar “el mejor homenaje dedicado a Beccaria por parte de los escritores franceses apenas sin cerrar la época del terror” (Venturi). Y traduzco: “un jurista alemán habría compuesto, sobre el mismo tema, alguno de los más grandes volúmenes llenos de referencias y citas que no fueron nunca abiertos sino hubiese sido por algún erudito. Sin embargo, Beccaria quiere llegar a llamar la atención de las personas de todas las clases, de todas las edades. Se dirige al corazón. Y pronto llama la atención de los hombres de todo el mundo, y también de las mujeres, a través de sus argumentos exigentes y de gran importancia”.

Precisamente en referencia al corazón humano, en las primeras páginas de su gran obra, Beccaria hace un llamamiento como inspirador de la "política moral". "Consultemos el corazón humano" –escribe en el capítulo II, titulado "El derecho de castigar" – y en él encontraremos los principios fundamentales del verdadero derecho del soberano respecto a castigar los delitos, debido a que no cabe esperar alguna ventaja duradera respecto de la política moral si no se encuentra basada sobre los sentimientos indelebles del hombre. Cualquier ley aparte de estas siempre encontrará una resistencia contraria que finalmente resulta vencedora".

Nuestro autor, al término del mismo párrafo, con la lucidez y moderna clarividencia del saber diferenciar, a los efectos de la justicia humana, los crímenes de los pecados, en modo de "dar al César lo que es del César", así agrega para marcar la separación: "tampoco entendiendo aquella otra suerte de justicia que emana de Dios y que tiene sus relaciones inmediatas con las penas y con las recompensas de la vida futura".

Algunos párrafos más adelante, precisamente en el capítulo XVIII, dedicado a los "juramentos que se exigen al reo", reiterará la anunciación de aquellos más arriba, pero ya desarrollando la combinación, conceptual y sinérgicamente, con la razón y el corazón, que ciertamente es uno de los pilares de "Los delitos y las penas". La razón, escribe Beccaria, "declara inútiles y, por consecuencia lesivas, todas aquellas leyes que se oponen a los sentimientos naturales del hombre".

Pero, es en el sucesivo capítulo XX, dedicado al tema de las "violencias" que el centro de la persona humana, síntesis de razón y corazón, aparece con toda su claridad y, junto, en la simple solemnidad de un "dogma moral que –escribirá Calamandrei– alimenta profundamente las páginas de Beccaria. No hay libertad –escribía el gran Lombardo– si las leyes permiten que en algunos casos el hombre deje de ser persona y se convierta en cosa".

Existe quien ha detectado, en aquellas expresiones, una anticipación del imperativo categórico de Kant (como Mondolfi y De Ruggiero). Pero también hay que recordar que el mismo Kant, estático en la defensa del ser humano como "no-cosa", también era prisionero de una concepción marcadamente retributiva de la pena, y estaba preparado (en su Rechtslehre) de acusar al mismo Beccaria como "una persona afectada por el sentimentalismo humanitario".

(Después de que –y no es solamente un argumento *ad hominem*– nuestra sensibilidad actual nos ha llevado rápidamente a detectar que quizá sólo habría bastado una pequeña dosis de “sentimentalismo humanitario” para así habernos evitado los campos de exterminio nazis llevados a cabo por Hitler).

Sin embargo, otros han podido ver en aquellos enunciados desarrollados por Beccaria los caracteres propios del mensaje cristiano (Leone); quizá –agrego– en el recuerdo de aquel antiguo estudiante de los jesuitas, en el cual no cabía la posibilidad de que no hubiese leído, en el Evangelio según San Marcos (2, 27), la referencia al sábado, es decir la ley: “el día de reposo fue hecho por causa del hombre y no el hombre por el día de reposo”.

Se ha detectado de buena manera (en la relación de Faria Costa que, hace unos pocos años ha acompañado la primera traducción al portugués de la obra “De los delitos y las penas”), la afirmación fundamental a la que se ha hecho referencia más arriba y que puede constituir una “llave de lectura transversal” de toda la obra (no la única, podemos agregar, pero si probablemente la principal y la más fértil).

Que la simbiosis, conceptual y operativa, de “razón y humanidad” en la persona no reducida a “cosa”, pueda asumir un determinado papel, estructural y explicativo, es comprobado en la medida en la que se podría definir como auténtica definitivamente, según afirmó el mismo Beccaria.

En la respuesta a la primera carta a su primer traductor, el abad Morellet, nuestro autor...”me debo a mi mismo por los libros franceses, son esos que han desarrollado en mi ánimo los sentimientos de humanidad... D’Alambert, Diderot, Helvetius, Buffon (...) nombres ilustres y que no pueden mencionarse sin sentir por ellos una profunda conmoción, vuestras obras inmortales constituyen mi lectura continua, el objeto de mis tareas durante el día y de mis meditaciones en el silencio de la noche”.

Y cuando posteriormente Voltaire le manda a Beccaria su “*Relation de la mort du Chevalier de La Barre*”, recibiendo la carta del 30 de mayo de 1766, donde el destinatario se verá elogiado con las siguientes expresiones: “Vuestra obra ha causado bien y continuará haciéndolo; vosotros trabajáis por la razón y por la humanidad que por mucho tiempo han estado oprimidas”.

Y al convalidar la autenticidad del *leit motiv* “razón y humanidad” será significativamente, años después, tratado por el nieto ilustre del mismo Beccaria, hijo de la hija Giulia. Se trata de Alessandro Manzoni, autor de los “*Novios prometidos*”, la novela más importante de la literatura italiana. En el histórico apéndice adjunto a otro volumen suyo, dedicado a la historia de la colonia infame, el gran nieto escribió así acerca de su ascendiente por parte de madre: “reproduciendo con aquella originalidad que le caracteriza al genio los argumentos ya propuestos, y añadiendo otros nuevos e inmortales; reuniendo, con una razón profunda, algo que a los intelectuales superficiales o sistemáticos les podía parecer retórica mezquina, reuniendo, digo, la conmoción y el raciocinio; sumergiendo, por así decirlo de manera evidente en la amplia precisión, en la coherencia del asunto general, algunas inexactitudes particulares de hecho, algunas conjeturas precipitadas, o convirtiendo también en esplendorosos los defectos con el la lucidez del genio siempre presente; pudo convertir en cosa de sentido común lo que era paradójica; y, lo que todavía es mejor, pudo triunfar haciéndolo. Aceleró el triunfo de la razón y de la humanidad –cursivo nuestro– corrigiendo un error antiguo y desde hace tiempo discutido y que más tarde caería bajo los golpes de críticos menos habilidosos”.

Pero si el binomio “razón y humanidad”, –hablando de la razón que ordena y coordina los principios y los sentimientos de humanidad– puede ser una idónea clave de lectura de Beccaria, el entendimiento de reproponer, y desarrollar, por lo menos, algunos de sus enunciados fundamentales –más aún porque los expresa de forma sintética– costaría mucho y requeriría tiempos de análisis y de exposición no compatibles con la fase final de un seminario de gran dedicación.

Por suerte, al simplificar la tarea explicativa y argumentativa, interviene felizmente José Luis de la Cuesta: el presidente de la AIDP que, es nuestro sponsor, anfitrión y moderador. Me refiero a su amplio e importante ensayo, recientemente publicado en la revista “Eguzkilon”, 2009, n. 23, pp. 209 y ss. titulado “El principio de humanidad en derecho penal”.

Según De La Cuesta, tres son las líneas principales a lo largo de las cuales se desarrolla el contenido específico del principio de humanidad en el ámbito de nuestros estudios: a) la prohibición de la tortura y de toda pena o trato inhumano o degradante, (con

importantes referencias sobre la parte especial del derecho penal y sobre las consecuencias jurídicas del delito); b) la orientación hacia la resocialización de la pena, en especial la de prisión; y, por último, c) la atención hacia las víctimas de la criminalidad.

Ahora bien, el sobreponer estas líneas de política criminal moderna a los objetivos y los resultados de la obra de Beccaria, puede representar un ejercicio útil de recomposición histórica y de reflexión crítica.

El primer gran mérito de la obra de Beccaria (como notó también el historiógrafo Spadolini en su relación con el Congreso de Milán organizado por la ONU en el año 1985) fue el haber dicho que no a la tortura y no a la pena de muerte en una época dominada por tales castigos.

Si alguna vez, la sensibilidad de hoy puede plantear alguna duda razonable a propósito de la alternativa comentada por Beccaria respecto de la abolición de la pena capital: la relegación perpetua del condenado – en términos más actualizados se hablará de cadena perpetua acompañada por el trabajo en beneficio del interés público, de mayor o menor dureza, en proporción con la gravedad del crimen. Una pena que algunos opositores de Beccaria (como el abad Facchinei) no compartirá por ineficaz, mientras que sus defensores (el traductor Morellet, pero también Voltaire y Diderot) considerarán caracterizada por su inhumanidad.

El discurso se vuelve no menos complejo a propósito de la función resocializadora de la pena de detención.

Beccaria (capítulo VI) escribe –e inspirarle no es sólo una exigencia de simetría conceptual– que “tiene que haber una proporción entre los delitos y las penas”, porque “los desincentivos tienen que ser más fuertes cuanto más grave sea la contrariedad al bien público de los delitos”. Pero él también nos recuerda –dando otra vez un amplio espacio al principio de humanidad– que “uno de los más grandes desincentivos, no es la crueldad de la penas sino su infalibilidad” y que por consiguiente la vigilancia de los magistrados y la inexorable severidad del juez que, por ser una virtud útil, tiene que acompañarse por una dulce legislación”.

Por lo que respecta a la finalidad de las penas (capítulo XII) Beccaria escribe que evidentemente no es la de “atormentar y afligir un ser sensible, ni deshacer un delito ya cometido”. Ésta no es sino “impedir al reo cometer nuevos daños en contra de sus ciudadanos y

desincentivar a los demás de la comisión de otros iguales" (prevención especial y prevención general).

A los criterios y a las formas para actuar en el ámbito la prevención general, Beccaria dedicará íntegramente el capítulo XLVI ("de cómo se previenen los delitos") escribiendo, entre otras cosas: "Haced que las leyes sean claras, sencillas y que toda la fuerza de la acción esté dirigida en defenderlas", indicando posteriormente, en el capítulo XLV, el más largo, el general y difícil objetivo programático de "perfeccionar la educación".

Pero él no va más allá de esto. Beccaria –observará Vassalli– "nada sabe de prevención especial en lo que respecta a los significados modernos de este término, es decir, nada de reeducación, nada de recuperación social (...) y –como observa (Mario) Cattaneo– contraponiéndole a Hommel– ni siquiera de enmienda del reo".

Pero sería, por otra parte, no generoso e injusto subrayar lo que hoy nos parece un límite del pensamiento de Beccaria, prescindiendo de la consideración de que aquel límite se revela como tal, justamente moviendo de la plataforma conceptual que el mismo Beccaria nos ha construido con apreciable amplitud. Y no habrá que olvidar que él ha tenido la prudencia de advertir en la premisa a su libro mencionando un sabio pensamiento de Bacon: "en todas las cosas más difíciles no hay que esperar a que alguien a la vez siembre y recoja, sino que es necesaria la preparación, para que ellas, gradualmente, lleguen a madurar".

Un discurso análogo sobre los límites que la reflexión histórica muestra y sobre la necesaria gradualidad de las conquistas, hay que hacerlo respecto de las víctimas del crimen: que es verdaderamente un tema ajeno a las meditaciones de Beccaria.

En efecto, se puede observar que no se ocupa de ello, por lo menos directamente, ni siquiera la moderna Constitución Europea de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales. Pero también es verdad, por otra parte, que, recorriendo el futuro con su grito de protesta y con el cuadro de sus propuestas reformadoras, él concentra sus objetivos – un programa que le podía parecer absorbente sobre la tutela de los autores de delito contra los árbitros y las prevaricaciones del poder punitivo del Estado.

Otros temas, pero de carácter más propiamente procesal, amén de la tortura, son analizados por Beccaria a la luz del principio de humanidad, que exige que la persona no sea degradada al rango de

“cosa”. Así se podrían enfocar los pensamientos que nuestro autor desarrolla a propósito del principio fundamental de presunción de inocencia, de la prisión preventiva, del tipo de certidumbre moral que inspira la convicción del juez (aquella misma que “determina a todo hombre en las operaciones más importantes de la vida”).

PERO HA LLEGADO LA HORA DE CONCLUIR

La Constitución italiana de 1948 –que inspirará no poco a las enunciaciones de la Constitución española– amén del ostracismo para la pena de muerte, a propósito de las penas (en particular las de prisión) llevará a cumplimiento el cuadro programático de Beccaria.

Siguiendo las huellas de “De los delitos y de las penas” en el artículo 27.3 establecerá no sólo que las penas “no pueden consistir en tratos contrarios al sentido de humanidad” – y era la primera vez que un símil enunciación se consagraba en un texto constitucional europeo (Bettiol) sino que, además, ellas “tienen que tender a la reeducación del condenado”.

El jovencísimo autor de “De los delitos y de las penas” (tenía tan sólo 25 años) ha encendido la luz que ilumina el camino de un eterno retorno.

Su obra maestra no sólo ha representado la “fecha de nacimiento de la ciencia y de la conciencia jurídica moderna” (así lo determinó el historiador Valsecchi), sino que ha sentado las bases para el desarrollo de una política criminal humanística, como en su día recordó Marc Ancel, y que le ha consagrado como un precursor de los Derechos del Hombre. Nos lo decía, en Toledo, Juan Guzmán Tapia, medalla Beccaria de 2007: “antes de que se hablara de Derechos Humanos, Cesare Bonesana, Marques de Beccaria, enciende la luminosa antorcha de la humanidad como precursor de estos principios y de estos derechos que doscientos años más tarde están contenidos en los Tratados, Convenciones Internacionales y en las Constituciones de las naciones más avanzadas”.

(*) Traducción: Antonio F. Rubio. Investigador del Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional de la Universidad de Castilla-La Mancha.



EL PRINCIPIO DE HUMANIDAD Y LA SALVAGUARDA DE LA PERSONA HUMANA: OBSERVACIÓN A PROPÓSITO DEL DERECHO AL TRABAJO EN EL MARCO DEL SISTEMA PENITENCIARIO URUGUAYO

Martín Quiró Saldaña

Licenciado en Psicología de la Universidad de la República, Uruguay; Especialista en Psicología Analítica Junguiana de la Universidad Católica del Uruguay; Terapeuta Sistémico en Adicciones; actualmente se desempeña en la Coordinación de Emprendimientos Productivos y Laborales, dependiente de la Sub-Dirección Técnica Nacional del Instituto Nacional de Rehabilitación (Sistema Penitenciario, Ministerio del Interior, Uruguay).

Juanita Maritán Méndez

Doctora en Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de la República, Uruguay; Maestranda en Políticas Públicas, Universidad Católica del Uruguay; Integró el equipo de Asesoría en Materia Penitenciaria del Ministro del Interior de Uruguay entre los años 2005 a 2013; actualmente se desempeña como Asesora del Inspector de Contrato para el proyecto Unidad de Internación de Personas Privadas de Libertad n° 1 en Asociación Público Privada y es docente referente del Programa de Derechos Humanos del Centro de Formación Penitenciaria (Uruguay).

Centrado en el respeto a la persona humana, el principio de humanidad es asociado, según la literatura al respecto, al concepto de dignidad humana; es más, podría decirse que es éste su eje central.

En tal sentido es reconocido como uno de los postulados imitantes del Poder del Estado en lo que hace al sujeto activo del delito. Es en base a este principio que se apoya gran parte de la visión que reafirma el postulado de respeto a los derechos humanos de las personas privadas de libertad (en adelante P.P.L.), ya que el mismo implica el reconocimiento de una naturaleza humana que por encima de todo exige el trato humano en toda circunstancia.

En ese sentido son ilustrativas las palabras de De La Cuesta en tanto manifiesta: “Por su misma condición de poder jurídico, el *us puniendi* estatal, para conservar su legitimidad, ha de respetar

un conjunto de 'axiomas fundamentales': necesidad, legalidad, imputación subjetiva y culpabilidad, con sus correspondientes corolarios: subsidiaridad, intervención mínima, carácter fragmentario del Derecho penal, preeminencia absoluta de la ley, taxatividad, garantías penales básicas (criminal, penal, procesal y ejecutiva), interdicción de toda responsabilidad por el resultado, responsabilidad personal... En una sociedad democrática, centrada por tanto en el valor de la persona, también ha de ser respetuoso del principio de humanidad, un principio menos estudiado, pero, sin lugar a dudas, no menos importante".¹

Dicho principio cumple una función de protección de la persona humana e implica la convicción de que todo ser humano, por el hecho de ser tal, lleva consigo características esenciales que le distinguen de otras especies y que iguala entre sí a los pertenecientes a aquella. Implica la afirmación de ideas provenientes de la filosofía kantiana que reconocen a la condición humana como fin en sí mismo y no como medio; se habla así del reconocimiento de un "valor absoluto interior"² en todo ser humano sin distinción.

En el centro del concepto de dignidad humana se encuentra la idea de respeto al individuo, a la dignidad humana, a su autonomía y su responsabilidad. Ello nos lleva a la consideración del sujeto como capaz de definir sus necesidades y objetivos y de asumir sus responsabilidades.

Tal cosmovisión implica, por otra parte, reconocer en los individuos su condición de ser colectivo que, a su vez, con una visión holística, se encuentra sujeto a una serie de determinaciones biológicas, psicológicas, sociales, culturales; y a su condición de ser individual, diverso en la igualdad, lleno de posibilidades, sueños, realización, deseos y libertad.

Recuerda Beristain que el axioma fundamental de humanidad presupone "que todas las relaciones humanas, personales y sociales, que surgen de la justicia en general y de la justicia penal en particular, deben configurarse sobre la base del

1 DE LA CUESTA, J. L., "El principio de humanidad en derecho penal". San Sebastián, diciembre 2009, p. 209. Disponible en <http://www.ehu.es/documents/1736829/2010409/A+76+El+principio+de+humanidad+en+derecho+penal.pdf>

2 MULLER, M y Vossenkohl, W. Artículo: "Persona, en Conceptos fundamentales de la filosofía". Vol. III. 1979, p. 73. Extraído de: VERDÚ, Pablo Lucas, "Humanidad y derechos humanos". España, p. 134.

respeto a la dignidad de la persona”, a lo que ha de añadirse su consiguiente derecho al “pleno desarrollo de la personalidad”.³

Así visto, Derechos Humanos y humanidad podrían considerarse iguales cuestiones; no obstante, acorde a la doctrina y jurisprudencia en la materia, puede afirmarse que este último concepto es un tanto más abarcativo y recoge corrientes filosóficas de más reciente creación. La humanidad en tal sentido, se ha afirmado, es la comunidad compuesta de generaciones pasadas, presentes y futuras.

Subrayada la conexión del principio de humanidad con la dignidad humana, es inevitable observar este principio como una garantía o salvaguarda de la persona humana ante ofensa o humillaciones.

Es obvio también comprender, por tal motivo, que se considere relevante su aplicación en materia penal y penitenciaria. Importa aquí acotar, aunque no nos detendremos sobre ello en este trabajo, que este principio cobra vital importancia cuando de tratos crueles inhumanos y degradantes se trata. No menor relevancia tiene el mismo para el ámbito penitenciario, y en particular a la hora de analizar las relaciones laborales que en él puedan gestarse, tema sobre el que sí intentaremos introducirnos en este artículo.

El ámbito penitenciario, y así ha sido consagrado en los diferentes acuerdos internacionales y principios guía (Reglas mínimas para el tratamiento de las personas privadas de libertad de ONU, Reglas de Mandela. Regla 1/8 de OEA. Reglas de Europa. Reglas de Bangkok, entre otros) no escapa a estas consideraciones y debe obviamente configurarse como un espacio plenamente respetuoso de la persona humana y, por tanto, ajeno a todo trato inhumano o degradante.

Las reglas mencionadas constituyen así desarrollos del principio de humanidad y permiten reafirmar su existencia y aplicabilidad en el ámbito penal penitenciario.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Ley nacional 13.751), en su art. 10.1º, dispone: “toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano”.

3 BERISTAIN, A., “Axiomas fundamentales”, Nueva Criminología desde el Derecho Penal y la Victimología. Valencia. 1994. p. 93. y BLOCH, E., “Derecho natural y dignidad humana”. Madrid, 1980. Extraído de: DE LA CUESTA, op. cit., p. 210.

Retomemos entonces las palabras de De La Cuesta para subrayar que "...tres son las líneas principales en las que se manifiesta el contenido específico del principio de humanidad en Derecho penal: la prohibición de la tortura y de toda pena y trato inhumano o degradante, con sus importantes reflejos en la parte especial del Derecho penal y en las consecuencias jurídicas del delito; la orientación resocializadora de la pena, en particular, si es privativa de libertad; la atención a las víctimas de toda infracción penal".⁴

En este sentido, acorde a los principios y reglas mínimas de aceptación internacional y a la propia Constitución Uruguaya, las cárceles no deben servir para mortificar sino para la rehabilitación o reincorporación de la persona a la vida libre, debiendo así mantener un régimen asimilado en todo lo que sea posible a la vida en libertad que permita la realización de procesos en la persona tendientes al desarrollo humano.

...el modelo de resocialización penitenciaria no puede ser muy distante del modelo de socialización de los demás ciudadanos, sustentado constitucionalmente en el respeto y disfrute de los derechos fundamentales y el desarrollo integral de la personalidad...⁵

Cabe recordar a esta altura que, en el marco del axioma de humanidad, se apela a la observancia de cuestiones como el trato digno, solidario, responsable, compasivo y pacífico entre seres humanos.

La necesaria orientación resocializadora de la pena privativa de libertad obliga, por tanto, a los Estados a realizar importantes esfuerzos en lo que hace a la reforma de la respuesta punitiva y la presentación de alternativas a la privación de libertad.

En este sentido no escapa a la problemática la cuestión del "trabajo" dentro de los recintos carcelarios, siendo esperable que la política pública al respecto se acompañe con el cumplimiento de los derechos humanos y presente condiciones mínimas que permitan identificar las prácticas laborales con el postulado de "trabajo digno".

El concepto de resocialización o readaptación social se lo puede entender muy cercano al de humanidad. Más allá de la ya conocida

4 DE LA CUESTA, op cit., p. 211.

5 BUENO ARÚS, F, "A propósito de la resocialización del delincuente". *Cuadernos de Política Criminal*, 25. 1985, pp. 65 y ss. Extraído de: DE LA CUESTA, op cit., p. 222.

disyuntiva en torno a las teorías Re, esta idea, desde una perspectiva de derechos humanos, no debe entenderse como una mera intervención coactiva en la vida del sujeto, sino como un esfuerzo por brindar al mismo oportunidades de realización y desarrollo, aceptables para aquel y, a su vez, compatibles con la mejora de la convivencia social “... en síntesis: una alternativa al comportamiento criminal”.⁶

El Sistema Penitenciario uruguayo:

Tras un largo período de deterioro, el Sistema Penitenciario uruguayo es declarado en el año 2005, por la fuerza del gobierno entonces entrante, “en estado de emergencia humanitaria”; a partir de allí, se llevaron a cabo una serie de medidas tendientes a superar la misma, e iniciar un proceso de reforma penitenciaria que viene a tener su mayor impulso presupuestal en el período de gobierno iniciado en el año 2010. Una de las líneas del Plan de Acción diseñado por el gobierno nacional se focaliza en la “Promoción del trabajo como eje del tratamiento de habilitación-rehabilitación”.

En ese sentido, en el año 2010 surge el Instituto Nacional de Rehabilitación (en adelante INR), cuya misión principal es “Contribuir al desarrollo de una sociedad más segura, garantizando el cumplimiento eficaz de las medidas privativas de libertad y sus alternativas dispuestas por el Poder Judicial, proporcionando a las personas sujetas a estas medidas un trato digno y desarrollando programas sociolaborales e intervenciones técnicas que contribuyan a disminuir las probabilidades de reincidencia delictual”.⁷

El INR ejecuta hoy diversas acciones para generar oportunidades de trabajo para las personas privadas de libertad.

Antes de detenernos en la consideración de las condiciones laborales actuales, hagamos un breve repaso ilustrativo de la historia del sistema penitenciario uruguayo.

Entre los mojones referenciales que permiten comprender la evolución de las cárceles en el Uruguay, una de las fechas simbólicas fundacionales la representa el año 1930, cuando se inaugura el Penal de Libertad, uno de los centros más grandes del país (donde se alojan unas 1300 personas privadas de libertad a la fecha), a través de un proyecto fundacional elaborado por el Sr. Juan Carlos Gómez Folle, reconocido humanista uruguayo. Según expertos, el proyecto constaba de aproximadamente 1200 resoluciones que detallaban de manera

6 DE LA CUESTA, op cit., p. 222.

7 Ministerio del Interior. www.inr.gub.uy.

exhaustiva los alcances y finalidades del quehacer penitenciario y traducía una clara sujeción para la persona privada de libertad dentro del recinto penitenciario.⁸

En el año 1971, la entonces Dirección General de Institutos Penales, ubicada en la órbita del Ministerio de Educación y Cultura (M.E.C.), pasa a la órbita del Ministerio del Interior (M.I.) y desde el año 1974 se deriva a éste la competencia para el contralor de todos los establecimientos penitenciarios.

A su vez, coincidente con la presencia del poder militar en el gobierno nacional, se observa a partir de ese momento una prevalencia de los criterios de seguridad en los centros penitenciarios, caracterizados por la naturaleza propia de un Estado militarizado y del ejercicio del control administrativo de las prisiones por instituciones policiales.⁹

A partir del año 1985, Uruguay recobra la democracia y con ello la liberación de los presos políticos; pero la administración de las cárceles se mantiene en la órbita del Ministerio del Interior, observándose un estancamiento cuando no una importante decadencia de la política penitenciaria.

A ello se suma como hecho significativo la creación de la Dirección Nacional de Cárceles Penitenciarias y Centros de Recuperación (D.N.C.P.C.R.), encargada entonces de coordinar las políticas penitenciarias en la zona metropolitana (Montevideo, San José y Canelones); mientras tanto, los centros penitenciarios del interior del país se mantenían bajo la órbita de cada Jefatura de Policía Departamental.

Ello determinó que se instalaran en Uruguay diecinueve formas distintas de concebir la reclusión, con marcados rasgos de inequidad en algunos casos y favoritismos en otros, lo que entre otras cosas afectó tanto la oferta laboral como la concepción acerca del trabajo penitenciario.

8 MANZZI, J y Col, "El rol de las pasantías laborales en el sistema penitenciario". Cárceles en el Uruguay en el siglo XXI. CSIC. Universidad de la República. 2015, Uruguay

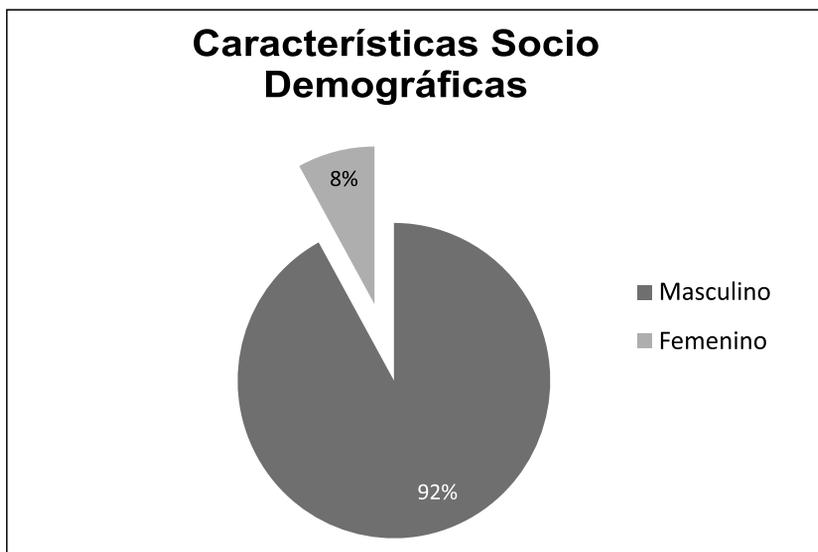
9 Respecto a la militarización de los procesos penitenciarios puede consultarse la "Nota orientativa sobre reforma penitenciaria N° 7". Centro Internacional para Estudios Penitenciarios del King's College London, disponible en http://www.prisonstudies.org/sites/default/files/resources/downloads/handbook_2nd_ed_la_es.pdf

El deterioro del sistema penitenciario uruguayo, ya enunciado líneas atrás, se reflejó en la decadencia de las condiciones de alojamiento, carentes de mantenimiento y castigada fuertemente por una población sumida en el ocio y falta de propuestas laborales o formativas. Durante los años 90, se promulga la Ley N° 16.707, conocida como Ley de Seguridad Ciudadana, instaurando nuevos delitos y aumentando la pena de algunos ya existentes, a la que se atribuye en gran parte la responsabilidad de haber aumentado el hacinamiento en las cárceles uruguayas, afianzándose la crisis penitenciaria.

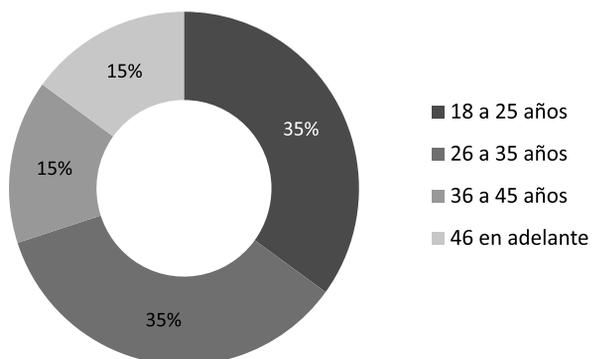
Según el Primer Censo Nacional sobre Personas Privadas de Libertad, realizado en Uruguay en el año 2010, con apoyo de la Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad de la República, la población penitenciaria se caracterizaba por ser mayoritariamente joven, con formación primaria incompleta, ocupación en trabajos precarios a edades tempranas y familias disfuncionales. Además, se caracterizaban por tener una historia de consumo de sustancias psicotrópicas, principalmente alcohol y pasta base.

El censo sirvió asimismo para dejar en claro la necesidad de una adecuada clasificación de PPL y del desarrollo de estrategias intersectoriales e interinstitucionales.

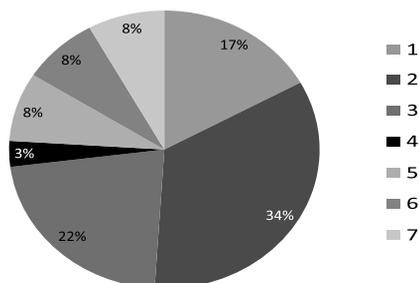
Los siguientes cuadros muestran algunos de los datos arrojados por el censo:



Proporción por edades

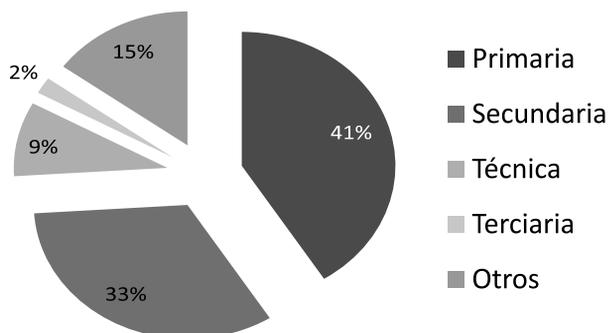


Edad en la que tuvo su primer trabajo estable y remunerado



- 1 - Menor de 14 años
- 2 - 14 a 17 años
- 3 - 18 a 23 años
- 4 - 24 años y más
- 5 - Nunca tuvo trabajo estable
- 6 - Nunca trabajó
- 7 - No contesta

Nivel Educativo



Los objetivos del Primer Censo Nacional sobre PPL en líneas generales fueron: 1) Relevar y explorar los rasgos básicos de la totalidad de Personas Privadas de Libertad, conocer las condiciones básicas de su reclusión y determinar las condiciones sociales, culturales y económicas de dicha población. 2) Identificar y estudiar las características personales de las PPL como composición del hogar, condiciones de salud, educación formal e informal y el mundo de trabajo. 3) Determinar el conocimiento y la evaluación de los distintos servicios que prestan los centros de reclusión. 4) Identificar la valoración que hacen las PPL del personal de guardia y de la convivencia con el resto de la población. 5) Aportar elementos para una reinserción social y laboral de PPL, indagando en sus expectativas y aspiraciones al momento de ser liberadas.

La reforma y la humanización del sistema penitenciario nacional, mencionadas antes, apoyadas en la firma de un documento de consenso partidario, entre las cuatro fuerzas políticas con representación parlamentaria, se ven materializadas en la creación del INR en sustitución de la ex D.N.C.P.C.R.

Ello fue realizado con la finalidad de lograr la coordinación y sistematización de las unidades penitenciarias, propiciando un único sistema penitenciario de carácter nacional con reglas y procedimientos estandarizados aplicables a todos los actores involucrados. En esta misma línea, se propone la capacitación del personal penitenciario en derechos humanos, la sustitución paulatina del personal policial por personal del escalafón "S" de carácter civil, el cierre de establecimientos en avanzado estado de deterioro edilicio y el aumento de plazas penitenciarias como solución a los problemas de hacinamiento.

Este nuevo abordaje en clave de Derechos Humanos resulta de vital importancia, fundamentalmente por el trabajo que realiza dicho personal en lo que hace al trato y tratamiento de las PPL, fortaleciendo aspectos en lo educativo y de convivencia, desplazando así de manera paulatina la función policial, de corte custodial y de seguridad, a las áreas externas de los recintos carcelarios. Ello representa un cambio de enfoque que, a diferencia de lo que se venía dando, toma como eje a la persona humana, lo que representa una manifestación del principio de humanidad.

Aspectos jurídicos del trabajo penitenciario en Uruguay:

En materia jurídica, el derecho al trabajo de todas las personas, tanto a nivel nacional como internacional, ha sido ampliamente reconocido.

La Constitución Uruguaya reconoce el derecho al trabajo y la protección que en tal sentido debe garantizar el Estado en sus artículos 7, 26, 53 y 54.

En el ámbito del Derecho Internacional, Uruguay ha ratificado los Convenio 29 (1930) y 105 (1957) de la OIT. Asimismo rigen para Uruguay y son aplicables al caso: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (ley 13.751); la Convención Americana sobre Derechos Humanos (ley 15.737); la Convención Contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes (ley 15.798); la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (ley 16.294); el Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, de la Organización de las Naciones Unidas (ley 17.914), entre otros instrumentos.

Se puede afirmar entonces que, desde una óptica del deber ser, toda PPL tiene derecho a trabajar, a tener oportunidades efectivas de

trabajo digno y a recibir una remuneración acorde y equitativa por su trabajo, de acuerdo con sus capacidades y habilidades. Sin embargo, en materia de derecho nacional, veremos que la cuestión es un tanto más compleja y requiere una importante labor de interpretación e integración.

Al respecto conviene repasar un poco algunos hitos de la regulación del trabajo penitenciario en Uruguay:

El Código Penal data de 1933 y en sus artículos 70, 72 y 73 establece la obligatoriedad del trabajo y el régimen de pago del trabajo realizado en el interior de los recintos carcelarios mediante “peculio”, instituto sobre el que más adelante nos detendremos.

El Decreto-ley 14.470, de 2 de diciembre de 1975 (Arts. 40 al 47), con sus respectivas modificativas, se refiere en esos 7 artículos al trabajo como un deber y un derecho, postulando el uso del mismo como “medio de tratamiento profiláctico y reeducativo y no como castigo adicional”. Aunque mantiene en algunas líneas la postura autoritaria, el Decreto establece otras líneas tendientes a la protección de las personas privadas de libertad que laboran.

La Ley 17.897, del 14 de setiembre de 2005, conocida popularmente como Ley de Humanización y Modernización del Sistema Carcelario Uruguayo, establece, en su artículo 13, el instituto de la “redención de pena por trabajo y estudio” y, en el artículo 14, un régimen de inserción laboral de personas liberadas, apelando a una medida de discriminación positiva para fomentar la contratación de personas excarceladas en licitaciones de obra pública, en busca de disminuir la especial situación de vulnerabilidad en que se encuentra una persona liberada debido al estigma social implícito.

La Ley 18.690, del 24 de setiembre de 2010, que sustituyó el artículo 61 del Decreto-ley 14.470, incorporando una nueva modalidad para la tramitación de salidas transitorias con fines laborales, permitiendo la aprobación de la salida en primera instancia por la Administración, bajo aprobación Judicial posterior, lo que reduce los tiempos burocráticos previos al goce del derecho y permite una mejor evaluación de quienes se encuentran en contacto más directo con la realidad de la persona solicitante, por ende en mejores condiciones de dar respuestas sobre el punto.

La Ley 18.834, de noviembre de 2011, art 126, modifica los artículos 44 y 45 de la Ley 14.470 y redefine las reglas en materia de utilización de mano de obra de personas privadas de libertad por

la Administración, para el desarrollo de labores en su ámbito, por lo que les debe otorgar a cambio el pago de peculio, fijando su valor en “el 50% (cincuenta por ciento) del salario mínimo nacional, con cargo al presupuesto del inciso” (cerca de 150 dólares americanos). En este sentido, la nueva ley toma una práctica ya habilitada por Decreto Presidencial de 1987, estableciendo un monto mínimo y no dejando en manos de la reglamentación del Ejecutivo como lo hacía la vieja redacción de la ley 14.470. Y, por otra parte, habilita a retener un 10% de los ingresos de la PPL para fondo de las víctimas

La nueva ley también regula el régimen de contratación por parte de empresas públicas o privadas mediante acuerdos especiales con la Administración. Para todos los casos posibles de contratación de PPL que enumera, establece que “ninguna de las situaciones descriptas precedentemente estarán reguladas por el régimen laboral de derecho común, aunque se lo aplicará armónicamente”. También se establece que “...El trabajo de personas privadas de libertad, deberá ser remunerado. La remuneración se fijará teniendo en cuenta la naturaleza, corrección y rendimiento del mismo”.

El trabajo amparado por el derecho laboral común es el realizado en el ámbito privado, no estatal, bajo subordinación jurídica, “es decir, el trabajo desempeñado bajo órdenes acerca del modo, tiempo y lugar de la prestación.”

Por el contrato de trabajo el trabajador se obliga a desempeñar un trabajo personal, bajo órdenes, a cambio de una remuneración que paga el empleador, que es quien dirige la tarea. Señala Plá Rodríguez que el contrato de trabajo tiene los siguientes elementos esenciales: prestación personal del trabajo, subordinación, onerosidad y durabilidad.¹⁰

Las figuras jurídicas que pueden identificarse en torno al trabajo de las PPL en Uruguay van desde el trabajo voluntario sin remuneración ni relación de subordinación pura; trabajo autónomo o independiente, con diferentes grados de calificación (trabajador con formación y nivel empresarial, semicalificado, artesanal, etc.)

10 PALUMMO, J. y Col, “El trabajo dentro de las cárceles y la inserción laboral de las personas liberadas del sistema penitenciario”. Situación legal y reglamentaria. Realizado en el marco del Programa Conjunto Apoyo a la reforma de las instituciones para personas privadas de libertad. OIT - MI. 2011, p. 49. Disponible en: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---sro_santiago/documents/genericdocument/wcms_198482.pdf.

y bajo distintas figuras jurídicas (empresa unipersonal, mono tributo social, asociación con internos o con personas de fuera de los establecimientos, cooperativa, etc.); trabajo para la propia Administración penitenciaria a cambio del pago de medio salario mínimo o sin remuneración, sin reunir todas las características de la subordinación jurídica; trabajo realizado para empresas dentro de las unidades o fuera de ellas en goce del derecho a salida transitoria bajo régimen de subordinación jurídica y a cambio de un salario acorde al laudo aprobado por consejo de salario para la categoría.

Por otra parte, se puede observar la institucionalización de por lo menos tres etapas o concepciones del trabajo penitenciario reflejadas en la normativa interna.

Una primera etapa, dada en el marco del Código Penal de 1933, a nuestro juicio de corte autoritario; una segunda etapa marcada por la sanción del Decreto Ley 14.470, el cual recoge en gran medida (lo cual fue como algo revolucionario para la época) las Reglas Mínimas para el Tratamiento de Personas Privadas de Libertad, y finalmente una tercera, que refleja una visión más preocupada por el respeto a los Derechos Humanos de las PPL y su pleno ejercicio, la cual podemos asociar también a los inicios del proceso de humanización y reforma penitenciaria nacional impulsados a partir del año 2005, cuyo hito es la ley 17.897 de setiembre de 2005. Estas dos últimas etapas se ven impregnada por el principio de humanidad, reafirmandose en la norma escrita elementos tendientes a la protección de las personas que se encuentran en un contexto de privación de libertad.

Fines y fundamentos de la organización del trabajo penitenciario en la nueva organización del sistema penitenciario uruguayo:

Siguiendo a Marcos Supervielle, la dimensión del trabajo para ser comprendida en su real dimensión requiere de una mirada histórica global, dado que las conceptualizaciones de trabajo se han ido agregando o combinando sin sustituirse. De acuerdo con este autor, cuatro grandes ejes han impregnado la concepción acerca del trabajo. La primera visión se relaciona con el esfuerzo y/o sacrificio, que es el que justamente da origen al término.

Como actividad profesional, conceptualización que se gesta a partir de la época antigua y toma particular relevancia durante la Reforma de los Protestantes y finalmente, luego de un proceso de secularización en la época moderna, da fundamento al estado de bienestar.

Un tercer eje representa al trabajo como mercancía descrita por A. Smith y C. Marx, conceptualización del trabajo que aparece en los siglos XVIII y XIX y que complementa a las anteriores.

Finalmente, una concepción del trabajo como oportunidad de desarrollo de capacidades para la resolución de problemas, sostenida por A. Newell y H. A. Simón hace ya unos cincuenta años, es la que de a poco se va imponiendo en la época actual. Esta visión se expresa en la manera en que el trabajador actúa frente a una situación no rutinaria. La misma considera que el trabajo ha mutado con respecto a las concepciones del taylorismo. De allí que el “El trabajador debe enfrentar al evento, resolver el problema que él releva o que él genera;” el evento es “(...) algo que aparece de manera parcialmente imprevista, no programada, pero importante para el éxito de la acción productiva”.¹¹

Es quizá esta última idea en la que se hace mayor foco en el ser humano como hacedor de su trabajo y como sujeto capaz de desarrollar sus potencialidades.

Como lo hemos expresado anteriormente, el trabajo, junto con la educación, la recreación, la cultura y el deporte, configura en materia penitenciaria, y acorde al discurso político, uno de los ejes vertebradores del proceso de rehabilitación en nuestro país, según la visión definida por el INR.

A propósito, a través del mencionado Instituto se pretende “contribuir al fortalecimiento, desarrollo y garantías de la seguridad a la sociedad, a través de la implementación de programas específicos de intervención (en áreas de trabajo, educación, salud, cultura física) para las personas privadas de libertad, en un marco de absoluto respeto a su dignidad y a las políticas del Estado en la materia”.¹²

Ello representa una expresión más del principio de humanidad, en el nuevo sistema carcelario uruguayo, reflejado en esta oportunidad en el énfasis en el respeto a la dignidad de la persona humana que se establece como marco referencial y límite de la administración a la hora de implementar tales programas.

La organización actual del trabajo penitenciario, impulsada en nuestro país, está comenzando a proyectarse de forma intuitiva en función a una serie de etapas, que guardan relación con el régimen de progresividad de la pena.

11 SUPERVIELLE, M., “La evolución del concepto de trabajo”. www.mtss.gub.uy

12 Ídem 7.

En tal sentido vale señalar que la asimilación de una incipiente institucionalidad penitenciaria nacional, la normativa heredada de diferentes prácticas de otrora y la ausencia de una legislación armónica de trabajo protegido han retrasado la generación de un modelo nacional adaptado a la realidad penitenciaria y a los principios de mayor recibo en materia de derechos humanos.

Por lo tanto, independientemente al Centro Penitenciario en que la persona sea alojada, el régimen laboral que se intenta instaurar ha sido pensado en las siguientes etapas o fases:

Fase I: La persona trabaja y en consecuencia ejerce el derecho a redimir pena, establecido por ley, pero no percibe remuneración alguna por la tarea que desempeña.

Fase II: En esta etapa la PPL ejerce su derecho a redimir pena y percibiría una remuneración denominada "peculio". Las actividades que se realizan generalmente en esta etapa están asociadas a tareas básicas de mantenimiento del Centro Penitenciario.

Fase III: La persona continúa redimiendo pena y empieza a formar parte de un emprendimiento productivo (sea por iniciativa de la persona privada de libertad o de empresas privadas), siendo su remuneración acorde al laudo del mercado laboral para la categoría. En esta etapa, algunas experiencias penitenciarias han sido exitosas, destacándose, por ejemplo, regímenes cooperativos de privados de libertad que realizan productos elaborados para ser vendidos fuera del recinto penitenciario. Desde lo institucional se procura en estos casos que los propios familiares de las personas privadas de libertad puedan ser parte del proyecto, encargándose de la venta de lo producido por los internos.

Fase IV: Finalmente, en la última etapa redime pena y es asimilado a las condiciones de cualquier trabajador que no está privado de su libertad, trabajando para terceros fuera del centro penitenciario. Destacamos aquí prácticas sociolaborales vinculadas a convenios con organismos públicos y privados como por ejemplo: limpieza de terrenos forestales, tareas de barrido de calles y participación en cuadrillas de zafras asociadas a la recolección y raleo de frutas. Esta última etapa simboliza un espacio de preparación para la vida en libertad en tanto la persona privada de libertad realiza jornadas laborales

de entre seis u ocho horas fuera del recinto carcelario, lo que significa que retorna a éste principalmente a pernoctar.

REFLEXIONES FINALES

Según datos brindados por la consultoría realizada por el “Programa de Justicia e Inclusión Social” en torno a las principales preocupaciones y necesidades tanto de las PPL como de las personas liberados, se destaca que las áreas de mayor preocupación son el trabajo (88.2 %) y la vivienda (76.5 %):

... los diferentes diagnósticos de las ciencias sociales, coinciden en señalar que las causas más comunes de la delincuencia, están relacionadas con la falta de formación y de integración en el medio en el que viven, y que las respuestas más eficientes para lograr su inserción sociolaboral son la formación y el trabajo.¹³

En el sistema penitenciario uruguayo, el trabajo y la educación de las PPL tienen una doble función: representan un componente fundamental para la rehabilitación o reinserción social del interno, siendo esto último el fin de la privación de libertad según lo establecen la ley y la Constitución Nacional y una de las líneas en las que se manifiesta el contenido específico del principio de humanidad, a la vez que brindan una oportunidad para que la persona condenada ejerza el derecho de redimir parte de su pena.

Desde nuestra mirada como profesionales insertos en diferentes ámbitos del sistema penitenciario, entendemos que muchos de las propuestas y/o programas socio laborales, desarrollados en las cárceles uruguayas, presentan una impronta que responde a la emergencia por generar plazas de trabajo que ocupen el tiempo ocioso de la PPL, sin tener en cuenta la calidad, las necesidades del mercado formal de trabajo y las capacidades requeridas por parte de la PPL para una efectiva y exitosa inserción social una vez sea liberada.

En tal sentido, las llamadas “competencias transversales”, asociadas al manejo y control de los impulsos, los hábitos laborales, la adecuada resolución de conflictos, representan elementos centrales

13 MOSTEIRO, M. Consultoría para el diagnóstico general y la formulación de recomendaciones sobre el Patronato Nacional de Encarcelados y Liberados. OPP - CINTERFOR. 2014. Uruguay.

y estratégicos para que la experiencia laboral pueda ser exitosa, reproducible y generadora de nuevas oportunidades.

Con una perspectiva de Derechos Humanos, coincidimos en que “debe trabajarse no sólo en la consideración de obtención de vínculos laborales con oportunidades concretas de trabajo, sino en la preparación para enfrentar un trabajo, aspecto en el que muchos internos requieren de apoyos incluso en cuestiones tan básicas como la habitualidad, el respeto de los horarios y la consistencia y constancia en el cumplimiento de las normas laborales”¹⁴. A lo que debemos agregar el desarrollo de tolerancia a la frustración, aspectos de seguridad laboral y de convivencia en el ámbito laboral, en definitiva cuestiones que hacen al desarrollo personal del sujeto, sin perjuicio de la relevancia de profundizar en temas como la reparación y la culpa. Todo ello dice relación con la dignidad de la persona humana y por ende se expresa en el desarrollo del principio de humanidad.

En el sistema penitenciario uruguayo, en lo que hace al trabajo de PPL, conviven normas vigentes pertenecientes a diferentes etapas, impregnadas de ideologías diferentes, que al no haber sido derogadas en forma expresa, pueden dar origen a interpretaciones divergentes, facilitando la arbitrariedad, como ocurre a menudo cuando las disposiciones no son claras y congruentes.

Consideramos que es primordial contribuir formativa y reflexivamente a la formulación de un sistema penitenciario respetuoso del Estado Democrático y de los derechos humanos, así como el diseño de políticas públicas de reintegración social inspiradas en esos parámetros.

Como ya se ha adelantado, la convivencia de regímenes y de formas de pensar y hasta de administrar las cárceles no permite la gestación de un programa equitativo, que contemple y combine la diversidad presente en la población carcelaria y mantenga al mismo tiempo el equilibrio en el acceso a oportunidades y respeto a la dignidad humana.

Debemos reconocer, por otra parte, que el sistema penitenciario uruguayo como tal está en plena gestación; recién en el año 2010 se crea el INR y a finales del año pasado se culminó el proceso de pasaje de todas las unidades a su órbita administrativa, lo que, sin

14 EUROSOCIAL. “Reglas para la inserción sociolaboral de las personas privadas de libertad”, 2014.

duda, genera una noción de sistema penitenciario lo suficientemente “vulnerable” desde el punto de vista organizacional, con grados variables de evolución en las distintas unidades; ello puede, sin embargo, verse como una oportunidad de revisión e incorporación de nuevos paradigmas, alejando la posibilidad de réplica de prácticas reñidas con los derechos humanos.

En esta instancia, de formación de un nuevo sistema penitenciario, humanizado y digno, persiste aún una marcada asimetría entre la lógica custodial y la labor de rehabilitación incorporada con la figura del nuevo “operador penitenciario”, lo que genera contrasentidos y disfuncionalidades operativas que se hace necesario corregir.

Todo ello repercute en lo que atañe al desarrollo del trabajo de las PPL, respecto a lo cual, si bien se intenta implementar la progresión por etapas desarrollada anteriormente, muchas veces esta lógica se ve alterada por la dinámica penitenciaria con ausencia de criterios claros de pasaje de una etapa a la otra y la aplicación de criterios disonantes con esta idea por parte de los distintos operadores del sistema, etc.

En ocasiones, el acceso al trabajo es utilizado como forma de premiación, sujeta a discrecionalidad, lo que obtura una adecuada selección en virtud de criterios técnicos y de seguridad.

Por otra parte, conviene destacar, aunque excede el análisis aquí propuesto, que persiste un marcado sesgo de género a la interna de las Unidades y una lógica dicotómica entre los trabajos productivos asociados a los varones y los reproductivos vinculados a las mujeres. Esta invisibilidad, en la perspectiva de género, estigmatiza y asimetriza el trabajo penitenciario entre aquellos que son más valorados y los que son menos importantes.

Por último, consideramos de relevancia la generación de instancias de discusión y construcción de un régimen laboral especial para el ámbito penitenciario nacional, que tome como eje a la persona humana, e incorpore las prácticas y principios más recibidos en el ámbito comunitario internacional en materia de derechos humanos.

A modo de corolario y en memoria de la Dra. Jacinta Balbela (reconocida jurista uruguaya, académica e integrante de la Cátedra UNESCO de Derechos Humanos de la Universidad de la República), recordamos una de sus expresiones que mantiene plena vigencia dentro del contexto latinoamericano a propósito de estos temas:

En el ámbito carcelario con preocupación debo reconocer que nuestro sistema penal ha posibilitado con mayor o menor intensidad y una suerte de permisibilidad social, según los momentos históricos, la conculcación de esos derechos.

Son minorías estigmatizadas las que ingresan desde siempre a nuestras cárceles y desde siempre el panorama es el mismo, más de lo mismo de siempre: hacinamiento, régimen disciplinario deteriorante, tortura estructural moral y física, indefinición de los procesos, enfermos físicos y mentales sin asistencia médica adecuada, sin estímulos intelectuales, pobres sin mayores posibilidades de trabajo, sin más esperanzas que la que el pasaje del tiempo les abra las puertas del encierro.

Extraña manera de recuperar al ser humano, tan "ser" y tan "humano" como nosotros mismos.

No nos damos cuenta del error de mirar con indiferencia, desde fuera, todo lo que sucede en ese submundo de miseria, de dolor y de violencia.¹⁵

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

Centro de Estudios en Seguridad Ciudadana. Instituto de Asuntos Públicos. "Volver a confiar. Caminos para la integración post carcelaria". 2010. Chile.

Centro Internacional para Estudios Penitenciarios del King's College London "Nota orientativa sobre reforma penitenciaria N° 7". http://www.prisonstudies.org/sites/default/files/resources/downloads/handbook_2nd_ed_la_es.pdf.

DE LA CUESTA, J. L. "El Principio de Humanidad en Derecho Penal" <http://www.ehu.es/documents/1736829/2010409/A+76+E1+principio+de+humanidad+en+derecho+penal.pdf>. 2009.

EUROSOCIAL. "Reglas para la inserción sociolaboral de las personas privadas de libertad". 2014.

MULLER, M. y VOSENKOHL, W. "Persona, en Conceptos fundamentales de la filosofía" (trad. de Raul Gabis). Vol. III Editorial Herder. 1979. España.

15 Dra. Jacinta Balbela. I Seminario sobre Cárces. "¿Un quehacer de todos?". Intendencia Municipal de Montevideo. 19 y 20 de setiembre de 1994. Uruguay.

MANZZI, J. y Col. "El rol de las pasantías laborales en el sistema penitenciario". *Cárceles en el Uruguay en el siglo XXI*. CSIC. Universidad de la República. 2015. Uruguay.

Ministerio del Interior. Instituto Nacional de Rehabilitación. www.inr.gub.uy Uruguay.

MOSTEIRO, M. "Consultoría para el diagnóstico general y la formulación de recomendaciones sobre el Patronato Nacional de Encarcelados y Liberados. OPP – CINTERFOR". 2014. Uruguay.

NOWAK, Manfred. "Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes". Misión a Uruguay. Naciones Unidas en Uruguay. 2009.

PALUMMO, J. y Col. "El trabajo dentro de las cárceles y la inserción laboral de las personas liberadas del sistema penitenciario. Situación legal y reglamentaria". Realizado en el marco del Programa Conjunto Apoyo a la reforma de las instituciones para personas privadas de libertad. OIT -MI. http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---sro-santiago/documents/genericdocument/wcms_198482.pdf. 2011. Uruguay.

QUIRÓ SALDAÑA, M. "Aportes de la psicología analítica junguiana al sistema penitenciario". Editorial Académica Española. 2012. Saarbrucker. Alemania.

SUPERVIELLE, M. "La evolución del concepto de trabajo". www.mtss.gub.uy 2009. Uruguay.

El Correo de la UNESCO. "El Humanismo, una idea nueva." Año LXIV. 2011. N° 4.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. "Análisis de la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Materia de Integridad Personal y Privación de Libertad: (Artículos 7 y 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)". 2010. San José, C.R.

Las normas nacionales citadas pueden consultarse en la página del Parlamento Nacional: <https://parlamento.gub.uy/>

Dra. Jacinta Balbela. I Seminario sobre Cárceles. "¿Un quehacer de todos?"; Intendencia Municipal de Montevideo. 19 y 20 de setiembre de 1994. Uruguay.

HUMANIDAD Y DERECHOS HUMANOS

Pablo Lucas Verdú

Catedrático emérito de Derecho Constitucional, Universidad Complutense de Madrid.

I. ¿LA HUMANIDAD COMO TITULAR DE DERECHOS?

1. Explicación de este asunto

La lectura de un sugestivo artículo de MIREILLE DELMAS MARTY¹ me sirve para exponer este tema.

¿En qué medida me planteo al hilo de las consideraciones de esta profesora el asunto que me preocupa? Veamos.

Su autora se refiere a la inutilidad de buscar la palabra *Humanidad* en los manuales introductorios al derecho.

Así, pues, la Humanidad es ciertamente un recién nacido. Añade que la idea de la Humanidad supone el reconocimiento de derechos comunes a todos los seres humanos. Desde la óptica jurídica conecta con la noción de derechos del hombre y luego se ha confirmado con los crímenes contra la Humanidad y con el patrimonio común de la misma.

II. LA HUMANIDAD COMO CONCEPTO UNIVERSAL CÓSMICO

a) Su consideración universal es evidente. También su calificación cósmica que abarca todo lo existente en la Tierra y fuera de ella. No es simple abstracción, porque comprende hombres concretos con derechos y obligaciones que deben reconocerse y protegerse por los Estados, por la Comunidad internacional y por la Unión Europea.

b) La Humanidad se basa en la dignidad del hombre. Además, cuenta con una dimensión cultural: es la idea de *humanitas* alumbrada por Grecia y luego por el Renacimiento en cuanto dimensión estética,

1 MIREILLE DELMAS MARTY: *Accesión à l'humanité en termes juridiques* en EDGAR MORIN: *Le défi du XXI siècle en Relier les connaissances*. Editions du Seuil Paris 1999, pp. 209 y ss. Recomendando la lectura de este escrito de la profesora de la Universidad de Paris. I Pantheon – Sorbonne.

sensible, aleccionadora. Recogida por la Ilustración; continuada por el Romanticismo (HERDER) y por el anarquismo y el socialismo.

No hay que olvidar el pensamiento cristiano y su correspondiente teología sobre la creación del hombre, por su salvación ultramundana². Mi propósito no consiste en exponer una historia del concepto de Humanidad desde la Biblia, los griegos, romanos, etc., hasta nuestros días, aunque está claro que pueden deducirse ideas importantes para nuestro ensayo.

Tampoco es menester detenerse en las obras de CONDORCET³ y en las de COMTE, para quien la sociología es la ciencia de la Humanidad y estableció la religión de la misma con sus sacerdotes, porque, pese a su interés, no cuadran con el propósito de este escrito.

No hay que olvidar que el concepto de Humanidad fue criticado por algunos autores. Por ejemplo, SPENGLER⁴. En efecto, escribió lo siguiente: "... la Humanidad no tiene historia, un fin, una idea, un plan; como no tiene fin ni plan la especie de las mariposas o de las orquídeas". "Humanidad es un concepto zoológico o una palabra vana" y cita en su apoyo, una afirmación de GOETHE a Lunden: "¿la Humanidad? Eso es una abstracción. Nunca ha habido más que hombres". Estas afirmaciones me parecen discutibles y en el caso de GOETHE habría que compulsarla en el contexto de sus obras. Hay que indicar que la Humanidad es incomprensible si no se observa su interrelación con la naturaleza cósmica, animal, vegetal, etc., y con el entorno vital.

a) El concepto de Humanidad no se reduce a un conjunto de seres compuesto de grupos étnicos, sociales, religiosos, políticos, ni a

2 Cfr. para el pensamiento griego: WERNER JAEGER: *Paideia los ideales de la cultura griega* (trad. de Joaquín Xirau y Wenceslao Roces). Fondo de Cultura Económica México Buenos Aires 1957, pp. 11-12: "El principio espiritual de los griegos no es el individual, sino el 'humanismo' para usar la palabra en sentido clásico y originario". Humanismo viene de *humanitas*. Esta palabra tuvo, por lo menos desde el tiempo de VARRON y de CICERÓN, al lado de la acepción vulgar y primitiva de lo humanitario, que no afecta aquí, un segundo sentido más noble y riguroso. Significa la educación del hombre de acuerdo con la verdadera forma humana, con su autentico ser. Tal es el autentico ser. Tal es la genuina Paideia".

3 JUAN ANTONIO NICOLÁS CONDORCET: *Bosquejo de un cuadro histórico de los progresos del espíritu humano*. Edición de A. Torres del Moral. Editora Nacional Madrid 1980.

4 OSWALD SPENGLER: *La decadencia de Occidente. Bosquejo de una morfología de la Historia Universal* (trad. de Manuel G. Morente) 12 edición Espasa Calpe Madrid 1976, Vol. Primero, p. 48.

una parte del globo con un nivel cultural, económico, tecnológico determinado.

Es memorable la impresión que produjo a los descubridores y conquistadores de Indias la imagen, creencias, costumbres y vida de sus habitantes. Los historiadores de la época dejan constancia de ello. Además, los orígenes de la Antropología cultural surgieron en esa época. Los misioneros españoles, por ejemplo Bernardino de SAHAGUN y otros muchos, aprendieron diversas lenguas de estos pueblos, amén de sus modos de convivencia⁵.

El mundo se completó entonces y en consecuencia la idea de la Humanidad se perfeccionó también mediante las obras de los teólogos y juristas de la Escuela salmantina respecto a los derechos universales que se predicaron para todos los hombres.

b) En principio, la Humanidad se concibe hasta ahora circunscrita a los pobladores del globo terráqueo. Ahora bien, la imaginación de novelistas, especialistas en cinematografía, en televisión, etc., ha planteado la inquietante cuestión acerca de la existencia de otros seres humanos en el universo y todavía no suficientemente conocido.

En consecuencia, si esto no fuera pura fantasía, si el posible orgullo de la Humanidad terráquea se acomodara a una Humanidad cósmica, entonces estaríamos ante una *Humanidad* infinitamente más universal. Empero, la fantasía jurídica por ahora se limita a nuestro mundo *hic et nunc*,⁶ aunque no hay que descartar que, en un futuro no muy lejano, la Humanidad habitará otros planetas y se encontrará con otra generación humana.

Los teólogos no han descartado la posibilidad de la existencia de otros seres humanos en nuestra galaxia y más allá.

Recordemos que, para Santo TOMÁS MORO, en su famosa Utopía, sus habitantes no eran cristianos. Desconocían la Revelación.

Así, pues si los utopianos no cometieron el pecado original, entonces no era necesario el bautismo ni la Redención de Cristo y, por

5 Cfr. LEWIS HANKE: *El prejuicio racial en el nuevo mundo. Aristóteles y los indios de Hispanoamérica* (trad. de Marina Orellana) Editorial Universitaria Santiago de Chile 1958, pp. 15, 19 y ss.

6 Sobre este tema Cfr. el libro de VINCENZO PANUCCIO: *La fantasía nel diritto*, Giuffrè Milano 1984. El tema de la imaginación constitucional lo he tratado en otro trabajo inédito que cuando tenga tiempo oportuno lo pondré al día.

consiguiente, no fueron cristianos⁷. Si esto no es pura fantasía, si el orgullo de la Humanidad terráquea sucumbiera ante una prodigiosa y novísima realidad, entonces el carácter universal presente se modificaría. Se hablaría de una Humanidad cósmica, de un cosmos infinitamente más universal.

Empero, la fantasía jurídica hasta ahora se limita a nuestro mundo, *hic et nunc*⁸. Pero no hay que descartar que en un futuro no muy lejano, la Humanidad habitará en otros planetas⁹.

III. APROXIMACIÓN A UN CONCEPTO JURÍDICO DE LA HUMANIDAD

- a) MIREILLE DELMAS-MARTY¹⁰ nos dice que la idea de la Humanidad, en cuanto implica el reconocimiento de derechos comunes a todos los humanos, se ha abierto camino lentamente. Desde el punto de vista jurídico apareció en la noción de los derechos “del hombre” y luego se ha afirmado con el crimen contra la “Humanidad” y el patrimonio común “de la Humanidad”.
- b) Ahora bien, la pregunta que se me plantea es ésta: ¿Qué es la Humanidad? o lo que es lo mismo: ¿En qué consiste la Humanidad? Algo sobre esta cuestión hemos apuntado en líneas anteriores. No obstante, hay que precisar más.

La idea de la Humanidad no es individualista, sino solidaria y no se basa en algo estrictamente utilitario que beneficia a grupos o civilizaciones concretas basadas en la “carga del hombre blanco” respecto a los pueblos que colonizó para provecho de la Nación “civilizada”, principalmente europea. En este orden de cosas fue apreciable la labor de los misioneros españoles tras el descubrimiento de América. Basta recordar las reducciones de los guaraníes en el

7 Cfr. FELICE BATTAGLIA: *Saggi sulla “La Utopía” di Tommaso Moro*. Dott. Cesare Zuffi 1941, p. 53. Cfr. también, JACOB BRONOWSKI y BRUCE MAZILISH: *La tradición intelectual de Occidente* (trad. de José M. Gimeno) Editorial Norte y Sur Madrid 1963, p. 81.

8 Sobre este tema, Cfr. VINCENZO PANUCCIO: *La fantasía nel diritto*, Giuffrè, Milano 1984. Sobre la imaginación constitucional me ocuparé en otra ocasión.

9 Con una visión anticipadora la profesora italiana PIA LAVIOSA ZAMBOTTI em su *Origen y destino de la cultura occidental* (trad. de Manuel Gómez Tabanera) Editorial Guadarrama, Madrid 1959, p. 596, previó la conquista de la luna y el trasplante de grupos humanos a otros planetas. La citada autora escribió esto en 1957.

10 MIREILLE DELMAS-MARTY, *ob. cit.*, p. 210.

terreno colindante entre Paraguay, Argentina y Brasil, tutelada por los jesuitas¹¹ y alabada por los enciclopedistas franceses.

No debemos olvidar que San PABLO, apóstol de las gentes, en su Epístola a los Efesios, nos da una visión de la Humanidad futura¹². Visión que completa en el plano escatológico la hermandad y solidaridad de los cristianos en el ámbito universal.

La secularización del pensamiento no supuso el oscurecimiento pleno del pensamiento sobre la Humanidad. Así, encontramos ideas relevantes en la filosofía de KANT¹³ cuando, después de definir a las personas como fines en sí mismas y el imperativo categórico, añade el fin objetivo de toda acción humanitaria.

MAX MÜLLER y WILHELM VOSENKOHL¹⁴ interpretan la afirmación kantiana cuando afirman que así "... el fin en sí de la persona expresa su esencia humana comunitaria, funda el valor objetivo de la persona, sobre la base de la Humanidad como su dignidad". La dignidad de la persona es aquel "valor absoluto interior" que "impone respeto a todos los demás seres racionales del mundo".

Así, pues, nos encontramos con la idea trascendental de la dignidad humana, sobre la cual no voy a detenerme porque lo he hecho en otros escritos¹⁵. Basta decir que esa idea es el fundamento de todo orden jurídico-político como sostiene el artículo 10, 1 de la Constitución española inspirado en el artículo 1 de la Ley Fundamental de la República Federal Alemana.

En consecuencia, la Humanidad no es un concepto abstracto, sino muy concreto, como explica la tradición cristiana; y las tendencias secularizadas que conservan todavía ideas cristianas. Es, pues, un concepto trascendente de modo que los derechos humanos recogen elementos importantes de esa tradición.

11 Cfr. mi artículo: *La utopía americana en el pensamiento del P. José Manuel Peramás, S.J. (1723-1793). Ignacio de Loyola. Magíster Artium en Paris Caja Guipúzcoa. San Sebastián 1991. Vol. Iº, pp. 449 y ss.*

12 SAN PABLO: *Epístola a los Efesios*, pp. 4 y 13.

13 Así en su obra *Fundamentación de la metafísica de las costumbres* Espasa Calpe Madrid 1967, 17, 66.

14 MAX MÜLLER y WILHELM VOSENKOHL: artículo *Persona, en Conceptos fundamentales de la filosofía* (trad. de Raul Gabis). Vol. III Editorial Herder Barcelona 1979, p. 73.

15 Cfr. mi libro: *Teoría de la Constitución como ciencia cultural*. 2ª Ed., Dykinson Madrid 1998, pp. 97-98. Mi gran amigo alemán el profesor GOFRIED DIETZE ha escrito sobre esto un excelente trabajo.

No se me oculta que para el positivismo, en sus diversas manifestaciones, lo dicho no es aceptable pues no concuerda con las posiciones del positivismo exegético, con el positivismo sociológico ni con el neopositivismo técnico-jurídico presente. Empero, como ya exprese en otro trabajo¹⁶, no me parece una posición que me convenza. Sin mengua de su valiosa aportación a la dogmática jurídica.

IV. APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE HUMANIDAD EN SU CONEXIÓN CON LOS DERECHOS HUMANOS

a) Ante todo, y sin incurrir en consideraciones de ciencia ficción, hay que rechazar la autocomplacencia de la Humanidad que se autoestima como el mejor y único mundo posible. Del mismo modo no me convence la tesis catastrofista de su autodestrucción, aunque contemplamos importantes los recientes episodios de cataclismos, de desastres desmesurados producidos a veces por inexperiencia o irresponsabilidad humanas. Ni este mundo es el mejor de los posibles, según un optimismo desorbitado, ni parece que sean fenómenos que anuncian el fin del mundo, como anuncian grupos iluminados, señales de su desaparición. Aunque las Sagradas Escrituras lo anuncien, nadie todavía tiene certeza de cuando sucederá.

b) PIERRE LENA¹⁷ miembro del *Institut de France (Academie des Sciences)* y profesor de la Universidad de Denis - Diderot (Paris VII) se pregunta: ¿El siglo XXI será el descubrimiento de otras "Tierras" portadoras de vida y con seres humanos?

El concepto de Humanidad no es excluyente, tiene carácter progresivo y abierto; al mismo tiempo fundamenta los derechos humanos, respetando la singularidad de cada uno de esos derechos que configuran un todo armónico de modo que cualquier violación de ellos supone un atentado contra la Humanidad.

16 PABLO LUCAS VERDÚ: *La Constitución en la encrucijada* (Palingenesia iuris politici), Discurso de recepción del académico Excmo. Sr. D. Pablo Lucas Verdú y contestación del Excmo. Sr. D. Miguel Herrero de Miñón Madrid 1994. *Bürde, würde en Politische Legenanalyse, Festschrift für Hoachim Ardnt*. San Casciano. Verlag 1993.

17 PIERRE LÉNA: *Notre vision du monde: quelques réflexions pour l'éducation en Relier les connosances. Le defi du XXI siècle art.*, pp. 42-43.

Es menester considerar a los derechos de cada hombre no *uti singulus sino uti socius* (artículo 2 de la Constitución italiana y artículo 10,1 de la Constitución española).

La dignidad humana recaba su significado sustancial mediante su pertenencia a la Humanidad. Del mismo modo los derechos humanos se enriquecen en cuanto miembros de aquélla. Así, no adolecen de excesivo individualismo.

La idea de una superioridad de los llamados pueblos “civilizados” predominante en el siglo XIX, la llamada “carga del hombre blanco” sobre los de color transgrede el concepto y sustancia de la Humanidad.

Igualmente, hay que tener cuidado para que la expresión *pueblos*, “con larga tradición democrática”, no se interprete de modo equivoco para apoyar a unos sobre otros “menos civilizados”. Conviene precisar la diferencia que media entre civilización y cultura para no encubrir abusos y explotaciones o propósitos racistas. Hay sociedades muy civilizadas, prosperas y desarrolladas, económicamente fuertes, pero, a veces, no muy cultas.

V. LA HUMANIDAD EN CUANTO DIMENSIÓN UNIVERSAL

a) La Humanidad es un concepto y hecho universal. Abarca a sujetos de diversas especies: religión, cultura, educación, costumbres y tecnología. Cosa obvia. Hay dentro de ella variedad de pueblos de razas distintas, lenguas diferentes, etc.

Los derechos humanos corresponden a individuos y formaciones sociales cuya dinámica transcurre en las interrelaciones del Estado-aparato y del Estado-Comunidad.

Esto supone que el Estado-aparato ha de reconocer los derechos y libertades de los individuos y de los grupos intermedios en cuanto miembros de la Humanidad. Ese reconocimiento, como es obvio, implica su protección no sólo frente al Estado. También contra posibles abusos de los demás. Y ello no sólo dentro del Estado, además en sus relaciones internacionales y comunitarias (Unión Europea y otras similares). Es notoria la protección y tutela de los derechos humanos por estas nuevas Uniones de Estados.

b) Una pregunta oportuna estriba en identificar ¿quiénes son los demás?

Hemos mencionado el artículo 10,1 de nuestra Carta Magna cuando se refiere al respeto de los derechos de los demás como fundamento del orden público y de la paz social.

Los derechos humanos no son ilimitados. Su límite son los derechos de los demás. (Cfr. STC 2/82 de 29 de enero. Fundamento Jurídico 5).

Precisamente la idea y el postulado de la Humanidad entrañan la armonía de todos los derechos humanos que la integran.

Aparece como un *corpus mysticum* según el pensamiento paulino, dogma central del mensaje de San Pablo en sus Epístolas a los romanos y a los corintios¹⁸.

c) Pocos han explicado la idea de la Humanidad tan claramente como el Padre PIERRE TEILHARD DE CHARDIN¹⁹. El genial paleontólogo, al reflexionar sobre el espíritu de la Tierra, dedica unas páginas sugestivas, y profundas, a la idea de la Humanidad.

En principio, la Humanidad parece una entidad vaga, más sentida que razonada. Es la que se aliaba "... con un deseo de fraternidad universal, un sentido de conocimiento permanente. Humanidad: objeto de una fe a menudo ingenua, pero cuya magia, más fuerte aún que todas las vicisitudes y todas las críticas, continua actuando con la misma fuerza de seducción, tanto sobre el alma de las masas humanas como sobre los cerebros de la *intelligenza*"²⁰.

Después de referirse al fenómeno reciente de la globalización nuestro autor se plantea: ¿no es como un gran cuerpo, es decir el cuerpo mismo del gran Algo que debía llegar con el objeto de colmar las aspiraciones suscitadas por la conciencia adquirida recientemente de *ser solidario y responsable de un Todo en evolución?* (subrayado por P.L.V.)²¹.

Abundando en lo anterior añade: "Sin su asociación con los demás no puede existir para el Hombre ninguna clase de porvenir evolutivo"²².

18 Epístola los romanos: "Así como en un solo cuerpo tenemos varios miembros y todos ellos no cumplen la misma función, en tanto que colectividad formamos un solo cuerpo en Cristo, aunque individualmente somos miembros unos de otros". Epístola a los Corintios: "así que el cuerpo es uno y hay muchos miembros, y que todos estos miembros del cuerpo, pese a su multiplicidad, son un solo cuerpo; lo mismo ocurre en el caso de Cristo. Sí, todos hemos sido bautizados en un solo Espíritu para formar un solo cuerpo. Judíos y griegos, esclavos y libres... sois el cuerpo de Cristo y sus miembros".

19 P. TEILHARD DE CHARDIN: *El fenómeno humano* (trad., prólogo y notas de M. Consafont Pairó, Taurus Madrid 1965, pp. 294 y ss.

20 TEILHARD DE CHARDIN, *ob. cit.*, p. 294.

21 TEILHARD DE CHARDIN, *ob. cit.*, p. 295.

22 TEILHARD DE CHARDIN, *ob. cit.*, p. 295.

Para nuestro autor "... la Humanidad es pues, realidad, colectiva y por consiguiente *sui generis*, no puede ser comprendida más que en la medida en que, rebasando su propio cuerpo de construcciones tangibles, llegamos a determinar el tipo particular de síntesis consciente que emerge de su concentración laboriosa e industriosa".

De una manera última, no puede ser definida más que como un Espíritu²³.

Encontramos en el pensamiento del jesuita francés, paleontólogo de fama universal y profundo pensador, varios elementos que identifican a la Humanidad: la solidaridad de sus miembros y responsable ante el Todo, propio de aquella en su evolución; la asociación con los demás, pues sin ella el Hombre carecería de un porvenir colectivo; y, por último, la Humanidad sólo se define como el Espíritu de la Tierra.

Así, pues, el concepto de Humanidad, según TEILHARD, es societario-solidario- evolutivo-espiritual que evoluciona en la Tierra.

d) Tal vez se me reproche por reproducir estas tesis grandiosas fruto de la experiencia paleontológica, evolucionista, espiritualista del Padre TEILHARD DE CHARDIN. Se me objetaría que no se apoyan en el positivismo jurídico clásico y en el neopositivismo contemporáneo, que son posiciones muy discutibles.

Esta objeción puede aplicarse al positivismo de LEON DUGUIT respecto a la regla de derecho basada en la solidaridad por semejanzas y la solidaridad por división del trabajo. Del mismo modo al positivismo de la pureza metódica de HANS KELSEN, que no es consecuente, no sólo porque incurre en un formalismo relativista, sino, sobre todo, porque a pesar de su pretendida pureza metódica, está influida por elementos ideológicos y políticos que contradicen su pretendida pureza²⁴.

e) Si admitimos la necesidad de establecer un fundamento del derecho parece imprescindible contar con un principio básico, extranormativo, que justifique el ordenamiento jurídico. Ni la regla de derecho de DUGUIT ni la hipótesis kelseniana de la Grundnorm, primero concebida como hipótesis y luego, en su obra póstuma, como ficción, reúnen las condiciones imprescindibles

23 TEILHARD DE CHARDIN, *ob. cit.*, p. 297.

24 Cfr. PABLO LUCAS VERDÚ: "El orden normativismo puro (Supuestos culturales y políticos en la obra de Hans Kelsen)". En *Revista de Estudios Políticos*, nº 68. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1990, pp. 7 y ss.

para fundamentar al ordenamiento jurídico positivo. Este, radica, a mi entender, en la dignidad humana y en el reconocimiento, protección y aplicación de los derechos humanos como partes integrantes de la Humanidad.

VI. DERECHOS HUMANOS Y HUMANIDAD VISTOS DESDE LA VOLUCIÓN DOGMÁTICA Y PRÁCTICA DE LOS DERECHOS INDIVIDUALES

Como es sabido, la Declaración de los Derechos del hombre y del ciudadano de 1789 se inspira en el individualismo liberal que en alguna medida atenúa el Preámbulo de la Constitución francesa de 3 de septiembre de 1791, así como en la Declaración de derechos del hombre, adoptada por la Convención Nacional de 29 de mayo de 1793 y la Carta Constitucional de 14 de agosto de 1830 en su Preámbulo, que se propone asegurar cada vez más equitativo el reparto de las ventajas de la sociedad.

Entrando en el siglo XX, la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 (10 de noviembre de 1948)²⁵ afirma en su preámbulo, "...que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e individuales de todos los miembros de la familia humana (subrayado PLV)". "... Considerando que el desconocimiento y el menosprecio de los derechos humanos han originado actos de barbarie ultrajantes para la convivencia de la Humanidad (subrayado PLV)..."

Estas frases indican, claramente, la referencia a la Humanidad en su intrínseca relación con los derechos humanos puesto que se habla de su universalidad equiparable a dicha Humanidad.

VII. HUMANIDAD, VIDA Y NATURALEZA. SU CONEXIÓN CON LOS DERECHOS HUMANOS

a) La realidad vital, progresiva, trascendental y al mismo tiempo concreta de la Humanidad, se comprueba en algunos artículos de nuestra Constitución.

25 Entre la abundante bibliografía sobre esta Declaración, me interesa mencionar la excelente síntesis que hace mi antigua discípula MAGDALENA RODRÍGUEZ-ARMAS: "La tutela de los Derechos Humanos en la Europa a finales del siglo XX" en *Revista de Ciencias Sociales*, nº 2 septiembre de 1993, pp. 127 y ss.

En efecto: Nuestra Carta Magna tutela la vida humana en el Preámbulo cuando establece el propósito de la Nación española, en uso de su soberanía, de “Promover... de asegurar a todos una digna calidad de vida”. Huelga decir que la vida es un presupuesto indiscutible para que exista la Humanidad y en consecuencia los derechos que esta implica. A mayor abundamiento ello supone que así estamos ante una *Constitución viva*, una *living Constitution*, una *lebende Verfassung*²⁶.

Aquí no vamos a indicar qué entendemos por vida humana. Basta con decir que la vida es un conjunto de funciones que resisten a la muerte y que, para los creyentes en diversas confesiones religiosas, la vida, en este mundo, no acaba puesto que sostiene la existencia de una vida ultramundana. Según la fe cristiana el hombre es un *viator*, un caminante, hacia una vida eterna en el paraíso²⁷.

La Constitución española establece en el artículo 15 que todos tienen derecho a la vida. El 129 se refiere a la calidad de vida y el 139 dice “equiparar el nivel de vida de todos los españoles”. Estos preceptos concuerdan con el 43,1, que reconoce el derecho a la protección de la salud, y en el 45 se dispone que: “Todos tienen el derecho a disfrutar un medio adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo”.

b) Este último precepto requiere un breve comentario. Veamos. El mal llamado derecho a un medio ambiente alude al derecho y deber de respetar el entorno vital. Implica a toda la Humanidad puesto que todos los seres vivos de la Tierra somos acreedores a que no se destruya nuestro hábitat natural: la atmósfera, la flora, las plantas, el mar, los ríos, las montañas, los animales, el suelo y el subsuelo, etc. Es un derecho irrenunciable. No sólo de la generación presente, también de las futuras. Todo esfuerzo para respetar la Naturaleza es indispensable para la vida y desarrollo de la Humanidad. Si hay un derecho que corrobore la presencia y existencia de la Humanidad este es un derecho previo y primordial.

Así, se establece claramente la conexión inmediata y permanente de la Naturaleza con la Humanidad y con los demás derechos que la

26 He insistido en muchos de mis escritos en esta idea que ahora no voy a desarrollar.

27 Cfr. L. BOUYER: *Vida* en Diccionario de Teología. Editorial Herder Barcelona 1990, pp. 642-643. Cfr. JOSEF SIMON: *Vida*, en Conceptos fundamentales de filosofía. Tomo III Ediciones Herder Barcelona 1979, pp. 658 y ss.

integran. El deterioro, el abuso y desprecio de la Naturaleza atenta contra la Humanidad²⁸.

- a) La historia de los derechos humanos en cuanto elementos integrantes de la especie humana, supone una lucha por su salvaguardia.
- b) La lucha por el reconocimiento y protección de los derechos humanos la encontramos en el *ius resistendi*²⁹ sobre el cual reflexionaron diversos teólogos cristianos de la Escuela salmantina del Derecho natural y de gentes.
- c) El profesor MITSUKUNI YASAKI de la Universidad de Osaka³⁰ escribió un artículo interesante que merece recogerse. A su juicio, la legalidad y el derecho de resistencia es el problema fundamental que ha inquietado a la Ciencia del Derecho³¹ porque la legalidad es propia del sentido común.

En Francia, la Declaración de 1789 supuso la reivindicación de los derechos de la burguesía que dominó el proceso de incorporación de los derechos individuales correspondientes a su posición en la sociedad favorable a sus intereses económicos.

Así, pues, el *ius resistendi*, el principio de legalidad y la resistencia a la opresión coincidían en asegurar las exigencias de la clase dominante. Además, el postulado de la separación de poderes garantizaba ese predominio³².

El profesor japonés sostiene que el Estado liberal de Derecho se fundó, principalmente, en el principio de legalidad. Así, afirma que con alguna exageración el derecho de resistencia a la opresión, fue absorbido por el principio de legalidad³³.

A continuación, el profesor nipón critica al positivismo jurídico. Expone la reacción contra esta posición³⁴. Rechaza la tesis positivista de la plenitud del ordenamiento jurídico.

28 En la Sagrada Biblia, Génesis Capítulo I, se califica buena la creación de la Tierra, los mares, la hierba que hace simientes según su naturaleza y el árbol que hace frutos según su naturaleza, los animales.

29 Sobre el *ius resistendi*. Cfr. mi monografía: *Teoría general de las relaciones constitucionales*. Dykinson. Madrid 200 de próxima publicación.

30 MITSUKUNI YASAKI: Legality and the right of resistance in Osaka University Law Review. Toyonaka Japan 1957, pp. 26 y ss.

31 MITSUKUNI YASAKI, *ob. cit.*, p. 27.

32 MITSUKUNI YASAKA, *ob. cit.*, p. 28.

33 MITSUKUNI YASAKI, *ob. cit.*, p. 29.

34 MITSUKUNI YASAKI, *ob. cit.*, p. 33. Menciona a COING, MITELS y WELZER, importantes filósofos del derecho que se inspiran en el iusnaturalismo contra la posición positivista.

No obstante, y en esto no coincido con el mencionado profesor, critica la postura iusnaturalista³⁵. Aunque no examina el problema del *ius resistendi*, otro autor japonés, HARUO NANIWADA³⁶, ha escrito páginas acertadas sobre la conexión entre la Economía y la Moral. Su enlace se verifica mediante la fraternidad entre la libertad y la igualdad. Así se logra su armonía entre ellos: con el principio superior del amor fraterno entre la libertad personal y la igualdad social.

Esto se identifica con la idea de la Humanidad y, claro está, con los derechos que la integran.

El derecho a la resistencia a la opresión, siempre que cumpla con los requisitos de justa defensa de la Humanidad, sería la respuesta adecuada a cualquier opresión. Es una respuesta lógica, ética y democrática que se ejerce para defenderse frente a los crímenes contra la Humanidad.

VIII. EVOLUCIÓN DOCTRINAL DE LOS DERECHOS ANTERIOR Y SU CONSIDERACIÓN COMO DERECHOS DE LA HUMANIDAD

a) Durante el liberalismo francés del siglo XIX no se trató la cuestión que me interesa, salvo varios escritos esencialmente políticos, desde la perspectiva de una dogmática jurídica sistemática.

La burguesía dominante estaba suficientemente satisfecha en las condiciones socioeconómicas basadas en la propiedad privada y en el individualismo tal como se regulaba en el Código Civil de Napoleón.

Además, el positivismo exegetico se ajustaba fielmente a la letra de los textos legales. Cualquier consideración sobre los derechos humanos que excediese a lo afirmado por los textos señalando el *fundamento, el espíritu o la finalidad* de las leyes se rechazaba de pleno.

En el fondo existía el temor de que la búsqueda de la esencia de los derechos del hombre pudiese conmover la situación satisfactoria de la clase burguesa.

35 MITSUKUNI YASAKI, *ob. cit.*, pp. 34 y ss.

36 Me interesa recordar el sugestivo estudio de mi amigo, el profesor HARUO NANIWADA: *Grundlegung zur politischen Ökonomie. Verein für Wirtschaftswissenschaften* 1965. Han pasado muchos años y he perdido contacto epistolar con él. Parte del principio de que todo lo existente no se fundamenta en si mismo. Sólo puede existir con otros relacionados.

Cfr. su crítica del liberalismo económico individualista, pp. 1 y ss., y del Estado liberal de Derecho, pp. 23 y 97.

En este sentido, el derecho natural, que informa a la famosa Declaración de derechos de 1789 se abandonó por temor a que fuese invocado por estratos sociales inferiores. De este modo el descubrimiento de los derechos humanos inspirado por el ejemplo de las Declaraciones norteamericanas, sobre todo la de Virginia, fue olvidado aunque la primera Declaración francesa mostró cierto carácter universal³⁷.

En adelante el positivismo exegético se impuso como factor capital para mantener el orden socioeconómico de la burguesía.

El positivismo exegético, entre 1804 y 1830, se apoyó en los comentaristas del Código de Napoleón³⁸.

b) Teoría de los derechos públicos subjetivos.

La posición del positivismo exegético fue superada por otras variantes menos drásticas y limitadas que el anterior, pero, en definitiva, continuó sosteniendo sus posiciones clásicas, a saber: la afirmación de la plenitud del derecho positivo, es decir la negación de las lagunas, el sometimiento de los jueces al ordenamiento estatal negando cualquier interpretación de las leyes mediante el arbitrio judicial, y el rechazo del derecho natural en cualquiera de sus manifestaciones porque, a su juicio, no reunía el carácter de las normas jurídicas positivas, establecidas para mantener el orden establecido.

En el campo del derecho constitucional y de la filosofía del derecho su más conspicuo representante fue el alemán KARL BERGBOHM 1849-1927³⁹, profesor en Marburg y en Bonn, se caracterizó por su lucha contra el iusnaturalismo.

c) Ahora bien, la crítica de su rotunda posición positivista cedió el paso a otras tendencias y en cierta medida se aproximó o llegó al retorno al derecho natural o a la filosofía de los valores. Lo que aquí interesa es explicar el significado de los derechos públicos subjetivos.

37 Cfr. lo que escribió como complemento de lo que digo: OTFRIED HÖFFE: *Political Justice. Foundations for a critical Philosophy of Law and the State* (translated by Jeffrey C. Cohen) Polity Press Cambridge 1995, p. 259.

38 Cfr. ALBERT BRIMO: *Les grandes courants de la Philosophie du Droit et de l'Etat* Editions A. Pedone Paris 1978, pp. 269 y ss. Recoge la famosa advertencia a sus alumnos de BOUGNET en su clase de derecho civil: "No explico el derecho civil, yo sólo enseño el Código de Napoleón".

39 KARL BERGBOHM: "Jurisprudenz und Rechtsphilosophie". *Kristische Abhandlung* Vol. Iº Vol. 1892.

d) Esta cuestión se planteó en los inicios de la dogmática del derecho público con GERBER⁴⁰, LABAND y JELLINEK.

Ahora bien, quien estableció una teoría coherente y completa de los derechos públicos subjetivos fue G. JELLINEK (1851-1911) profesor de la Universidad de Heidelberg⁴¹.

JELLINEK, consideró a su obra sobre este tema, como su escrito predilecto y, aunque la preferencia de los autores a veces no coincide con la crítica, hay que reconocer que esta monografía es capital.

KELSEN dedicó unas líneas emotivas a su maestro en el prólogo a su clásica Teoría General del Estado⁴². Expuso aunque criticó su tesis sobre los derechos públicos subjetivos.

Refiriéndose a JELLINEK escribió: "Compréndase que de modo especial me haya referido a la Teoría General del Estado de GEORG JELLINEK, cuyo mérito más duradero es el de haber sintetizado de modo perfecto y magistral la Teoría del Estado de la última centuria, en la mayoría de los casos, sus concepciones representan lo que podríamos llamar el patrimonio científico del universitario medio. Por eso, cuantas veces necesitaba referirme a esto, encontré un apoyo esencial en el *standard work* de mi inolvidable maestro".

No obstante, como es sabido, el maestro de la pureza metódica rechazó, en 1911 la Teoría de JELLINEK sobre los derechos públicos subjetivos⁴³.

e) Para JELLINEK, el derecho subjetivo es la potestad de querer del hombre reconocida y protegida por el ordenamiento jurídico.

40 Sobre CARL FIEDRICH VON GERBER (1823-1891) Cfr. su obra: Ueber öffentliche Rechte, 1852 Cfr. W. PAULY en Juristen. Ein biographisches Lexikon. Von der Antike bis zum 20 Jabrhunder. Editado por Michael Stolleis. Verlag C. H. Beck München 1995, pp. 229-230 y WALTER WILHELM: Metodologia giuridica nel secolo XIX. A cura di P.L. Lucchini. Giuffrè. Milano de 1974, pp. 143-168. En la bibliografía española todavía es útil el prólogo a su traducción de la Teoría del Estado de G. JELLINEK de FERNANDO DE LOS RÍOS Y URRUTI. Hay varias ediciones. Manejo la mexicana de 1958, p. VIII.

41 GEORG JELLINEK: System der subjctiven öffentlichen Rechte 1892. La última edición, que yo sepa, fue en 1964. Cfr. sobre este gran Maestro mi estudio preliminar a su monografía: Reforma y mutación de la Constitución (trad. de Christian Förster) Centro de Estudios Constitucionales Madrid 1991. Cfr. la traducción de Vitagliano. Societa Editrice Libreria Milano 1911).

42 HANS KELSEN: Teoría general del Estado (trad. de Luis Legaz Lacambra) Editorial Labor Barcelona Madrid Buenos Aires 1934, p. IX.

43 HANS KELSEN: Problemas capitales de la Teoría jurídica del Estado (según la proposición jurídica 2ª edición traducción por Wenceslao Roces. Notas, revisión y presentación de Ulises Schmill Editorial Porrúa México 1927, pp. 549 y ss.

De este modo sintetiza las tesis de WINSCHIED que consideró al derecho subjetivo como manifestación de la voluntad del sujeto, la del interés de IHERING de su titular, y la de THON, que lo basaba en su protección por el ordenamiento jurídico.

Esta tesis fue aceptada por la doctrina italiana del derecho constitucional y administrativo con ORLANDO, con algunos matices. Su discípulo ROMANO y los administrativistas la perfeccionaron.

f) El éxito de JELLINEK al configurar la teoría de los derechos públicos subjetivos supuso, a mi juicio, un avance significativo en las condiciones ideológicas y sociopolíticas de Alemania, en el período del II Reich, es decir del *Kaisertum*.

Así, se confirma la opinión de KELSEN⁴⁴ cuando escribió, después de negar el concepto de derecho subjetivo, lo siguiente: "Si la antigua Teoría del Estado no utilizó el concepto del derecho público subjetivo debido a que dicho concepto, con su sentido iusnaturalista, se dirigiría contra un orden estatal positivo, autocrático, habiendo nacido en lucha contra la Monarquía absoluta, este concepto, tras el cual se ocultaba el postulado político de la democracia, no tenía ningún fin en el Estado antiguo, en el que dicho postulado se realizase".

A mi juicio, la cuestión estriba en comprender la relación del Estado alemán desde la fundación del II Reich hasta 1918, con los derechos públicos subjetivos y, sobretudo, con su relación con el *Rechtsstaat* de aquel período. Dicho con otras palabras: ¿en que medida los derechos públicos subjetivos coexistirían con la idea del Estado de Derecho? Veamos.

Corresponde a JELLINEK el planteamiento de los derechos públicos subjetivos con las circunstancias políticas del Estado en la Alemania Guillermina (*II Reich*) mediante su ingeniosa pero discutible teoría de la autolimitación del Estado⁴⁵, severamente criticada por KELSEN.

La cuestión que se plantea, en síntesis, es: ¿cómo puede un Estado admitir unos derechos que restringen el poder soberano estatal y cómo es posible que los individuos puedan ser titulares de tales derechos públicos subjetivos? La respuesta es la autolimitación

44 KELSEN, *ob. cit.*, p. 212.

45 Cfr. las páginas que dedico a esta cuestión en mi estudio preliminar a G. JELLINEK: *Reforma y mutación de la Constitución* (trad. de Cristian Förster), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1991, pp. 11 y ss.

del Estado que consiente autolimitarse para que los ciudadanos puedan ejercerlos.

Insisto en que el asunto estriba en la concepción del Estado de Derecho en la época del *Kaisertum*, si bien antes GNEIST, BÄHR, LORENZ VON STEIN, VON MOHL y otros liberales, sostenían la separación de los Tribunales administrativos de las altas esferas del ministerio gubernamental. Por tanto la configuración que hace el maestro de Heidelberg sobre el Estado de Derecho de su tiempo fue más bien formalista, correspondiente al Estado liberal del Derecho, inserto en un Estado autoritario⁴⁶⁴⁶. Es también paradójico que precisamente se estableciese en la Alemania guillermiana la legislación social favorecedora de los trabajadores.

Por último, la teoría de los derechos públicos subjetivos no resolvía la naturaleza de los derechos humanos como parte de la Humanidad. Se resiente de un individualismo templado que convivió con la estructura autoritaria de su tiempo.

g) Derechos fundamentales.

Esta expresión es utilizada tanto en los estudios sobre Teoría de la Constitución como en los textos constitucionales.

Basta apuntar la referencia de KELSEN a los derechos fundamentales⁴⁷ en cuanto sostén del ordenamiento jurídico. Desde la perspectiva decisionista-existencial CARL SCHMITT⁴⁸ aclaró el significado de la Constitución como Ley fundamental con precisas indicaciones.

Entre los textos constitucionales encontramos en la Constitución italiana de 1948, el término Principios Fundamentales, artículos 1 y ss., y en la vigente Ley Fundamental de la República Federal de

46 Cfr. la interesante monografía de JOHN J. HALLOWELL: *The decline of liberalism as an ideology. With particular reference to german politicolegal Thought* University of California Press, Berkeley and Los Angeles 1948. No obstante, no comparto plenamente la crítica que hace del pensamiento de JELLINEK. No hay que olvidar que el profesor de Heidelberg tuvo siempre en cuenta el influjo de los factores políticosociales y que mantuvo la exigencia de un *mínimo ético* para la convivencia.

47 KELSEN: *Teoría General del Estado*, cit., p. 330 se refiere al "... catálogo de derechos fundamentales". Además empleó el término Norma fundamental (Grundnorm), pp. 165, 216, 235 y ss. 342.

48 CARL SCHMITT, manejo aquí la versión original de su *Verfassungslehre* 8ª edición Duncker und Humblot Berlin 1989, pp. 3 y ss., pp. 42 y ss. se refiere a los diversos significados de la palabra *Grundgesetz, Grundnorm o lex fundamentalis*. Sobre los derechos fundamentales Cfr. pp. 27, 128, 157 y ss.

Alemania de 29 de mayo de 1949. En ella se enumeran a partir del artículo 1 los *Grundrechten*.

No hay que olvidar que los constituyentes alemanes afirman, en el artículo 145, lo siguiente: “Esta Ley Fundamental, que tras la culminación de la unidad y libertad de Alemania tendrá validez para todo el pueblo alemán, perderá su vigencia el día que entre en vigor una Constitución aprobada libremente por el pueblo alemán”.

Por último, nuestra Constitución, en el Título Preliminar, artículo 2, afirma: “... La Constitución se fundamenta en la indisoluble unidad de la Nación española...” Dedicó el Título Primero a los derechos y deberes fundamentales: artículos 10-55.

Es importante subrayar que su disposición 10,1 afirma la dignidad de la persona, los derechos individuales que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y de los derechos de los demás, que son fundamento del orden público y de la paz social.

El apartado 2 de dicho mandato señala que la interpretación de los derechos y libertades que la Constitución reconoce (subrayado P.L.V.), se hará conforme a la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las materias ratificados por España.

No voy a insistir, como hice en otros trabajos, en que la dignidad de la persona es la *Grundnorm* de nuestro ordenamiento constitucional.

h) Derechos humanos

La expresión derechos humanos registra el influjo del iusnaturalismo crítico, personalista-comunitario basado en valores. Por ello late en ese término la idea de que esos derechos integran su pertenencia a la Humanidad en la medida que pueden corregir los eventuales abusos individualistas.

IX. LA HUMANIDAD COMO IDEA NECESARIA VALORATIVA Y FUNDAMENTADORA DE LOS DERECHOS HUMANOS

Llegamos al fin de este ensayo. Por eso, es menester sintetizar lo dicho y apuntar algunas conclusiones:

a) *La Humanidad como idea necesaria*

Esta afirmación significa que sin ella no es posible la existencia de los derechos humanos que la integran. No es una necesidad física,

ineluctable, sino lógica, ontológica y deontológica. Lo corrobora la evolución de tales derechos hasta llegar a nuestros días⁴⁹.

La idea de la Humanidad, escribió MAYER⁵⁰, constituye una comunidad real. No es fruto de la fantasía. La Humanidad es una idea necesaria.

La idea de la Humanidad se ha impuesto para humanizar las personas, para imponer la igualdad jurídica, la imparcialidad en los procesos y el fortalecimiento del derecho internacional⁵¹.

b) La Humanidad tiene dimensión valorativa. ¿Por qué? Por la sencilla razón de que, como sigue MAYER⁵², es el ideal de la ética y de la idea del Derecho (Subrayado P.L.V.). En la idea de la Humanidad no hay sitio para conflictos entre los Estados, y menos para un litigio entre el Estado y la comunidad internacional. Su realización significaría el fin de toda guerra y, más aún, el término de todas las enemistades internacionales, es decir, la salvación⁵³.

Hay un postulado, una norma fundamental, que es la dignidad humana⁵⁴. Esta dignidad es propia de todo ser humano en cuanto miembro de la Humanidad y en cuanto que para los creyentes y para los agnósticos y ateos, hay que considerar al hombre no como un medio sino como un autofín.

49 Sobre dicha evolución hasta los tiempos recientes Cfr. el documentado estudio de MAGDALENA LORENZO RODRÍGUEZ: "La tutela de los derechos humanos en la Europa e finales del siglo XX" en *Revista de Ciencias Sociales* n° 2 de septiembre de 1993. Además Cfr. los excelentes estudios de FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO: "Los nuevos desafíos de nuestro tiempo para la protección jurisdiccional de los derechos" en *Revista Vasca de Administración Pública* Mayo-Agosto 1994, pp. 25 y ss. y Dignidad de la persona, orden valorativo y derechos fundamentales en el ordenamiento constitucional español en *Revista Española de derecho militar* enero-junio de 1995, pp. 505 y ss.

50 MAX ERNST MAYER: *Filosofía del Derecho* (trad. de Luis Legaz Lacambra) Editorial Labor Barcelona-Madrid-Buenos Aires-Río de Janeiro 1937, pp. 73-74.

51 MAYER, *ob. cit.*, p. 191.

52 MAYER, *ob. cit.*, pp. 199-200.

53 MAYER, *ob. cit.*, pp. 203-204. Ciertamente podría objetarse al iusfilósofo alemán que después de su libro la Segunda Guerra Mundial, los conflictos endémicos en diversas partes del planeta, los genocidios, desmienten su idea de la Humanidad. Ahora bien, el carácter axiológico de la Humanidad no significa su cumplimiento inexorable. Los valores no son realidades físicas, sino postulados que, dada la naturaleza falleciente del hombre, se ignoran o peor se vulneran. Pero no por ello deben ser ignorados o negados.

54 Cfr. FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO: "Dignidad de la persona, orden valorativo y derechos fundamentales en el ordenamiento constitucional español" en *Revista Militar de Estudios Jurídicos* Enero-Julio 1995, pp. 505 y ss.

- c) La Humanidad fundamenta los derechos humanos. Ello entraña que cada hombre es miembro de esa idea y de ese hecho llamado Humanidad. En consecuencia, se basa en la fraternidad del género humano.
- d) Los fenómenos de la globalización de la economía, de la técnica y de las comunicaciones es indudable que suponen avances protectores de la Humanidad. Ahora bien, frente al optimismo con que muchos la consideran hay que precaverse respecto a los inconvenientes y abusos que tales avances conllevan. Tampoco han de descalificarse adoptando una posición pesimista. Un profundo examen de estos fenómenos depara que, sin olvidar la naturaleza falleciente del hombre, pueden ponerse al servicio de la Humanidad.

Alguno podría objetarme que tanto da hablar de derechos humanos o de Humanidad. Que de algún modo incurro en un juego artificioso sobre el tema que acabo de desarrollar.

No me niego del todo a intercambiar derechos humanos y derechos de la Humanidad. Creo, no obstante, como expuse, que la expresión derechos del hombre contiene aspectos ya pasados, de la Ilustración del siglo XVIII, pensamiento que influye aun en la postmodernidad que en el fondo redundan en beneficio de la clase burguesa. Tampoco me seduce el término derechos públicos subjetivos, idea de las postrimerías del XIX. Expresión seguida por los administrativistas. Idea demasiado académica. Por ello, prefiero hablar de derechos de la Humanidad.

De todos modos, insisto, en que no objeto al uso del término derechos humanos pero siempre subrayando la idea de que integran el derecho de la Humanidad, comunidad compuesta por las generaciones pasadas, presentes y futuras.

X. UNA APORTACIÓN IMPORTANTE AL CONCEPTO DE LA HUMANIDAD

En páginas anteriores hemos recogido la opinión del filósofo del derecho MAYER sobre el concepto de la Humanidad. Ahora me parece interesante referirme al pensamiento de ERICH KAHLER⁵⁵⁵⁵ sobre este asunto.

55 ERICH KAHLER: *Historia universal del hombre* (trad. de Javier Márquez) Fondo de Cultura Económica México, Buenos Aires cuarta edición 1965.

Se percibe en su obra el influjo de MAX SCHELER y contiene observaciones sugestivas sobre la literatura, el arte y la filosofía de la cultura occidental.

a) A su juicio, la historia comienza con el concepto judeo-cristiano del hombre como imagen de Dios, creador del universo. Esto implica la idea común de todos los hombres derivados del mismo antepasado y de un destino común a todos, que ha sido fijado por Dios⁵⁶.

Lo humano, para KAHLER⁵⁷ se desarrolla en dos zonas: la biológica, que comparte con el animal, y otra que es exclusivamente humana. "De modo que buscar una cualidad humana específica es lo mismo que buscar lo que se desarrolla en esta nueva zona: la de la historia".

b) Para este autor la Humanidad "... es una actitud específica del hombre hacia sus semejantes, se basa en su facultad de discernir y trascender, en su facultad de concebir a otro ser humano como una existencia distinta e independiente y, al mismo tiempo, a colocarse él mismo en el lugar de ese otro ser"⁵⁸.

En la Cristiandad el hombre alcanza la etapa de la Humanidad.

Así, el género humano se identifica, por primera vez, con aquella.

Según lo anterior la "... Humanidad es la percepción clara del género humano como un todo y de la naturaleza humana como una cualidad inherente en todos los seres humanos por igual y sólo en ellos. Esta idea de la Humanidad, que es el logro fundamental y la sustancia de la Cristiandad, presupone la de un Dios universal como Creador y Gobernador del universo y de los seres humanos iguales, que son todos ellos imagen de Dios"⁵⁹.

XI. CONCLUSIÓN

Como consecuencia de lo escrito es importante subrayar que los derechos humanos derivan de los presupuestos teológicos, ontológicos y deontológicos de la Humanidad.

La objeción a mi posición argumentando que esta afirmación no vale para los agnósticos, escépticos y ateos, se resuelve diciendo que estos, en cuanto humanistas, de algún modo reconocen, siguiendo a

56 AHLER, *ob. cit.*, pp. 14 y 73.

57 KAHLER, *ob. cit.*, pp. 16-17.

58 KAHLER, *ob. cit.*, p. 24.

59 KAHLER, *ob. cit.*, pp. 107 y 205.

KANT, que hay que considerar a los hombres no como instrumentos, sino como iguales ante el Creador o ante la idea de la Humanidad que mantienen.

PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

Patricia López Díaz

Capitán de Corbeta, JT.

Los principios fundamentales del Derecho Internacional Humanitario son aquellas directrices universales, reconocidas por las naciones civilizadas obligatorias para los Estados más allá de un vínculo convencional, que pueden abstraerse de las normas contenidas en los Convenios de Ginebra y sus Protocolos Adicionales, e inspiran esta particular rama del Derecho y determinan, limitan y encauzan el comportamiento a seguir por los intervinientes en un conflicto armado con vistas a cumplir con las finalidades perseguidas por el Derecho Internacional Humanitario y, por lo mismo, orientan su interpretación y aplicación.

De allí que su conocimiento, difusión y reflexión sean de trascendental importancia en las instituciones armadas que directa o tangencialmente deben velar por la observancia y correcta aplicación de estos principios, otorgándole un marco de legalidad y humanidad a su participación en un conflicto armado.

GENERALIDADES

El Derecho Internacional Humanitario, Derecho de los Conflictos Armados o Derecho de la Guerra es el conjunto de normas internacionales, de origen convencional o consuetudinario, especialmente destinadas a solucionar los problemas de índole humanitaria que se derivan directamente de los conflictos armados –internacionales o no– y limitan, por razones humanitarias, el derecho de las partes en conflicto a utilizar los métodos y medios de hacer la guerra a su elección y protegen a las personas y bienes afectados o que puedan verse afectados por el conflicto¹.

1 RODRÍGUEZ-VILLASANTE José Luís y Otros, Cruz Roja Española. Derecho Internacional Humanitario, Editorial Tirant Lo Blanch, Madrid, 2002, p. 45. En igual sentido, Comité Internacional de la Cruz Roja, Introducción al Derecho Internacional Humanitario, en Curso Introductorio sobre Derecho Internacional

La finalidad de esta particular rama del Derecho es evitar el sufrimiento y destrucción innecesarios como consecuencia de un conflicto armado, controlar y mitigar los efectos perjudiciales de la guerra y establecer normas mínimas de protección para los combatientes y no combatientes.

A partir de la noción de Derecho Internacional Humanitario y las finalidades específicas perseguidas por éste, se han formulado –primeramente por Jean Jacques Rosseau y Frederic De Martens y, posteriormente, en el Preámbulo de la Declaración de Petersburgo de 1868 que tuvo por objeto Prohibir el uso de Determinados Projectiles en Tiempo de Guerra– determinados principios fundamentales, cuales son el principio de limitación, principio de necesidad militar, principio de humanidad, principio de distinción y principio de proporcionalidad, agregándose por algunos autores el principio de protección al medio ambiente².

Los principios fundamentales de Derecho Internacional Humanitario pueden definirse como *aquellas directrices universales, reconocidas por las naciones civilizadas obligatorias para los Estados más allá de un vínculo convencional, que se abstraen de las normas contenidas en los Convenios de Ginebra de 1949 y sus Protocolos Adicionales de 1977 e inspiran esta particular rama del Derecho y determinan, limitan y encauzan el comportamiento a seguir por los intervinientes en un conflicto armado nacional o internacional para cumplir precisamente con las finalidades perseguidas por el Derecho Internacional Humanitario y, por lo mismo, orientan la interpretación y aplicación de las normas positivas de Derecho Internacional Humanitario.*

De allí que el respeto de todos ellos y la aplicación de las diversas normas que los recogen sean necesarias e indispensables en un conflicto armado para imprimirle el marco de legalidad pertinente,

Humanitario, Editorial Departamento de Asuntos Internacionales de la OEA, Washington, 2007, p. 25.

Cabe señalar que las expresiones Derecho Internacional Humanitario, Derecho de los Conflictos Armados y Derecho de la Guerra actualmente son equivalentes y la utilización de una u otra dependerá del caso concreto. En efecto, las Organizaciones Internacionales, Universidades y Estados emplean la expresión Derecho Internacional Humanitario a diferencia de las Fuerzas Armadas que emplean la expresión Derecho de los Conflictos Armados o Derecho de la Guerra.

² Vid. *Infra*, II, letra f.).

que garantice las finalidades del Derecho Internacional Humanitario, así como su vigencia, eficiencia y eficacia.

Importante resulta precisar en esta materia el correcto sentido y alcance del principio de limitación, principio de necesidad militar, principio de humanidad, principio de distinción, principio de proporcionalidad y principio de protección al medio ambiente y las diversas manifestaciones de ellos en la normativa de Derecho Internacional Humanitario³.

PRINCIPIO DE LIMITACIÓN

Este principio postula que las armas y métodos que puedan ser utilizados en los conflictos no son ilimitados, quedando, por consiguiente, prohibido el empleo de las armas de destrucción masiva, esto es, las armas nucleares, biológicas y químicas.

En efecto, el Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra recoge este principio en el artículo 35 en los siguientes términos: En todo conflicto armado, el derecho de las Partes en conflicto a elegir los métodos o medios de hacer la guerra no es ilimitado. Queda prohibido el empleo de armas, proyectiles, materias y métodos de hacer la guerra de tal índole que causen males superfluos o sufrimientos innecesarios. En igual sentido la Corte Internacional de Justicia en su Opinión Consultiva sobre la Legalidad o el Empleo de Armas Nucleares indicó que los Estados no poseen un derecho ilimitado a escoger los medios ni los métodos de combate dentro de un conflicto armado, sino que aquellos se encuentran vinculados a razones humanitarias que efectivamente los limitan⁴.

Manifestación de este principio es la prohibición expresa de la utilización de aquellas armas que causen daño excesivo o sufrimiento innecesario. Sirva como ejemplo el Protocolo de 1925 sobre la prohibición del empleo en la guerra de gases asfixiantes, tóxicos o similares y de medios bacteriológicos, la Convención relativa a la prohibición del desarrollo, producción y almacenamiento de armas

3 En lo que se refiere a la enunciación de estos principios véase GASSER, HANS Peter, El Derecho Internacional Humanitario y la Protección de las víctimas de Guerra en Revista Internacional de la Cruz Roja, Génova, 1998 en www.icrc.org/web/spa/sitespa0.nsf/htmlall/5tdle2?opendocument y Opinión Consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre la legalidad o Empleo de Armas Nucleares, disponible en www.icrc.org/web/spa/sitespa0.nsf/html/5TDLCE.

4 Cfr. Opinión Consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre la legalidad o Empleo de Armas Nucleares, cit. (n. 4).

bacteriológicas tóxicas y su destrucción del 10 de abril de 1972, la Convención sobre prohibiciones o restricciones del empleo de ciertas armas convencionales que puedan considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados del 10 de octubre de 1980, el Protocolo II sobre prohibiciones o restricciones al empleo de minas, armas trampa y otros artefactos del 10 de octubre de 1980, el Protocolo III sobre Prohibiciones o Restricciones del empleo de Armas Incendiarias del 10 de octubre de 1980, el Protocolo IV sobre Armas Láser Cegadoras del 13 de octubre de 1955 y la convención sobre la prohibición del desarrollo de la producción, almacenamiento y empleo de armas químicas y sobre su destrucción del 13 de enero de 1993.

Especial mención merecen los tratados sobre limitación del armamento nuclear, tales como el tratado sobre la no proliferación de las armas nucleares de 1968, el tratado que prohíbe las pruebas nucleares en la atmósfera, espacio ultraterrestre y bajo el agua de 1965, el tratado sobre la prohibición de emplear armas de destrucción en masa en los fondos marinos y su subsuelo de 1971, el tratado para la proscripción de las armas en América Latina de 1967, el tratado sobre el establecimiento de una zona desnuclearizada en el Pacífico Sur de 1985, el tratado sobre la eliminación de misiles nucleares de alcance intermedio y corto de 1987 y el tratado sobre la reducción y limitación de las armas estratégicas ofensivas de 1992.

PRINCIPIO DE NECESIDAD MILITAR

El principio de necesidad militar está íntimamente relacionado con el objetivo primario del conflicto armado, cual es el sometimiento total del enemigo lo más pronto posible, con el mínimo de gasto de personal y recursos.

Este principio fue formulado en el Preámbulo de la Declaración de San Petersburgo de 1868 junto al principio de distinción y necesidad militar. En tal sentido se señaló que el único objetivo legítimo que los Estados deben proponerse durante la guerra es la debilitación de las fuerzas militares del enemigo⁵.

En igual sentido destaca el artículo 23 del Anexo IV al Convenio de La Haya del 18 de octubre de 1907 relativo a las Leyes y Costumbres de Guerra Terrestre, pues en su letra g) prohíbe destruir o tomar propiedades enemigas a menos que tales destrucciones o

5 Véase el Preámbulo de la Declaración de San Petersburgo de 1868, disponible www.cicr.org/Web/spa/sitespa0.nsf/iwpList103/E739EB5EC9DB23B4C1256DE10058D8CA.

expropiaciones sean exigidas imperiosamente por las necesidades de la guerra. Por su parte, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos de 2002, refiriéndose a este principio ha indicado que el principio de necesidad militar justifica aquellas medidas de violencia militar que no están proscritas por el Derecho Internacional, que son necesarias y proporcionadas para garantizar el rápido sometimiento del enemigo con el menor costo posible de vidas humanas y recursos económicos⁶.

Cabe destacar en esta materia la Resolución de la Asamblea General de la OEA 2261 de 2007 sobre el Apoyo a la Acción contra las Minas Antipersonal en Ecuador y Perú del 5 de junio de 2007, oportunidad en que señaló que la presencia de minas terrestres en zonas fronterizas entre los dos Estados y de instalaciones de transmisión eléctrica en Perú constituye una grave amenaza para las poblaciones civiles y un factor que impide el desarrollo económico en las zonas rurales y urbanas y que su eliminación constituye una obligación y condición necesaria⁷.

Una manifestación concreta de este principio se advierte en el artículo 8.1.1 del Manual para Comandantes de la Armada de los Estados Unidos sobre Derecho aplicable a las Operaciones Navales que dispone que la necesidad militar permite al beligerante aplicar la fuerza para alcanzar los objetivos militares legítimos que por su naturaleza, ubicación, finalidad o utilización, contribuyan eficazmente a la acción militar o cuya destrucción, parcial o total, captura o neutralización, ofrezca en las circunstancias del caso una ventaja militar definida⁸.

PRINCIPIO DE HUMANIDAD

El Principio de Humanidad es aquel en virtud del cual toda persona que no participa o que ha dejado de participar en las hostilidades debe ser tratada humanamente y no puede ser objeto

6 Véase Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos de 2002 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, disponible en www.cidh.org/terrorism/span/introduccion.htm.

7 Véase Resolución de la Asamblea General de la OEA 2261 de 2007, disponible en www.oas.org/juridico/spanish/ag07/AG03738S13.doc, pp. 19-22.

8 Cfr. Manual para Comandantes de la Armada de los Estados Unidos sobre el Derecho Aplicable a las Operaciones Navales, Imprenta de la Academia de Guerra Naval, Valparaíso, 2001.

de discriminación en razón de su sexo, nacionalidad, raza, religión o pensamiento político.

Constituye un pilar fundamental del Derecho Internacional Humanitario y establece la necesaria coordinación y conexión con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el marco de la Protección de la Persona Humana. Fue formulado en el siglo XVIII primeramente por Jean-Jaques Rosseau, quien, refiriéndose a la guerra entre Estados indicó que la guerra no es ni puede ser una relación de hombre a hombre, sino de un Estado con otro Estado, en la que los particulares sólo son enemigos accidentalmente, no como hombres, ni como ciudadanos, sino como soldados (...) Siendo el objeto de la guerra la destrucción del Estado enemigo, hay derecho para matar a sus defensores en tanto que tienen las armas en las manos pero luego que las dejan y se rinden, no son enemigos ni instrumentos del enemigo, y como vuelven a entrar en la simple clase de hombres, ya no se tiene derecho a la vida⁹.

Esta idea sería recogida en 1899 por Frederic de Martens, quien indicó que las personas civiles y los combatientes quedan bajo la protección y el imperio de los principios del derecho de gentes derivados de los usos establecidos de los principios de humanidad y de los dictados por la conciencia pública. Esta cláusula conocida como Cláusula de MARTENS fue consagrada en el artículo 1.2 del Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra de 1977 que prescribe que en los casos no previstos en el presente Protocolo o en otros acuerdos internacionales, las personas civiles y los combatientes quedan bajo la protección y el imperio de los principios del derecho de gentes derivados de los usos establecidos, de los principios de humanidad y de los dictados de la conciencia pública.

Por consiguiente, y como lo ha indicado José Luís Rodríguez-Villasante, existe prohibición, bajo el imperio del Derecho Internacional Humanitario, de causar heridas o sufrimiento innecesario para lograr los propósitos militares legítimos, y surge la obligación de identificar a las personas que no están participando en las acciones de combate, tratarlas humanamente y protegerlas contra ataques¹⁰.

9 Comité Internacional de la Cruz Roja, Introducción al Derecho Internacional Humanitario, en Curso Introductorio sobre Derecho Internacional Humanitario, Editorial Departamento de Asuntos Internacionales de la OEA, Washington, 2007, p. 27.

10 Cfr. RODRÍGUEZ-VILLASANTE, cit. (n. 1), p. 49.

Importante resulta destacar en esta materia el voto concurrente del Juez Antonio Cançado Trindade a propósito del Caso de la Masacre del Plan de Sánchez de 29 de abril de 2004 en que, refiriéndose al Principio de Humanidad del Derecho Internacional Humanitario, señala que el trato humano, en toda y cualquier circunstancia, abarca todas las formas de comportamiento humano y la totalidad de la condición de la vulnerable existencia humana. Más que una disposición de aquellas garantías, el trato humano corresponde al principio de humanidad, que traspaasa todo el Corpus Iuris del Derecho Internacional Humanitario, convencional así como consuetudinario¹¹.

Este principio está consagrado en diversas disposiciones de los Convenios de Ginebra. Sirva como ejemplo, al Convenio de Ginebra III relativo al Trato Debido de Prisioneros de Guerra, particularmente, el artículo 13 que se refiere al trato humano a los prisioneros de guerra, el artículo 14 relativo al respeto de los prisioneros de guerra, el artículo 17 inciso 3 sobre el interrogatorio del prisionero de guerra y el artículo 87 que trata sobre el castigo de los prisioneros de guerra.

El artículo 13 prescribe que los prisioneros de guerra deberán ser tratados humanamente en todas las circunstancias y que está prohibido y será considerado como infracción grave contra el presente convenio, todo acto ilícito o toda omisión ilícita por parte de la potencia detenedora, que comporte la muerte o ponga en grave peligro la salud de un prisionero de guerra en su poder. En particular, agrega que ningún prisionero de guerra podrá ser sometido a mutilaciones físicas o a experimentos médicos o científicos sea cual fuere su índole, que no se justifiquen por el tratamiento médico del prisionero concernido, y que no sean por su bien. En su inciso segundo indica que asimismo, los prisioneros de guerra deberán ser protegidos en todo tiempo, especialmente contra todo acto de violencia o de intimidación, contra los insultos y la curiosidad pública y que están prohibidas las medidas de represalia contra ellos.

El artículo 14 relativo al respeto a la persona humana dispone que los prisioneros de guerra tienen derecho, en todas las circunstancias, al respeto de su persona y de su honor. Las mujeres deben ser tratadas con todas las consideraciones debidas a su sexo y,

11 Véase Caso de la Masacre Plan de Sánchez de 29 de abril de 2004, disponible en www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_105_esp.doc.

en todo caso, se beneficiarán de un trato tan favorable como el que reciban los hombres.

Por su parte, el artículo 16 del Convenio relativo a la manutención de los prisioneros de guerra prescribe que habida cuenta de las disposiciones del presente Convenio relativas a la graduación así como al sexo, y sin perjuicio del trato privilegiado que puedan recibir los prisioneros de guerra a causa de su estado de salud, de su edad o de sus aptitudes profesionales, todos los prisioneros deberán ser tratados de la misma manera por la potencia detenedora, sin distinción alguna de índole desfavorable de raza, de nacionalidad, de religión, de opiniones políticas u otras, fundadas en criterios análogos.

Importante resulta destacar el inciso 3 del artículo 17 que señala que no se podrá infligir a los prisioneros de guerra tortura física o moral ni presión alguna para obtener datos de la índole que fueren. Los prisioneros que se nieguen a responder no podrán ser amenazados ni insultados ni expuestos a molestias o desventajas de ningún género. El inciso cuarto, a su vez, indica que los prisioneros de guerra que, por razón de su estado físico o mental, sean incapaces de dar su identidad, serán confiados al Servicio de Sanidad.

Finalmente, la parte final del inciso segundo del artículo 87 del Convenio indica que están prohibidos los castigos colectivos por actos individuales, los castigos corporales, los encarcelamientos en locales donde no entre la luz solar y, en general, toda forma de tortura o de crueldad.

PRINCIPIO DE DISTINCIÓN

En virtud de este principio existe el deber de distinguir entre las personas que participan en las hostilidades –esto es, los combatientes– y las personas civiles –no combatientes– y, a la vez, entre los bienes u objetivos civiles y objetivos militares, con la precisa finalidad que sólo los combatientes y objetivos militares sean objeto de ataque.

Este principio fue formulado primeramente en la Declaración de San Petersburgo de 1868, pues en ella se señaló expresamente que a efectos de garantizar la debilitación de las fuerzas militares del enemigo durante una guerra es suficiente poner fuera de combate al mayor número posible de hombres, entendiendo por tales a los no combatientes. Fue recogido posteriormente en forma expresa en el

artículo 48 del Protocolo Adicional I y en el artículo 13 del Protocolo Adicional II. En efecto, el artículo 48 del Protocolo I ubicado en la Sección I relativa a la Protección General contra los efectos de las hostilidades que prescribe que a fin de garantizar el respeto y la protección de la población civil y de los bienes de carácter civil, las Partes en conflicto harán distinción en todo momento entre población civil y combatientes, y entre bienes de carácter civil y objetivos militares y, en consecuencia, dirigirán sus operaciones únicamente contra objetivos militares.

Asimismo, el artículo 13.1 del Protocolo Adicional II relativo a la Protección de la Población Civil, en el Capítulo IV, dispone que la población civil y las personas civiles gozarán de protección general contra los peligros procedentes de operaciones militares. Otra manifestación de este principio se advierte en el artículo 52 del Protocolo Adicional I de los Convenios de Ginebra relativo a la protección de los bienes de carácter civil que dispone que éstos no serán objeto de ataques ni de represalias y los ataques se limitarán estrictamente a los objetivos militares. En lo que respecta a los bienes, los objetivos militares se limitan a aquellos objetos que por su naturaleza, ubicación, finalidad o utilización contribuyan eficazmente a la acción militar o cuya destrucción total o parcial, captura o neutralización ofrezca en las circunstancias del caso una ventaja militar definida. Agrega que en caso de duda acerca de si un bien que normalmente se dedica a fines civiles, tal como un lugar de culto, una casa u otra vivienda o una escuela, se utiliza para contribuir eficazmente a la acción militar, se presumirá que no se utiliza con tal fin.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en el Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos del 22 de octubre de 2002, ha formulado este principio, indicando al efecto que el principio de distinción prohíbe, entre otras cosas, el lanzamiento de ataques contra la población civil u objetivos civiles y exige que las partes en un conflicto armado distingan en todo momento entre los miembros de una población civil y las personas que forman parte activa de las hostilidades o entre objetivos civiles y militares, y dirijan sus ataques sólo contra las personas que participan activamente en las hostilidades y otros objetivos legítimos¹².

12 Véase Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos de 2002 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Cit. (n. 5).

Indica, además, que el principio de humanidad complementa y limita inherentemente la doctrina de la necesidad militar. Este principio prohíbe infligir sufrimiento, lesión o destrucción que no sean actualmente necesarios, es decir, proporcionados para la realización de propósitos militares legítimos. Más aún el principio de humanidad también confirma la inmunidad fundamental de las personas civiles a ser objeto de ataques en todo conflicto armado. Así la conducción de las hostilidades por las partes en todo conflicto armado debe ser adelantada dentro de los límites establecidos por el Derecho Internacional, incluyendo las restricciones y protecciones inherentes al principio de necesidad militar y humanidad.

Asimismo, Richard Baxter, refiriéndose a ese principio, ha indicado que la regla fundamental es que una parte en conflicto debe en todo momento distinguir entre la población civil y los combatientes, y entre bienes de carácter civil y objetivos militares, y debe, por consiguiente, dirigir sus operaciones únicamente contra objetivos militares. La población civil y los civiles deben gozar de una protección general contra los peligros resultantes de las operaciones militares que no deben ser objeto de ataques¹³.

Cabe señalar que, a partir de este principio, se han formulado dos subprincipios: el principio de protección y el principio del objetivo militar. El principio de protección, supone precisamente, la existencia del principio de distinción – además por cierto del principio de humanidad –, toda vez que efectuado el distingo entre militares y civiles y bienes civiles y objetivos militares, deben protegerse las personas civiles y los bienes civiles. El principio del objetivo militar, en cambio, no es sino la faz negativa del principio de protección, dado que éste postula que sólo pueden ser objeto de ataque aquellos bienes cuya destrucción, neutralización, captura, total o parcial, represente para el adversario una ventaja militar definida, dado que debido a su naturaleza, ubicación, finalidad o utilización contribuya eficazmente a la acción militar.

Tales principios son una consecuencia lógica del principio de distinción, en cuanto principio fundamental de Derecho Internacional Humanitario, de modo tal que basta la formulación

13 BAXTER, RICHARD, Los Deberes de los Combatientes y la Conducción de las Hostilidades: El Derecho de La Haya, en Las Dimensiones Internacionales del Derecho Internacional Humanitario, Editorial Tecnos, Madrid, 1990), p. 133.

de éste para que los otros existan por añadidura, fortaleciendo su existencia y aplicación.

PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

El principio de proporcionalidad sostiene que la acción militar es proporcional en la medida que el ataque a un objetivo militar ocasione bajas y daños civiles que no son excesivos en comparación al resultado global. Exige, por consiguiente, que los medios de combate resulten razonables, proporcionados y ajustados a la ventaja militar directa y concreta que se pretende obtener, incluyendo la prohibición de causar daños incidentales contra la población o bienes civiles, excluyendo toda forma de violencia excesiva o que no resulte indispensable para debilitar al adversario¹⁴.

Este principio también fue formulado primeramente en la Declaración de San Petersburgo de 1868, dado que en ella se expresó que el objetivo consistente en debilitar a las fuerzas del enemigo resulta sobrepasado por el empleo de armas que agravarían inútilmente los sufrimientos de los hombres fuera de combate o haría su muerte inevitable. La finalidad del principio de proporcionalidad es, por tanto, establecer el equilibrio entre dos intereses divergentes, uno relativo a las consideraciones de necesidad militar y la humanidad, cuando los derechos o prohibiciones no son absolutos.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, a propósito del Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos de 2002, ha sostenido que la legitimación de un blanco militar no proporciona una licencia ilimitada para atacarlo. La regla de proporcionalidad prohíbe un ataque que puede esperarse que produzca incidentalmente la muerte de civiles, lesiones a civiles, daños a bienes civiles o una combinación de ellas que sería excesiva en relación a la ventaja militar concreta y directa prevista. En igual sentido destaca la opinión del ex magistrado Antonio Cançado Trindade de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que, aludiendo a este principio, indicó en su sustancial estudio sobre Customary International Humanitarian Law, divulgado por el Comité de la Cruz Roja en 2005, que el principio de proporcionalidad marca presencia como prohibición de

14 Cfr. GONZÁLEZ RAMÍREZ, Danilo, Normas básicas y principios fundamentales de protección a las personas en el Derecho Internacional Humanitario, en Curso Introductorio sobre Derecho Internacional Humanitario, Editorial Departamento de Asuntos Internacionales de la OEA, Washington, 2007, p. 108.

atacar causando muertos y heridos en la población civil de modo excesivo con ventajas militares previstas¹⁵.

PRINCIPIO DE PROTECCIÓN AL MEDIO AMBIENTE

Finalmente, cabe referirse al principio de protección al medio ambiente. Este principio postula que en todo conflicto armado debe garantizarse el respeto y protección al medio ambiente, prohibiendo expresamente utilizarlo como un medio de combate. Ha sido formulado entre otros autores por Friz Kalshoven y Lizbeth Zegveld¹⁶ y recogido por Elizabeth Salmón en su libro *Introducción al Derecho Internacional Humanitario* del año 2004¹⁷ y ha cobrado especial interés a partir de la guerra de Vietnam, dado que las características de su entorno permitieron la deforestación a gran escala como método de combate.

Manifestación de este principio es la Convención sobre la prohibición de utilizar técnicas de modificación ambiental con fines militares u otros fines hostiles del 10 de diciembre de 1976, pues prescribe en su artículo 1° y 2° que cada Estado Parte se compromete a no utilizar técnicas de modificación ambiental con fines militares u otros fines hostiles que tengan efectos vastos, duraderos o graves como medios para producir destrucciones, daños o perjuicios a otro Estado Parte y a no ayudar, ni alentar ni incitar a ningún Estado o grupo de Estado u organización internacional a realizar tales actividades. En igual sentido destaca el artículo 35.3 del Protocolo Adicional I que prescribe que queda prohibido el empleo de métodos o medios de hacer la guerra que hayan sido concebidos para causar, o de los que quepa prever que causen daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural.

15 Véase Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el Caso del Penal Miguel Castro Vs. Perú, www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_160_esp.pdf.

16 KALSHOVEN, Friz y ZEGVELD, Lizbeth, *Restricciones en la conducción de la guerra: Introducción al Derecho Internacional Humanitario*, CIRC, Génova, 2001)3, p. 127.

17 SALMON Elizabeth, *Introducción al Derecho Internacional Humanitario*, Editorial Fondo Editorial-Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2004, pp. 57-58.

CONCLUSIÓN

De lo expuesto precedentemente puede colegirse que la conducción de las hostilidades por las partes en todo conflicto armado debe realizarse dentro de los límites establecidos por el Derecho Internacional, incluyendo las restricciones y protecciones inherentes al principio de necesidad militar, humanidad, proporcionalidad, lo que indefectiblemente conlleva la distinción entre combatientes y no combatientes y la protección del medio ambiente en la conducción del conflicto, esto es, la aplicación del principio de distinción y del principio de protección al medio ambiente.

Y es que los principios fundamentales o cardinales de Derecho Internacional Humanitario confluyen simultáneamente y se incardinan debidamente en un verdadero entramado lógicojurídico que garantiza la eficiencia y eficacia del Derecho Internacional Humanitario y de la Protección Internacional a la Persona Humana. Así por ejemplo, existe una relación indisoluble entre el principio de humanidad y el principio de necesidad militar, pues el primero complementa y limita al segundo, dado que prohíbe infligir sufrimiento, lesión o destrucción que no sean actualmente necesarios o proporcionados, para la realización de propósitos militares legítimos. Se agrega, por tanto, en este entramado el principio de proporcionalidad.

De allí que su conocimiento, difusión y reflexión sean de trascendental importancia en las instituciones que directa o tangencialmente deben velar por la observancia y correcta aplicación de estos principios, otorgándole un marco de legalidad y humanidad a su participación en un conflicto armado.

- Revisar 3/2009. Corte Interamericana de Derechos Humanos.



ÉTICA Y ESTRATEGIA EN UN MARCO TEÓRICO REFERENCIAL DE LA ÉTICA DE NEGOCIOS

Roberto Patrus Mundim Pena

Doctor en Filosofía por la Universidad Complutense de Madrid; Profesor del Programa de Posgrado en Administración de la Pontificia Universidad Católica de Minas Gerais.

INTRODUCCIÓN

El objetivo de este artículo es reflexionar sobre la relación entre ética de negocios y estrategia organizacional a la luz de un marco ético referencial de Ética de Negocios (EN). Con el advenimiento de la reflexión ética en el campo de la empresa, se justifica preguntar si la ética empresarial está orientando el plano de la empresa para el futuro o si el plano de la empresa para el futuro está siendo obligado a considerar una demanda ética en la sociedad contemporánea. En el primer caso, se configura una revolución del modo tradicional de hacer negocios, que concibe ética y negocios como algo imposible (Nash, 1993; Freeman, 1994): la ética pasa a determinar la estrategia de la empresa, desapareciendo la separación entre ética y negocios. En el segundo caso, la ética es un elemento contingente, no necesario, inserido en la reflexión administrativa por factores externos de competencia y demanda del ambiente con el cual la empresa se relaciona. En la segunda hipótesis, es probable que las empresas no cambien sus procesos internos y no orienten su administración por una directriz ética, sino solamente parezcan atender a principios éticos. Así, la tendencia es la empresa invertir más para fuera que para dentro, pues su interés no es la ética *a priori*, sino valerse de ella instrumentalmente para alcanzar mejores resultados económicos. La EN, como disciplina académica que estudia los negocios desde un punto de vista ético (De George, 1991), no debe servir de base conceptual para la segunda suposición.

Para comprender el lugar de la estrategia en el marco teórico de la EN, partimos de la presentación de dos tipos de reduccionismo de que la EN es víctima, conforme Pena (2002). Enseguida, proponemos, a la luz del modelo de Lozano (1999), el marco teórico referencial

triple de la EN. Desde este enfoque, procuramos demostrar que, si por un lado, la administración estratégica de la empresa ha sido obligada a considerar la ética como una exigencia de la sociedad civil organizada, por otro la gestión estratégica, sensible a la demanda de la sociedad por respeto al consumidor, al medio ambiente y a la calidad de productos y servicios, no agota lo que llamamos de *Business Ethics*.

En el camino de construcción de la EN, se observa, por un lado, una tendencia en valorizar la dimensión del negocio, haciendo de la ética una simple variable del proceso administrativo, y, por otro, una tendencia en valorizar la dimensión ética, haciendo de la ética un discurso distante de la práctica ejercida en el interior de las organizaciones. Trevino y Weaver (1994) preguntan: ¿se trata de una disciplina o dos? Freeman (1994) apunta la tesis de la separación entre ética y *business* (*the separation thesis*), así formulada: el discurso del *business* y el discurso de la ética pueden ser separados de modo que sentencias como: 'x es una decisión de negocio' no tengan contenido moral, y 'x es una decisión moral' no tengan contenidos de negocio. Según De George (1987), mientras los profesores de negocios concentran sus clases e investigaciones en el estudio de caso y en las aplicaciones concretas, los filósofos y teólogos parecen más interesados en los razonamientos morales y en los problemas teóricos de su campo. Así como la tesis de la separación debe ser rechazada por la EN, también la dualidad entre los dos campos tiene que ser superada.

Observamos, por tanto, dos tipos de reduccionismos en la historia da EN. En vez de construir sus fundamentos desde la síntesis articulada de los dos campos de conocimiento de que es compuesta, la EN ha buscado deducirlos de sólo uno de ellos, lo que despersonaliza su objeto y la naturaleza de su campo teórico y de aplicación.

UN TIPO DE REDUCCIONISMO: LA ÉTICA DE NEGOCIOS COMO DEDUCCIÓN DE UNA TEORÍA ÉTICA

El primer tipo de reduccionismo reduce la EN a una teoría ética, deduciendo de los fundamentos de esta los fundamentos de aquella. En este sentido, la empresa se convierte tan sólo en un campo de aplicación de la teoría ética elegida. Este modelo comprende la EN como una ética aplicada en el sentido deductivo, es decir, una aplicación de la teoría ética en el campo de las organizaciones. Como tal, exige

un cuerpo sistematizado y un conjunto de definiciones empíricas, principios y leyes que oriente la observación y la experimentación de modo metodológicamente organizado. Las teorías éticas, sin embargo, no garantizan esta exigencia. Reconocemos en nuestra sociedad un movimiento de crisis ética y de crisis de la ética. Estamos nudos de humanismo (Llano Cifuentes, 2001), nuestro mundo vive un estado de agonía (Morin, 2002), en el cual el individualismo es la marca de las relaciones sociales (Lipovetsky, 1983), donde el hombre se caracteriza, según el perfil *light* presentado por Rojas (1996), por una escasa educación humanista y por un interés superficial, efémero y banal por todo y, al mismo tiempo, por nada. En definitiva, estamos en un mundo donde la demanda por la ética revela su ausencia (Llano Cifuentes y Zagal Arreguín, 2001).

El retorno a las teorías éticas clásicas ni tampoco llena el vacío moderno, pues la realidad de hoy es completamente diferente del contexto en que han sido engendradas, principalmente considerando la globalización, la velocidad de las nuevas tecnologías y de las transformaciones sociales, en especial en el contexto de la globalización.

Los tres grandes sistemas éticos de mayor impacto histórico en el Occidente son, según Guisán (1992), el kantismo, el utilitarismo y el aristotelismo. En general, las teorías éticas suelen ser divididas en las deontológicas y las teleológicas, que abarcan los dos primeros sistemas señalados por Guisán (1992). Las teorías deontológicas se dividen en normo-deontológicas y ato-deontológicas, conforme Frankena (1975). Las teorías normo-deontológicas sustentan que la conducta debe estar orientada por el deber, independientemente de las consecuencias. El deber tiene una amplitud universal y se impone como regla, como norma de conducta. El imperativo categórico de Kant suele ser considerado como un modelo ejemplar de las teorías normo-deontológicas, como hace Bowie (1999). La ética de Kant no hace concesiones de ningún tipo a la realidad. En las palabras de Camps (1992, p. 12), “una ética que jamás caerá en la tentación de traicionarse a sí misma para hacerse más llevadera o más soportable”. Las teorías ato-deontológicas, por el contrario, afirman que las reglas no pueden ser universales, debiendo ser aplicadas a cada situación, sin considerar cuál de ellas va a promover más cantidad de bien en relación con el mal, para la persona o para el mundo.

Las teorías teleológicas, a su vez, desplazan el criterio ético del deber para los resultados de la acción. La decisión final debe tener en cuenta, directa o indirectamente, el resultado producido por la conducta. Así, un acto será bueno si producir una cantidad de bien superior a la cantidad de mal o una cantidad de bien superior a la que sería producida por cualquier otra alternativa de conducta (Frankena, 1975). El utilitarismo es señalado como la doctrina ética que, a pesar de algunas dificultades, puede ser empleada en los contextos de negocios, como hacen Snoeyenbos y Humber (1999). Sus principios afirman que la felicidad es el valor más importante a nivel individual y que la utilidad general, el bien común, el bienestar colectivo es la meta deseable en el quehacer de los gobiernos (Guisán, 1992).

Además de la distinción entre las teorías éticas deontológicas y las teleológicas, se puede apuntar otro abordaje ética: la ética de la virtud, básicamente fundamentada en el pensamiento de Aristóteles. Según el autor de *Ética a Nicómaco*, la virtud es un medio-término entre dos vicios, uno de los cuales envuelve el exceso y el otro la falta. La naturaleza de la virtud es el medio término entre los extremos. Las virtudes son también disposiciones de carácter y son voluntarias. Entre las varias virtudes, Aristóteles (2001) cita el coraje, medio-término con relación a los sentimientos de miedo y temeridad, la temperancia, medio-término entre los placeres y el sufrimiento, y también la amistad y la justicia, entre otras. Morris (1998) identifica cuatro dimensiones de la experiencia humana, basadas en el pensamiento del filósofo griego. Cada una de ellas tiene una meta, que forman los fundamentos de la excelencia humana.

Cuadro 1: La Clave para la Satisfacción Personal en el Trabajo, según Morris (1998)

Las cuatro dimensiones de la experiencia humana	Los cuatro fundamentos de la excelencia humana
Intelectual	Verdad
Estética	Belleza
Moral	Bien
Espiritual	Unidad

Esa perspectiva tiene el mérito de poner en foco la importancia de la ética personal, pero se trata de la llamada *falacia de la composición*, expresión de Schelling (1984, p. 32), que afirma que el hecho de que

“los integrantes de su organización tengan un comportamiento ético no quiere decir que su empresa actúe de ese modo”. Sin embargo se trata de un abordaje necesario para comprender la cuestión del carácter, punto clave para la pretensión de una ética en las organizaciones.

La evaluación de una conducta, como cierta o errada, va a depender de la teoría utilizada como patrón de referencia. La reflexión hacia la rectitud de una misma conducta, orientada por las teorías deontológicas, o por las teorías teleológicas, o por las éticas de la virtud, podría llevar a conclusiones diferentes, dependiendo del modelo teórico elegido. Esta falta de uniformidad o consenso entre las teorías éticas limita la posibilidad de concebir la EN como una aplicación pura y sencilla de la teoría ética en el campo de las organizaciones, en términos absolutos.

Además, la dificultad de reconocerse una ética con tal alcance, la especificidad del campo de los negocios impide una deducción pura, tal como en la feliz metáfora de Lozano (1999, p. 23), “un aterrizaje desde un ‘arriba’ teórico hasta un ‘abajo’ práctico”. Como no alcanza el fin de dirigir la conducta gerencial, el modelo puede, en el máximo, señalar los desvíos de la norma planteada. Así, “el auténtico valor de un concepto claro y normativo de conducta consiste en que nos dota de una guía para explicar por qué la gente se desvía de este concepto de racionalidad” (Guy, 1990, p. 33).

El reduccionismo, en esta perspectiva, concibe la ética como una “aportación exterior y extraña a la realidad sobre la cual se aplica, que propiamente, tendría entidad por sí misma y en la cual la aplicación de la ética sería un momento posterior” (Lozano, 1999, p. 65). Lozano (1999) cita la imagen de la “caja de herramientas” como metáfora de esta concepción reduccionista de EN, pues las teorías éticas serían como un utillaje a disposición de quien lo quiera emplear sobre la realidad. De este modo, ética y realidad organizacional serían dos contenidos distintos, estudiados separadamente, para ofrecer a los estudiantes o directivos algunas teorías éticas para uso instrumental o para una reflexión teórica sobre la toma de decisiones. El problema, según Lozano (1999), es que esta reflexión es monológica, pues es hecha sin diálogo con las partes afectadas por la decisión. El autor también cuestiona el marco de referencia teórico, cuando apunta la ausencia de las referencias aristotélicas y critica la reducción de la tradición deontológica a Kant, sin añadir las aportaciones de

Apel y Habermas. En nuestra opinión, aunque el planteamiento teórico fuera perfeccionado, la perspectiva reduccionista que hace de la EN una ética aplicada a los negocios en términos deductivos no resuelve el dualismo teoría y práctica engendrado por ella, visto que la naturaleza dinámica de los negocios constituye otra variable dificultadora, como hemos señalado, además la diferencia entre la actuación del individuo y la actuación del grupo como expresión de los individuos que lo componen.

OTRO TIPO DE REDUCCIONISMO: LA ÉTICA COMO SIMPLE VARIABLE DEL MANAGEMENT

El otro tipo de reduccionismo de que la EN es víctima busca deducir sus fundamentos de las ciencias sociales, económicas y de gestión. Como la teoría del *management* suele, desde sus principios, desplazar la técnica de los razonamientos éticos en la gestión (Donaldson, 1989), la ética, en este enfoque, pierde su estatuto académico y teórico para convertirse en una simple variable de la práctica de los negocios. La práctica de los negocios se constituye objeto de las ciencias económicas. Desde este punto de vista, la ética empresarial va a buscar sus fundamentos en la economía, en general, y en las ciencias sociales, en particular. No por acaso, algunos autores que deducen los fundamentos de la EN de la economía o de las ciencias de la gestión, apuntan sus orígenes en obras de economistas como Adam Smith, como hace Moreira (2002). La obra *La Riqueza de las Naciones*, del siglo XVII, logró por la primera vez, según Moreira (2002), exponer la compatibilidad entre ética y beneficio, al afirmar que el beneficio no es un añadido indebido, sino un vector de distribución de rienda y de promoción del bienestar social. En nuestro punto de vista, debemos rechazar este reduccionismo, pues, además de considerar la ética una simple variable del proceso económico, perceptible concretamente en la práctica del *management* y del *business*, él no permite pensar la EN como una disciplina con identidad propia.

Se puede percibir este reduccionismo en la reflexión sobre la relación entre ética y estrategia. En general, se hace una presentación de la estrategia empresarial y la ética es añadida al discurso como argumento decorativo. En términos generales, la estrategia, o la administración estratégica⁽¹⁾, se refiere al planeamiento de la administración para alcanzar resultados consistentes con la

misión y los objetivos de la organización (Wright et al., 2000). La administración estratégica debe realizar seis pasos, en la concepción de este autor:

- analizar oportunidades y amenazas que existen en el ambiente externo;
- analizar los puntos fuertes y los puntos flojos de su ambiente interno;
- establecer la misión organizacional y los objetivos generales;
- formular estrategias que permitan, a la organización, la combinación de sus puntos fuertes y flojos con las oportunidades y amenazas del ambiente;
- implementar estrategias;
- realizar actividades de control estratégico para asegurar la realización de los objetivos generales de la organización.

En la concepción de Wright et al. (2000), el modelo de administración estratégica empieza con el análisis de oportunidades y amenazas ambientales. Ansoff y Mcdonald (1993) enfatizan la relación entre organización y ambiente cuando denominan la actividad estratégica de la empresa al proyecto e implementación del ajuste de la empresa a su ambiente externo. Esas perspectivas son corroboradas por Meirelles e Gonçalves (2001), para quién la estrategia es la disciplina de la administración que se ocupa de la adecuación de la organización a su ambiente. Mintzberg et al. (2003), por su vez, reconocen que tal padrón de definición es el más usado y significa que la estrategia es un *plano*, es decir, una dirección de acción para el futuro, un camino para ir de aquí hasta allí. Sin embargo, hay otras concepciones de estrategia. La estrategia puede ser definida también como un *patrón*, es decir, la consistencia en el comportamiento a lo largo de los años. En cuanto la primera concepción, de estrategia como plano, busca el futuro (estrategia pretendida), la segunda definición, de estrategia como patrón, se basa en el comportamiento pasado (estrategia realizada).

Autores como Porter (apud Mintzberg et al., 2003), por otro lado, definen estrategia como una *posición*: la estrategia es una creación de posición única y valiosa, que envuelve un conjunto diferente de actividades. En esta perspectiva, una empresa puede intentar cambiar la posición de su producto alterando, por ejemplo, sus precios, para alcanzar una nueva clase de consumidores. El concepto, de acuerdo con Mintzberg et al. (2003), puede tener una cuarta definición: la

estrategia es una *perspectiva*, es decir, el modo fundamental por el cual la organización hace las cosas, como el modo McDonald's de hacer *hamburguers* o el modo Dominó de fabricar sus pizzas.

Además de las cuatro palabras iniciadas por **p**, Mintzberg et al. (2003) señalan la quinta definición: la estrategia es una *estratagema*, es decir, una maniobra específica para engañar un oponente o un competente. Así como en un juego de cartas, la estrategia puede ser un recurso que intente crear expectativas en los competentes sobre las intenciones y capacidades del jugador.

El concepto de estrategia tiene variaciones y puede ser interpretado de diferentes perspectivas. Consideramos que las cinco definiciones indicadas por Mintzberg et al. (2003) pueden ser clasificadas en dos grupos. El elemento común en las definiciones de estrategia como plano, posición y estratagema es la relación de la organización con el ambiente. Una dirección de acción para el futuro (estrategia como plano) considera, por supuesto, el escenario y las tendencias presentes en el ambiente. El intento de crear una posición única y valiosa (estrategia como posición), necesariamente el ambiente y la competencia. Por fin, la maniobra para engañar un competente (estrategia como estratagema) es una forma de adaptación al ambiente competitivo del mercado. Las definiciones de estrategia como patrón o perspectiva no necesariamente tienen relación con el ambiente, pues indican, respectivamente, la consistencia de un comportamiento a lo largo de los años o un modo particular de hacer las cosas. El punto común entre estos dos conceptos parece ser la consistencia de actuación, que tiene relación con el pasado.

En este artículo, usamos la concepción de estrategia del primer grupo de concepto, enfatizando la interrelación entre ambiente y organización como rasgo esencial. En el contexto en el cual presentamos la EN, eso significa que la estrategia (como plano, posición o estratagema) tiene como origen el sistema, aunque sus demandas tengan reflejo en la organización y motiven su adaptación y mudanza. La búsqueda de una estrategia empieza con una visión del ambiente desde fuera para dentro, que va determinar la forma de actuación de la empresa sea para proyectarse en el futuro, sea para ocupar una nueva posición en el mercado, sea para engañar la competencia.

Teniendo como origen el sistema, la ética se torna una exigencia (externa) por causa de las demandas sociales en torno a la ética. La

ética, como demanda de la sociedad organizada en entidades civiles, pide una empresa que responda con rectitud en sus relaciones con el ambiente. En esa perspectiva, la ética es un elemento fundamental en la estrategia de la empresa, que busca adaptar su sistema formal a esa necesidad de la sociedad. En el rol de actuaciones éticas posibles, la empresa, en general, va a preferir aquellas que van a proyectarlas en el contexto social y en el sector de que participa, buscando la oportunidad de vender su imagen institucional y, al mismo tiempo, atender a la demanda que el ambiente tiene de su papel social. Desde la perspectiva de Porter (1996), la ética de la empresa puede ser un diferencial competitivo que ponga la empresa en una posición que atraiga la fidelidad de los consumidores más exigentes del punto de vista ético. En este sentido, los proyectos sociales, generalmente unidos bajo el nombre de responsabilidad social corporativa, van a constituir importante elemento del planeamiento estratégico de la empresa.

Desde lo expuesto se queda clara la relación entre ética y estrategia. Sin embargo, tal relación no significa que estemos hablando de EN. En los términos del modelo de administración estratégica, estamos a hablar de administración. La ética aparece como una exigencia social materializada en la demanda por la participación de la empresa en el contexto social, lo que llamamos de ciudadanía corporativa, a través de la defensa del medio ambiente, publicación de balance social, posición contra el trabajo infantil, transparencia contable, respecto a la ley, relación con el Tercer Sector y otras demandas de la sociedad civil organizada.

Esta argumentación explica el grande aumento de la producción sobre ética en las empresas, aunque la formulación de la EN no tenga ganado la fuerza de un paradigma. Explica también porque en los modelos de estrategia empresarial la ética figura como elemento importante, pero sin la fundación de un marco teórico conceptual que le sirva de referencia. Explica también porque la responsabilidad social y los proyectos sociales de la empresa no agotan la EN aunque tengan una clara dimensión ética. Finalmente, nuestra argumentación sobre la relación entre ética y estrategia esclarece porque los programas éticos, de revisión de la misión y visión de la empresa, no pueden ser, aisladamente el marco de referencia de la EN.

En definitiva, la estrategia es un instrumento de la gestión. La ética no es una necesidad en el modelo de la administración estratégica, sino una contingencia oriunda de un momento social en

que los consumidores e instituciones en general piden el ejercicio de actuaciones responsables de la empresa. La atención a esa demanda, como las empresas han hecho, es una cuestión de estrategia empresarial asociada a la administración de la reputación, a la imagen corporativa y al marketing. Así, la ética se reduce a la gestión estratégica de la empresa, sin la necesaria articulación sistémica en el proceso de aprendizaje organizacional.

Para firmarse como disciplina y aclarar su estatuto intelectual y académico, la EN necesita vencer los peligros de este dualismo. Por un lado, cuando la EN quiere permanecer cercana a la realidad de la vida de las empresas y organizaciones, corre el riesgo de, al final, subordinarse a los valores vigentes en el mercado, convirtiéndose en la visión reflexiva y legitimadora de una moral convencional socialmente dominante (Lozano, 1999). Por otro lado, cuando la EN intenta construir un discurso normativo para ser aplicado sobre la esfera de las organizaciones, corre el riesgo de transformarse en un conjunto de sermones, moralista, inviable en la práctica organizacional y de efecto más retórico que práctico (Nash, 1983). De hecho, en la EN, hasta el momento, “no se ha alcanzado una integración articulada entre lo que proviene de la *ethics* y lo que proviene del *business*, ni si ha aclarado cual puede ser esta integración” (Lozano, 1999, p. 58).

Los reduccionismos de que hablamos son, pues, de dos tipos. El primero reduce la EN a una teoría ética. En este sentido, tiene una aplicación práctica poco útil, visto que sirve solamente para reflexionar sobre decisiones ya realizadas a la luz de modelos éticos que no se comunican entre sí. El segundo tipo de reduccionismo busca deducir sus fundamentos de las ciencias sociales, económicas y de gestión. En este enfoque, la EN se convierte en una simple variable de la práctica de los negocios, cuyos trabajos se caracterizan por hacer reflexiones éticas aisladas sobre dimensiones de los negocios, como sigilo, comunicación, corrupción protección del medio ambiente y otras.

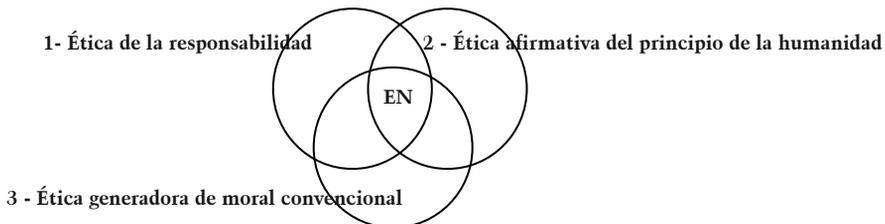
En definitiva, la constitución de la EN como disciplina de estatuto académico impone una primera condición: la integración articulada entre los dos términos que componen su objeto – el *business* y la *ethics*. Hay que superar los reduccionismos apuntados y el dualismo teoría-práctica, para vencer el gran reto de hacer de la EN una ética aplicada organizada, sistemática y coherentemente. Cuando se piensa la ética como una simple variable de la gestión

estratégica, se reafirma el segundo tipo de reduccionismo de que la EN es víctima.

EL MARCO ÉTICO REFERENCIAL DE LA ÉTICA DE NEGOCIOS

La EN, como ética aplicada, necesita estar imbricada en los problemas de la organización y de la práctica empresarial sin perder la perspectiva ética orientadora del desarrollo del tratamiento de estos problemas. Según Lozano (1999), tales cuestiones no serán resueltas si no se toma como marco de referencia una visión de la organización capaz de incorporar la perspectiva ética. Este marco ético referencial de la EN tiene que tener tres dimensiones que no pueden ser concebidas aisladamente. La EN tiene que ser, al mismo tiempo, una ética de la responsabilidad, atenta a las consecuencias de las acciones, una ética afirmativa del principio de la humanidad, atenta a la dignidad del ser humano reconocido como interlocutor válido, y una ética generadora de moral convencional, atenta al desarrollo de los sujetos en la consecución de determinados bienes mediante prácticas compartidas (Lozano, 1999).

Cuadro 2: El Marco Ético Referencial de la EN, según Lozano (1999)



Estas tres dimensiones deben ser integradas en la EN y pierden su dinamismo cuando son tratadas por separado. Cuando eso sucede, la *responsabilidad* se reduce a un consecuencialismo que ignora tanto los criterios y finalidades que lo hacen inteligible y los principios que lo enmarcan como la atención a los sujetos que actúan; la *humanidad* se reduce a la afirmación de principios abstractos, insensibles al contexto, indiferentes a las consecuencias e ignorantes de los sujetos concretos; los valores convencionales se reducen a una identidad cultural cerrada en sí misma, impermeable a la crítica, sin considerar sus responsabilidades. Según Lozano (1999, p. 204), de quien, por el momento, traemos esas ideas:

la EN deberá mostrar en qué sentido son viables y significativas, en términos organizativos, la toma en consideración de las consecuencias de las acciones para los afectados, la toma en consideración del principio de la humanidad que incluye el reconocimiento de los otros como interlocutores válidos y la toma en consideración de la necesidad de configurar una cierta moral convencional que genere identidad con relación a las prácticas y a los bienes que hay en juego en cada proyecto organizativo.

Si el marco referencial es pensado aislando una de estas dimensiones, se producen los reduccionismos que intentamos rechazar. Cualquier esfuerzo de separar los tres vértices del triángulo no pasa de una alternativa provisoria de análisis para el conocimiento del todo.

LA ÉTICA DE NEGOCIOS COMO ÉTICA DE RESPONSABILIDAD

La ética de la responsabilidad de la EN se basa en la relación con los *stakeholders*. La definición clásica de *stakeholder* apunta que “un *stakeholder* en una organización es (por definición) cualquier grupo o individuo que puede afectar a la consecución de los objetivos de la organización, o que puede ser afectado por dicha consecución” (Freeman, 1984, p. 54).

Se puede percibir en esta concepción un doble sentido entre la organización y los *stakeholders*, considerados como agentes pasivos y activos al mismo tiempo. Pero ni siempre ha sido así. Según Fernandes (1994, p. 141), “la relación fónica con el término *shareholder*⁽²⁾ (accionista) revela que los apostantes e interesados en que la empresa vaya bien no son sólo los accionistas, sino también los clientes, los trabajadores, los proveedores, los competidores (aun que pueda sonar extraño), las comunidades locales en las que la empresa se incardina, en definitiva, la sociedad en su conjunto”.

Esta comprensión activa de los *stakeholders* los concibe, pues, como “todos los que se juegan (o apuestan) algo en la organización y en su viabilidad” (Lozano, 1999, p. 123) y remite al principio de interdependencia, de Sacconi (1991), según el cual el éxito de la empresa depende de las acciones de los individuos o de los grupos de individuos cuyos intereses están en juego en la gestión de la empresa.

La concepción más pasiva de los *stakeholders* está presente en la definición de Frederick et al. (1988), que los definen como todos los

grupos afectados por las decisiones y las políticas de las empresas. El 'estar afectado' apunta la dimensión consecuencialista, más pasiva, al paso que el 'jugarse algo' tiene una concepción más activa, y lo comprende en el mismo ámbito de los accionistas. En la definición de Freeman (1984), que señalamos arriba y asumimos como nuestra desde aquí, estas dos dimensiones están contempladas. Los *stakeholders*, en última análisis, afectan la organización y son afectados por ella. Por eso, no hay que solamente llevarlos en consideración en el momento de la toma de las decisiones, pero oírlos. Si tomamos en cuenta el sentido de la palabra responsabilidad, como consecuencia, por un lado, y como responsividad (término propuesto por Wood [1991]), por otro, vamos a ver que se puede oír a los *stakeholders* antes que sus palabras sean de reclamación. Lozano (1999) alerta que hay una tendencia en ver las interrelaciones organizativas sólo en términos de intereses sin reconocer, en estas interrelaciones, a los otros como interlocutores. Suele hablar de los *stakeholders*, pero sin llamarlos para oírlos, sin una dinámica organizativa que pueda darles voz.

Asumimos la distinción propuesta por Mitroff (1983) y también por Cavanagh y McGovern (1988) entre *stakeholders* internos (directivos, trabajadores y accionistas) y *stakeholders* externos (gobernantes, clientes, comunidad local, entorno ambiental y comunidad internacional). También nos parece útil la distinción hecha por Frederick et al. (1988) entre *stakeholders* primarios (los que tienen relación directa necesaria para que la empresa realice su misión) y *stakeholders* secundarios (afectados por los impactos causados por la función primaria de la empresa).

El mapa de los *stakeholders* es un paso necesario pero no suficiente para configurar la dimensión de la responsabilidad en el marco ético referencial de la EN. Él debe explicitar todas las interrelaciones en que la empresa está inmersa y distinguir entre las que son debidas a lo que es propiamente su actividad ordinaria y las que son debidas a las implicaciones y a las consecuencias de esta misma actividad (Lozano, 1999).

La EN como ética de la responsabilidad tiene íntima relación con la administración estratégica, que empieza por el levantamiento de las oportunidades y amenazas que existen en el ambiente externo, es decir, en su relación con los *stakeholders* externos. La perspectiva de la responsabilidad social de la empresa se articula con

el análisis de los *stakeholders* porque es con relación a ellos que se ejercen las responsabilidades. Considerando, por tanto, el análisis de los *stakeholders* como el procedimiento práctico para demarcar la dimensión consecuencialista de la EN (que supone la responsabilidad), basada en una ética de responsabilidad, hay que poner de manifiesto algunas observaciones preliminares fundamentales. En primer lugar, la confección del mapa de los *stakeholders* no pasa de un mero momento descriptivo (Lozano, 1999) y, del punto de vista ético, insuficiente (Goodpaster, 1991). El análisis de los *stakeholders* no parece tener entidad, substrato teórico. Lo consideramos no como una teoría, aun que así sea llamada por algunos, pero como una concepción de gestión. En segundo lugar, como la actuación de la empresa suele ser guiada por el juego de poder y de intereses de las partes con que la organización se relaciona, es natural que la empresa dedique más atención a los *stakeholders* que tienen más vez y más voz. Cuando la sociedad civil es más organizada, con asociaciones, prensa libre, acceso a la información y posibilidad de hacerse oída, es natural, por cuestión de estrategia, para no decir de supervivencia, que la empresa tenga a los *stakeholders* más poderosos como interlocutores. Cuando la sociedad clama por ética, es estratégico incorporar esta dimensión a la práctica de la empresa. Sin embargo, mismo que no haya el clamor por la ética por parte de algún *stakeholder* (vale decir, mismo que él no tenga poder), la organización de carácter va a tener atención con este público, por la disposición de actuar correctamente. En tercer lugar, desde el punto de vista estratégico, la comprensión de la empresa desde sus *stakeholders* comporta adoptar una visión de gestión que pretende ser global, empezando por hacer el mapa de los *stakeholders* y ver el enfoque que se da a cada interrelación.

En definitiva, ¿quiénes son los *stakeholders* de la empresa? ¿Cuál es la relación de la empresa con ellos y cuál la relación que la empresa desea que sea? ¿Cuáles son los intereses de cada uno de los *stakeholders* y cuál la capacidad de influencia, los recursos estratégicos para buscar su realización? Hecho eso, es fundamental añadir la concepción ética en la formulación de la estrategia con cada uno de los *stakeholders*. Lozano (1999) alerta para la diferencia entre intereses y derechos (morales). Que es fundamental oír a los *stakeholders* y tener en cuenta sus intereses no pasa de un procedimiento básico para una estrategia empresarial bien hecha. Reconocemos en eso una orientación teleológica. El tratamiento de

los intereses de los *stakeholders* en el juego de poder, orientado por valores y criterios definidos por una deontología, o por una jerarquía de valores, por otro lado, es lo que va a dar el carácter ético de la actuación de la empresa. Como se percibe, no se puede analizar el marco teórico de la EN aislando una de sus tres dimensiones. Ellas son inextricables.

La dimensión consecuencialista del marco ético referencial de la EN, representada por la ética de la responsabilidad, tiene, por tanto, una concepción dinámica, una vez que la comprendemos en un juego de interrelaciones con públicos diversos, con intereses propios y recursos estratégicos para ejercicio de influencia variable de acuerdo con el escenario. La preocupación con los efectos de la actuación de la empresa sobre los *stakeholders* primarios y secundarios representa una reflexión teleológica que puede simplemente tener preocupaciones estratégicas, sin tener en cuenta la ética. El marco ético va a ser dado por la definición de valores y criterios éticos, cuya formulación la describimos en el segundo ámbito del marco ético referencial de la EN: la ética de humanidad.

En resumen, la teoría de los *stakeholders* no es éticamente autosuficiente. El análisis detallado de los *stakeholders* nos parece una condición necesaria para una ética de las organizaciones y para una administración estratégica, tanto en lo que se refiere a la exigencia ética de atender a las consecuencias de las propias actuaciones, como en lo que se refiere a la construcción de la responsabilidad, aunque no sea una condición suficiente. Hay que ir allá del análisis de los *stakeholders* y hacer lo que Goodpaster (1991) llamó de *stakeholder síntesis*, es decir, no basta constatar qué intereses están en juego, pero es necesario considerar la calidad y la jerarquía de esos intereses en la relación con la finalidad de la organización y sus objetivos. Una gestión ética necesita que se haya planteado los criterios y valores desde los cuales las decisiones y conflictos van a ser resueltos. Sin esta definición de valores y criterios de juzgamiento, la administración estratégica pierde el componente fundamental que la calificaría de ética.

LA ÉTICA DE NEGOCIOS COMO ÉTICA AFIRMATIVA DEL PRINCIPIO DE LA HUMANIDAD

La segunda dimensión del marco ético referencial de la EN, según el modelo de Lozano (1999), es la afirmación del principio de

la humanidad. El autor lo explora mediante la consideración de los procesos de autorregulación con los que las organizaciones elaboran y construyen reflexivamente sus valores, sus finalidades y sus criterios de actuación. Como hemos visto en la descripción de la ética de responsabilidad, la primera dimensión del marco ético referencial, este momento reflexivo es fundamental para que la relación con los *stakeholders* tenga una dimensión ética. En caso contrario, el análisis de los *stakeholders* se agota en sí mismo y no permite explicar los criterios y valores que orientan estas interrelaciones ni atender a la calidad del sujeto que personal y empresarialmente se desarrolla en estas interrelaciones (Lozano, 1999). Del mismo modo, si el análisis de la ética de humanidad no articula con la ética de la responsabilidad y con la cultura organizativa, él se transforma en un discurso insuficiente para la afirmación del carácter de la organización.

Cuando hablamos de una ética de humanidad, vale poner de manifiesto que la idea de humanidad se refiere a la relación con las personas y no al conjunto de todos los seres humanos, como puede también ser comprendida. Debe ser entendida en la esfera de la oposición con la animalidad. Trata de lo que distingue los seres humanos de los otros seres. En este sentido, hablar en ética de humanidad significa poner de relieve lo que hace de los seres humanos seres libres, racionales, afectivos, constructores de mundos y de símbolos.

Los procesos de autorregulación de las empresas y los medios por los cuales, en general, las empresas se valen para comunicar sus valores, pueden enfatizar los aspectos negativos, regulando los límites que se proponen como no transgredibles en una organización, o los aspectos positivos, expresando el horizonte que ha de orientar el desarrollo organizativo. Lozano (1999) constata que, en la práctica, prevalecen los aspectos negativos sobre los positivos, lo que demuestra que los códigos éticos se inspiran en una ética de tipo preconventional, preocupada en evitar las conductas consideradas perjudiciales para el funcionamiento de la empresa. El autor, propone, pues, una ética *afirmativa* del principio de humanidad, que pueda conciliar la necesidad de regular los comportamientos preconventionales, pero también afirmar las exigencias y las identidades convencionales y desarrollar una capacidad postconvencional en la vida de las organizaciones.

Unos de los riesgos referentes a la dimensión de la ética de humanidad en el marco ético de la EN es la posibilidad de ella no presentarse de modo manifiesto y diluirse en las tomas de decisiones. Según Lozano (1999), las organizaciones no actúan directamente con el principio de la humanidad, sino mediatamente, cuando pasan por el tamiz de la autonomía y el reconocimiento del otro como interlocutor en sus procesos de construcción de los criterios, valores y finalidades empresariales. Muchas veces, la decisión no explicita los criterios y valores que la nortearon. Se trata de un momento interno, no necesariamente visible.

La objetivación de este momento reflexivo-normativo de la organización, la afirmación de una ética de humanidad, se da mediante la formulación de códigos, misiones, credos y principios calificados de empresariales, pero se actualiza prácticamente siempre que en el seno de la organización se formulan el servicio y los bienes que ofrecen a la sociedad⁽³⁾. Stevens (1994) distingue códigos éticos empresariales y misiones. Por los primeros entiende que son herramientas de gestión destinadas a promover impacto en la conducta de los trabajadores, al paso que la misión la considera como un elemento de gestión estratégica. Desde este punto de vista, se encuentra más un punto de encuentro entre ética y estrategia, foco de sospechas que ya hemos tratado, visto que, en la práctica, las herramientas de gestión y estrategia se confunden.

En definitiva, así como la ética de la responsabilidad, la afirmación de una ética de humanidad es una dimensión tan necesaria como insuficiente para la definición del marco ético referencial de la EN.

Debemos concluir, por tanto, que el momento reflexivo-normativo en las organizaciones es tan necesario como insuficiente. Necesario porque es lo que contribuye a la asunción del principio de humanidad; insuficiente porque, como hemos visto, habitualmente no considera ni la incorporación de los *stakeholders* ni a los sujetos que lo han de asumir y, por tanto, puede fomentar una especie de atomismo deontológico empresarial poco sensible a los contextos sociales y personales (Lozano, 1999, p. 206).

En definitiva, podemos decir que los códigos de ética no son autosuficientes para la incorporación de la ética en la empresa. Son tantas las motivaciones de una conducta que los códigos de ética van

a ser sólo una de las influencias recibidas por los empleados, como apunta Warren (1983).

Así, tanto el proceso de formulación del código como su dinámica en el cotidiano de la empresa deben estar incorporados a un firme intento de desarrollo ético de la empresa. No hay duda de que es legítimo que la empresa busque aumentar sus beneficios y evitar problemas, pero no puede cerrarse en sí misma, sin ampliar sus perspectivas para el medio en la cual se insiere. Merece la pena alertar aquí para la diferencia entre lo que llamamos de condición esotérica y la postura cerrada de la empresa. La condición esotérica significa empezar por sí misma, hacer de sus propios procedimientos internos ejemplo y testigo de rectitud, para, desde dentro, avanzar para la comunidad y humanidad. La postura cerrada en sí misma se reduce en normas y prohibiciones convencionales de una empresa o sector. La condición esotérica es una secta que se origina del centro de la empresa y se proyecta para ámbitos más amplios. La postura cerrada no pasa de un segmento de reta, limitado en sí mismo.

Si comprendemos la condición esotérica como elemento constituyente de la EN, podemos establecerla como el diferencial entre una ética vertebradora de todo proceso organizacional y una estrategia que tome en cuenta la ética simplemente por exigencia del ambiente externo. La ética, vista desde dentro para fuera, ilumina cada una de las dimensiones organizacionales que se tornan estratégicas para servir al ideal de la construcción de prácticas organizativas correctas.

LA ÉTICA DE NEGOCIOS COMO ÉTICA GENERADORA DE MORAL CONVENCIONAL

El tercer vértice del marco ético referencial de la EN se radica en la cultura de la empresa, como el elemento vertebrador de una ética de empresa. Según Gagliardi (1986), citado por Lozano (1999), hablar de cultura supone no tan sólo hablar de valores, sino también del *ethos* de la organización. Sin embargo, hay que tenerse en cuenta “la tentación de calificar casi automáticamente de ‘ética’ a los elementos de la cultura organizativa (identificando, por tanto, ética y cultura organizativa), tentación que es necesario combatir con la exigencia de plantearse éticamente los elementos de la cultura organizativa y su interrelación” (Lozano, 1999, p. 181).

Los valores son el corazón de la cultura organizativa (Deal y Kennedy, 1982). Cuando se piensa en valores compartidos, tanto en culturas unitarias como en subculturas de una cultura fragmentada, vamos a encontrar el individuo como el sujeto concreto que crea valor. En este momento, enveredamos por el tema de los valores personales y organizativos, asunto caro para la comprensión del comportamiento humano en las organizaciones. Atendiendo a la recomendación de Klein (1989), para quien la EN ha estado tradicionalmente más ocupada en pensar las acciones que los agentes, y de Solomon (1993), para quien hay una preferencia por lo impersonal y una timidez de los teóricos hacia lo que es personal, Lozano (1999) intenta desarrollar un enfoque de la EN centrado en el individuo dentro de la empresa. El autor considera que la tradición aristotélica es adecuada a este intento por considerarla una teoría de la práctica, que, según Solomón (1993, p. 99) puede “explicar los negocios como una actividad completamente humana en la que la ética aporta no simplemente un conjunto abstracto de principios o constricciones o un ocasional recuerdo de la escuela dominical, sino el verdadero marco de referencia de la actividad empresarial”.

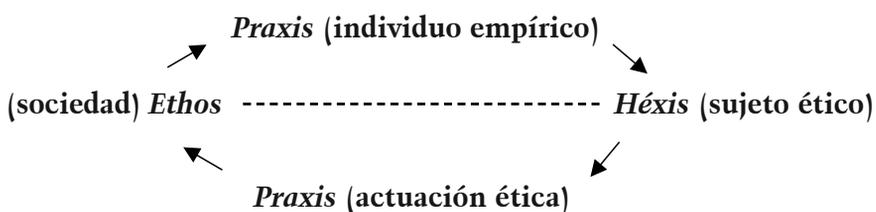
Ahora bien, el problema que se pone de manifiesto es como pensar los agentes, las personas, y como justificar que su lugar en el marco de la EN sea en el momento de tratar de la cultura. Lozano (1999, p. 194) responde que no se trata de pensar los individuos, sino los individuos en su contexto empresarial, y también en la empresa en el contexto social “este proceso no se ha de visualizar en términos de círculos concéntricos, sino en una circularidad donde las influencias son mutuas”. La comprensión de la ética de la persona en el contexto organizativo exige, pues, la comprensión de la fenomenología del *ethos*.

El término *ethos*, según Vaz (1988), es originado de dos términos griegos: *ethos* (con eta inicial) y *ethos* (con épsilon inicial). El primero designa la morada del hombre. El *ethos* tiene el sentido de un abrigo protector. El vocablo da origen al significado de *ethos* como costumbre. La metáfora de la morada y del abrigo indica que, a partir del *ethos*, el espacio del mundo se torna habitable para el hombre. Este espacio es construido e incesantemente reconstruido por el hombre. Como una casa, es una obra del hombre para sentirse seguro y protegido.

La segunda acepción del *ethos* (con *épsilon* inicial) apunta para el comportamiento que resulta de una constante repetición de los actos. Se trata de una constancia en la actuación de la persona, que se contrapone al impulso del deseo. Designa, pues, el proceso del hábito, comprendido como la disposición de actuar de determinado modo. Vaz (1988) añade en su interpretación semántica y etimológica el vocablo *hexis*, que significa el hábito como posesión estable, como principio de una acción que exprime la *autárkeia* del agente, su dominio de sí mismo.

Entre los momentos constitutivos del *ethos* como costumbre y del *ethos* como hábito, la *praxis*, actuación ética, es la mediadora. Entre el proceso de formación del hábito y la disposición permanente para la actuación de acuerdo con las exigencias de realización de lo mejor, el *ethos* es el lugar privilegiado de su *praxis*. La circularidad del *ethos* puede ser vista en el esquema abajo:

Cuadro 3: La Circularidad del *Ethos*, según Vaz (1988)



La estructura dialéctica del *ethos* apunta para la dimensión de la virtud y de la ley. Cuando el contenido de la acción ética es una voluntad subjetiva, se trata de virtud. Cuando el contenido de la acción es una voluntad objetiva, se trata de la ley (*nomos*). El pasaje de la costumbre a la ley significa la excelencia del *ethos*, capaz de abrigar la *praxis* humana como actuación efectivamente libre. “El *ethos* como ley es, verdaderamente, la casa o morada de la libertad” (Vaz, 1988, p. 16).

Este breve recuerdo teórico nos permite comprender que la dimensión cultural del marco ético referencial no puede olvidar la *praxis*. No hay costumbre sin la repetición de las actuaciones de los individuos. Es exactamente por este motivo que Lozano (1999, p. 194) considera que la puerta de entrada de Aristóteles en la EN

ha sido la cultura organizativa: “la EN de matiz aristotélico ve las acciones y las decisiones como expresión del carácter y de los hábitos de los individuos en su contexto organizativo”. En algún momento del marco referencial de la EN, la indicación del individuo debería estar presente. Pensar el individuo fuera de su contexto resultaría en un esfuerzo teórico de poca aplicabilidad práctica, pero pensarlo inserido en la dialéctica hábito-costumbre, dentro de la dimensión cultural, nos permite comprender la importancia de la cultura sobre la actuación de las personas y de las personas sobre la cultura.

Además la valorización del individuo, la fenomenología del *ethos* indica la importancia de que las regulaciones organizativas, en particular aquellas que tienen contenidos éticos, sean la expresión de la actuación de los participantes de la organización. El código de ética no tiene el poder de mudar la cultura. Debe ser la expresión de un *ethos* corporativo. Más que construir el código de ética, se hace necesario construir el *ethos* corporativo. Tal construcción depende de la actuación de las personas en el contexto organizativo, de los ejemplos de la alta dirección y de la consistencia entre los actos y los valores profesados por la organización.

Este vértice del marco referencial de la EN hace de la formación de personas y de la cultura organizacional elementos estratégicos de la gestión. En la formación del *ethos* corporativo, la persona y la cultura organizacional son los elementos fundamentales. La actuación ética exige personas con sensibilidad ética y madurez psicológica. La cultura organizacional puede facilitar o dificultar tales actuaciones.

ÉTICA Y ESTRATEGIA EN EL MARCO TEÓRICO REFERENCIAL DE LA BUSINESS ETHICS: CONCLUSIONES

La ética es una cuestión estratégica para las organizaciones modernas. Esta es una afirmativa incuestionable. Sin embargo, eso no es lo mismo que decir que la atención estratégica a la dimensión consecuencialista, de la ética de la responsabilidad, hace de la empresa una empresa ética. Tener una política de atención a los *stakeholders* o desarrollar proyectos de responsabilidad social empresarial tiene, por supuesto, una dimensión ética. Sin embargo, eso no significa que la empresa afirme una ética de humanidad en sus procesos organizativos, ni tampoco que el *ethos* de la empresa tenga una *praxis* generadora de moral convencional y de valorización de la persona humana.

Delante del expuesto, podemos afirmar la importante distinción entre la dimensión ética de la gestión estratégica y la ética organizacional, comprendida como el elemento vertebrador de la actuación organizacional. Así, rechazamos el reduccionismo que hace de la EN una simple variable de la gestión del negocio y, también, el reduccionismo que hace de la ética un discurso ideológico, legitimador del control organizativo y distante de la práctica efectiva de la empresa.

La asociación entre ética y estrategia ha sido festejada por muchos autores, que buscan demostrar que la ética da beneficios financieros a la empresa. Como estrategia, entonces, ha de ser un recurso válido, sin los prejuicios de su utilidad instrumental. Concordamos con Lipovetsky (1997), para quien la contribución ética de la empresa, mismo que con fines instrumentales, estratégicos, no tiene por qué ser objeto de críticas puristas. En el ámbito de la EN, sin embargo, la ética tiene una dimensión estratégica, pero no se reduce a ella. Hemos presentado la *Business Ethics* como la intersección de tres dimensiones interdependientes. Pensar la ética de las organizaciones aislando una de estas dimensiones, es producir los reduccionismos que intentamos rechazar. Del mismo modo, la relación global e integrada entre ética y estrategia va a exigir comprender la estrategia en estos tres vértices de la EN.

Comprendemos la estrategia como un concepto que tiene múltiples significaciones en el campo de la administración. Reconocemos que la adecuación de la organización a su ambiente (Meirelles y Gonçalves, 2001) constituye el punto común de las definiciones de estrategia como plano, posición y estratagema (Mintzberg et al., 2003). Desde esa concepción, la estrategia tiene como origen el sistema, aunque sus demandas tengan reflejo interiormente, en las prácticas y la cultura organizativa, motivando la adaptación y la mudanza. Teniendo como origen el sistema, la ética se torna una exigencia (externa y contingente) por causa de las demandas sociales en torno a la ética. La ética, como demanda de la sociedad organizada en entidades civiles, pide una empresa que responda con rectitud en sus relaciones con el ambiente. En esa perspectiva, la ética es un elemento fundamental en la estrategia de la empresa, que busca adaptar su sistema formal a esa necesidad de la sociedad.

En definitiva, hay que pensar la ética a la luz de un marco teórico referencial para no coger el riesgo de hablar de ética sin el marco teórico que el tema exige. Cuando eso sucede, la ética puede convertirse en instrumento de marketing, en instrumento de control y, todavía, en instrumento de legitimación ideológica de antiguas prácticas de gestión. Podríamos hasta decir que la ética puede transformarse en una estratagema, en el sentido de estrategia propuesto por Mintzberg et al. (2003), para iludir la opinión pública y los consumidores. La relación entre ética y estrategia debe, pues, ser objeto de la pregunta: ¿Se trata de una estrategia que envuelve la ética o de una ética organizacional que envuelve la estrategia? Esa es la cuestión a la cual intentamos traer alguna contribución de respuesta.

NOTAS

1 En este trabajo, no establecemos diferencias entre estrategia y términos como administración estratégica u otros como proceso estratégico, formulación estratégica y gestión estratégica, usados por la literatura sobre el tema (Prahalad y Hamel, 1989; Day, 1990; Mintzberg y Quinn, 1991; Pascale, 1991; Zaccarelli, 1995; Wood Jr, 1996).

2 Literalmente, la palabra inglesa *stake* remite al sentido de apuesta. Por *stakeholder* se entiende, literalmente, depositario de una apuesta. La palabra apareció por la primera vez en un memorando interno del *Stanford Research Institute*, en 1963 (Wang y DeWhirst apud Lozano, 1999).

3 Para profundizar en el tema de los códigos de ética, conferir: De Michele (1998), Lozano (1999); Arruda (2002), Ibarra (2002), Moreira (2002).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANSOFF, H. I.; MCDONNALD, E. J. *Implantando a administração estratégica*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1993.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. 4. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1991.

ARRUDA, M. C. C. *Código de ética: um instrumento que adiciona valor*. São Paulo: Negócio Editora, 2002.

- BOWIE, N. E. Un enfoque kantiano hacia la ética en los negocios. In FREDERICK, R. E. *La ética en los negocios: aplicación a problemas específicos en las organizaciones*. México: Oxford University Press, 1999, pp. 3-19.
- CAMPS, V.; GUARIGLIA, O.; SALMERÓN, F. (Eds.). *Concepciones de la ética*. Madrid: Editorial Trotta, 1992.
- CAVANAGH, G. F.; MCGOVERN, A. F. "Ethical dilemmas in the modern corporation". *Englewood Cliffs, NJ: Prentice Hall*, 1988.
- CORTINA, A. Introducción. In ARGONDOÑA, A. et al. *Ética y empresa: una visión multidisciplinar*. Madrid: Fundación Argentaria/Visor Distribuciones, 1997.
- DAY, G. S. *Estrategia voltada para o mercado*. Rio de Janeiro: Record, 1990.
- DEAL, T.; KENNEDY, A. *Corporate culture: the rites and rituals of corporate life*. Reading, MA: Addison-Wesley, 1982.
- DE GEORGE, R. T. The status of business ethics, past and future. *Journal of Business Ethics*, v. 6, pp. 201-211, 1987.
- DE GEORGE, R. T. Will success spoil business ethics? In FREEMAN, R. E. (Ed.). *Business ethics: the state of the art*. Oxford: Oxford University Press, 1991, pp. 42-51.
- DE MICHELE, R. *Los códigos de ética en las empresas*. Buenos Aires: Granica, 1998.
- DONALDSON, J. *Key issues in business ethics*. London: Academic Press, 1989.
- FERNÁNDEZ, J. L. *Ética para empresarios y directivos*. Madrid: ESIC, 1994.
- FRANKENA, W. K. *Ética*. 2. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1975.
- FREDERICK, W. C. *Business and society: corporate strategy, public policy, ethics*. New York: McGraw-Hill, 1988.
- FREEMAN, R. E. The politics of stakeholder theory: some future directions. *Business Ethics Quarterly*, v. 4, pp. 409-422, 1994.
- GAGLIARDI, P. The creation and change of organizational cultures: a conceptual framework. *Organization Studies*, v. 7, n. 2, pp. 30-37, 1986.

- GONÇALVES, C. A.; REIS NETO, M. T.; GONÇALVES FILHO, C. (Orgs.). *Administração estratégica: múltiplos enfoques para o sucesso empresarial*. Belo Horizonte: [s.n.], 2001.
- GOODPASTER, K. E. Business ethics and stakeholder analysis. *Business Ethics Quarterly*, v. 1, n. 1, pp. 53-72, 1991.
- GUISÁN, E. Utilitarismo. In CAMPS, V.; GUARIGLIA, O.; SALMERÓN, F. (Eds.). *Concepciones de la ética*. Madrid: Editorial Trotta, 1992.
- GUY, M. E. *Ethical decision making in everyday work situation*. New York: Quorum Books, 1990.
- IBARRA, R. *Código de ética: cómo implantarlo en la empresa*. Mexico: Trillas, 2002.
- KLEIN, S. Platonic virtue theory and business ethics. *Business and Professional Ethics Journal*, v. 8, n. 4, pp. 59-82, 1989.
- LIPOVETSKY, G. *A era do vazio: ensaio sobre o individualismo contemporâneo*. Lisboa: Relógio D'água, 1983.
- LIPOVETSKY, G. *O crepúsculo do dever: a ética indolor dos novos tempos democráticos*. Lisboa: Publicações Dom Quixote, 1994.
- LIPOVETSKY, G. Individualismo y solidaridad en la cultura empresarial. In ARGONDOÑA, A. et al. *Ética y empresa: una visión multidisciplinar*. Madrid: Fundación Argentaria/Visor Distribuciones, 1997.
- LLANO CIFUENTES. *Nudos de humanismo: en los albores del siglo XXI*. México: Compañía Editorial Continental, 2001.
- LLANO CIFUENTES, C.; ZAGAL ARREGUÍN, H. *El rescate ético de las empresas y el mercado*. México: Trillas, 2001.
- LOZANO, J. M. *Ética y empresa*. Madrid: Editorial Trotta, 1999.
- MEIRELLES, A. DE M.; GONÇALVES, C. A. O que é estratégia: histórico, conceito e analogias. In GONÇALVES, C. A.; REIS NETO, M. T.; GONÇALVES FILHO, C. (Orgs.). *Administração estratégica: múltiplos enfoques para o sucesso empresarial*. Belo Horizonte: [s.n.], 2001, pp. 21-32.
- MINTZBERG, H.; AHLSTRAND, B.; LAMPEL, J. *Safári de estratégia: um roteiro pela selva do planejamento estratégico*. Porto Alegre: Bookman, 2000.
- MINTZBERG, H.; QUINN, J. B. "The strategy process: concepts, context, cases". 2. ed. *Englewood Cliffs*, NJ: Prentice Hall, 1991.

- MITROFF, I. I. *Stakeholders of the organizational mind*. San Francisco: Jossey-Bass, 1983.
- MOREIRA, J. M. *A ética empresarial no Brasil*. São Paulo: Pioneira Thomson Learning, 2002.
- MORIN, E. *Os sete saberes necessários à educação do futuro*. 5. ed. São Paulo: Cortez, 2002.
- MORRIS, T. *If Aristotle run General Motors: the new soul of business*. New York: Owl Book, 1998.
- NASH, L. Ethics without the sermon. *Harvard Business Review*, 1983.
- NASH, L. *Ética nas empresas: boas intenções à parte*. São Paulo: Makron Books, 1993.
- PASCALE, R. T. The Honda effect. In MINTZBERG, H.; QUINN, J. B. *The strategy process: concepts, context, cases*. 2. ed. Englewood Cliffs, NJ: Prentice Hall, 1991, pp. 114-123.
- PORTER, M. What is strategy? *Harvard Business Review*, pp. 61-78, Nov./Dec. 1996.
- PRAHALAD, C. K.; HAMEL, G. *Competindo pelo futuro*. Rio de Janeiro: Campus, 1989.
- ROJAS, E. *O homem moderno*. São Paulo: Mandarim, 1996.
- SACCONI, L. *Etica degli affari*. Milano: Il Saggiatore, 1991.
- SCHELLING, T. C. *Choice and consequence: perspectives of an errant economist*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1984.
- SNOEYENBOS, M.; HUMBER, J. El utilitarismo y la ética en los negocios. In ARGONDOÑA, A. et al. *Ética y empresa: una visión multidisciplinar*. Madrid: Fundación Argentaria/Visor Distribuciones, 1997.
- SOLOMON, R. C. *Ethics and excellence: cooperation and integrity in business*. Oxford: Oxford University Press, 1993.
- STEVENS, B. *An analysis of corporate ethical code studies: where do we go from here?* *Journal of Business Ethics*, v. 13, pp. 63-69, 1994.
- TREVINO, L. K.; WEAVER, G. R. Business ethics, one field or two? *Business Ethics Quarterly*, v. 4, n. 2, pp.113-128, 1994.
- VAZ, H. C. *Escritos de filosofia II: ética e cultura*. São Paulo: Loyola, 1988.

- WANG, J.; DEWHIRST, H. D. Board of directors and stakeholder orientation. *Journal of Business Ethics*, v. 11, pp. 115-123, 1992.
- WARREN, R. C. Codes of ethics, bricks without straw. *Business Ethics*, v. 2, n. 4, pp. 187-191, 1993.
- WOOD, D. J. Corporate social performance revisited. *Academy of Management Review*, v. 16, n. 4, pp. 691-718, Oct. 1991.
- WOOD JR, T. Uma nau sem rumo: o planejamento estratégico continua em baixa, mas as empresas estão descobrindo novas formas para direcionar-se. *Carta Capital*, São Paulo, 26 jun. 1996.
- WRIGHT, P. et al. *Administração estratégica: conceitos*. São Paulo: Atlas, 2000.
- ZACCARELLI, S. B. A moderna estratégia nas empresas e o velho planejamento estratégico. *Revista de Administração de Empresas*, v. 2, n. 5, pp. 21-26, 1995.



HUMANITAS EN EL DERECHO PENAL

Eugenio Raúl Zaffaroni

Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Humanitas o la dignidad del ser humano, la centralidad de éste como persona, el respeto a su esencia, es una perpetua búsqueda en el derecho que proviene del derecho romano y atraviesa toda la historia de nuestro saber, habiendo padecido múltiples vicisitudes, que no pudieron nunca ocultar la permanente demanda recíproca: derecho reclama siempre *humanitas*, simplemente porque el saber jurídico no es más que un instrumento para la realización del ser humano y, como tal, carece de brújula cuando se aleja de la antropología básica que hace de éste una persona, para cosificarlo, para reducirlo a una cosa más entre las cosas.

Soy consciente de que los especialistas en antropología filosófica afirman que ésta nació con Max Scheler¹, del mismo modo que los juristas suelen afirmar que la ciencia o saber jurídico nació con la dogmática de Rudolf von Jhering². Estimo que un saber puede depurarse y perfeccionar su definición epistemológica y su método en cierto momento importante de su evolución, pero esto no significa que nazca en ese momento. Nadie depura o perfecciona conocimientos sobre los que antes no se especulaba o reflexionaba. La antropología filosófica nació con el primer humano que se preguntó *¿quién soy?* El saber jurídico comenzó cuando los primeros investigadores creyeron necesario introducir el espíritu de sistema para la interpretación de las leyes. Nuestro saber se inició con las universidades, en la Europa central, especialmente en el norte de Italia, hace más de mil años,

1 Cfr. Carlos Beorlegui, *Antropología filosófica. Nosotros: urdimbre solidaria y responsable*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2004, p. 336.

2 Rudolf von Jhering, *L'esprit du Droit Romain dans les diverses phases de son développement*, trad. De O. de Meulenaere, París, 1877; Antonio Hernández Gil, *Metodología de la ciencia del derecho*, Madrid, 1971, I, p. 132; Dino Pasini, *Ensayo sobre Jhering*, Buenos Aires, 1962.

formadas en torno de los estudios jurídicos³, con los glosadores y posglosadores⁴ y, sin duda, estaba configurado en las obras de los prácticos⁵.

La antropología filosófica y el derecho, y en particular me refiero al derecho penal como saber jurídico penal, se encuentran y desencuentran a lo largo de toda la historia de este último. *Humanitas* es el componente que nos permite diagnosticar si un saber jurídico penal cumple su función de custodio de la dignidad de la persona o se aparta de ella para degradarse a una vulgar racionalización del ejercicio de poder vertical de un estado. Hablando en términos más precisos y claros: *humanitas* nos dice si nos hallamos ante un *derecho penal liberal* o ante un *derecho penal autoritario*.

El derecho penal es un saber, no son las leyes penales, la legislación penal, sino *el sistema de interpretación de las leyes penales que hacemos los juristas*. Estas leyes, en su letra, pueden desconocer *humanitas*, pueden ser aberrantes, como son las leyes que autorizan la tortura o que prescriben penas crueles y desproporcionadas, categorías ambas que se sancionan con demasiada frecuencia en el mundo actual. El legislador penal puede hacerlo y de hecho lo hace. La función jurídica de nuestro saber no es racionalizar las leyes que desconocen *humanitas*, sino descubrirlas, denunciarlas y, en el proyecto de jurisprudencia que la ciencia penal propone a los jueces, brindar los argumentos para que éstos descarten su aplicación.

No obstante, *humanitas* no es nueva ni mucho menos, ni siquiera se origina con el liberalismo penal, sino que provenía de la vieja legislación romana. La afirmación de Carrara, según la cual los romanos habían sido gigantes en derecho civil y enanos en derecho penal, fue duramente criticada por varios autores de todas las épocas posteriores⁶. Pero la frase del maestro lucano encierra una verdad a medias.

3 Cfr. Joaquim Veríssimo Serrão, *História das Universidades*, Porto, 1983; Jacques Le Goff, *Os intelectuais na Idade Média*, Rio de Janeiro, 2003, pp. 151 y sgts.; Rolando Tamayo y Salmorán, *La universidad epopeya medieval (Notas para un estudio sobre el surgimiento de la universidad en el alto medioevo)*, México, 1987.

4 V. Francesco Calasso, *Medio Evo del Diritto*, Milano, 1954, I.

5 Por ej., *Clementinae, si furiosus De homicidio, relectio: authore Didacto Couarruuias à Leyua, Salmanticae*, 1510; sobre Covarrubias, Julián Pereda, S.J., *Covarrubias penalista*, Barcelona, 1959; Friedrich Schaffstein, *La ciencia europea del derecho penal en la época del humanismo*, Madrid, 1957.

6 Por ej., Enrico Ferri, *La riabilitazione del diritto penale romano*, en "Studi sulla criminalità ed altri Saggi", Torino, 1926, p. 375; Ladislao Thot, *Historia de*

El monumental estudio de Mommsen⁷ y muchos otros posteriores y anteriores⁸ parecen indicar lo contrario. La tradición de centralidad de la persona en el proceso penal romano republicano y en el propio derecho penal fue resaltada por los propios liberales, como Pagano⁹, quien en pocas *páginas* sintetiza un proceso de decadencia de *humanitas* en el imperio, donde las penas se volvieron atroces y se introdujo la tortura¹⁰. Los *libris terribilis* del *Digesto*¹¹ recopilaron las leyes de esta decadencia y, en verdad, si el juicio carrariano se refiere a éstos, es certero.

La impresión negativa del derecho penal romano proviene de la recepción de los *libris terribilis* en la edad media, aunque esa misma recepción haya abierto el camino para una sistemática y con ello haya iniciado nuestro saber jurídico penal. Parte de esa recepción es la glosa, donde suele mencionarse como exponente a Bartola de Sassoferrato, de quien se dice que frente a un problema enlistaba argumentos a favor y en contra de una solución y luego concluía lo que le parecía, atribuyéndolo al derecho romano, cuando en realidad era su opinión personal más o menos arbitraria¹². El *bartolismo*, con escaso método y ninguna filosofía, con abundantes citas históricas, no es una cuestión limitada a la edad media, sino que inicia una tradición que sigue hasta el presente y que no honra al derecho penal, porque en definitiva no es un saber, sino un conjunto de opiniones bastante arbitrarias. No puedo resistir la tentación de ver,

las antiguas instituciones del derecho penal (Arqueología criminal), Buenos Aires, 1927, pp. 13 y sgts.; Horacio C. Rivarola, *En defensa del derecho penal de los romanos*, en "Rev. de Derecho Penal", Buenos Aires, 1947, pp. 321 y sgts.

7 R. Mommsen, *Römisches Strafrecht*, Leipzig, 1899; hay trad. Francesa, París, 1906-1907, y castellana de Pedro Dorado Montero, Madrid, s.f., sin notas.

8 Para la bibliografía del siglo XIX, Contardo Ferrini, *Esposizione storica e dottrinale del diritto penale romano*, en "Enciclopedia Pessina", Milano, 1905, I, pp. 3 a 428.

9 Francisco Mario Pagano, *Principj del Codice Penale*, Milano, 1803, trad. castellana: *Principios del Código Penal*, Buenos Aires, 2002.

10 "Al mismo tiempo que se establecían las penas más ásperas y graves, éstas se volvieron más arbitrarias, sea porque la arbitrariedad judicial fue consecuencia necesaria de la arbitrariedad política, sea por la falta de un exacto código penal" (Pagano, op. cit., p. 67).

11 Son los libros XLVII y XLVIII del Digesto, v. Manuel Gómez Marín y Pacual Gil y Gómez, *El Digesto del Emperador Justiniano en castellan y latín, El Digesto del Emperador Justiniano traducido y publicado en el siglo anterior por don Bartolomé Agustín Rodríguez de Fonseca*, Madrid, 1874, III pp. 565 y sgts.

12 Giuseppe Salvioi, *Storia del diritto italiano*, Torino, 1930, p. 105.

a la distancia de siglos, un paralelismo entre este procedimiento y la colosal obra de recopilación de antecedentes de Vincenzo Manzini¹³.

Con los posglosadores y en particular con los prácticos, como les decía al comienzo, nació en verdad nuestro saber, surgió el sistema, una teoría del delito, primitiva, ingenua, pero sistema al fin, conforme al criterio objetivo/subjetivo¹⁴. Todos los comienzos son balbuceantes, y el del saber jurídico penal también lo fue.

Pero desde el derecho romano no sólo viene *humanitas*, sino también su antónimo, esto es, la posibilidad de negar al ser humano su condición de persona, lo que sucedía cuando se le consideraba *hostis*, enemigo. El *hostis* en el derecho romano era el extraño, el extranjero, y era tal el extranjero en sentido estricto como el ciudadano al que se declaraba *hostis* para privarlo de todos los derechos de la ciudadanía: eran las categorías del *hostis alienígena* y del *hostis declaratus*. El *hostis alienígena* al menos quedaba precariamente protegido por el *jus gentium*, pero el *declaratus* no tenía protección alguna, era privado de toda condición de persona por la autoridad de la *potestas* que correspondía al senado¹⁵.

Humanitas y *hostis* son dos categorías contrapuestas, una dialéctica que empieza en Roma en tiempos de la república y que sigue hasta nuestros días, donde incluso perduran ambas clases de *hostis*. Me acabo de ocupar del *hostis* en un libro reciente¹⁶, aquí quiero ocuparme de *humanitas* y, por ende, paso por alto las alternativas de su opuesto.

Humanitas se opacó hasta desaparecer con la vuelta a la confiscación de la víctima en la baja edad media, es decir, cuando el señor (*dominus*) vuelve a usurpar el lugar de la víctima e investiga por *inquisitio*, cuando la verdad procesal se obtiene por la interrogación violenta¹⁷, alcanza su mayor límite de subestimación de *humanitas*

13 Vincenzo Manzini, *Tratado de Derecho Penal*, trad. de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, 1948.

14 En el siglo XVIII el sistema se observa muy claramente: Pierre-François Muyard de Vouglans, *Institutes au Droit Criminel*, París, 1757; Lurentii Matthaeu et Sanz, *Tractatus de re criminali*, Ludguni, 1702; Joseph Márcos Gutiérrez, *Práctica criminal de España*, Madrid, 1804.

15 Cfr. R. von Jhering, op. cit., I, p. 228; Albert Du Boys, *Histoire du Droit Criminel des peuples Anciens*, París, 1845, p. 245; Giorgio Agamben, *Estado de excepción*, Buenos Aires, 2004, p. 146.

16 *El enemigo en el derecho penal*, Bogotá, 2006; Buenos Aires, 2006.

17 Sobre esta forma de acceso a la verdad, Michel Foucault, *La verdad y las formas jurídicas*, Barcelona, 1980.

con la persecución de herejes y brujas, con la inquisición romana y con la aún más extendida laicización de su proceso.

Humanitas reaparece justamente con la crítica a esas aberraciones. Un destello claro de ella lo constituye la *Cautio Criminalis* de Friedrich Spee en 1631¹⁸, donde el poeta jesuita¹⁹ desbarató los argumentos inquisitoriales y unas doscientas veces invocaba la *razón*. Con mayor claridad se percibe en la crítica definitivamente demoleadora de Christian Thomasius, setenta años más tarde²⁰.

Humanitas brilla sin duda, con su máximo esplendor, en el Iluminismo y en el penalismo liberal, entre las últimas décadas del siglo XVIII y la primera mitad del siglo XIX. No se ve tan clara la tradición latina en la obra de Beccaria, cuya formación jurídica no parece haber sido muy profunda²¹, pese a la innegable originalidad e importancia de su obra, pero es transparente en la *Scienza della Legislazione* de Gaetano Filangieri²². Es innegable la cultura jurídica clásica del ilustrado español, Manuel de Lardizabal y Uribe²³. Francesco Mario Pagano escribía el italiano conservando estructuras

18 Friedrich von Spee, *Cautio Criminalis oder rechtliches Bedenken wegen der Hexenprozesse*, edición alemana de Joachim-Friedrich Ritter, Weimar, 1939; también *Cautio Criminalis herausgegeben von Theo G. M. van Oorschot*, Tübingen und Basel, 1992; trad italiana de Mienta Timi a cura di Anna Foa, *I processi contro le streghe (Cautio Criminalis)*, Roma, 2004.

19 Sobre la polifacética personalidad de Spee: Friedrich von Spee. *Dichter, Theologe und Bekämpfer der Hexenprozesse*, editado por Italo Michele Battafarano, Trento, 1988.

20 Christian Thomasius, *Über die Hexenprozesse*, Weimar, 1967; *Fundamento del derecho natural y de gentes*, trad. de S. Rus Rufino y M. A. Sánchez Manzano, Madrid, 1994; sobre la importancia de este autor: Hans Welzel, *Introducción a la filosofía del derecho*, Madrid, 1971, p. 171; Ernst Bloch, *Christian Thomasio, un intelectual alemán sin miseria* (1953), en *Derecho Natural y dignidad humana*, Madrid, 1980, pp. 285 y sgts.

21 No por eso se justifica la subestimación de su obra que hace Ugo Spirito, *Storia del diritto penale italiano da Cesare Beccaria ai giorni nostri*, Torino, 1932, p. 39.

22 Gaetano Filangieri, *La Scienza della Legislazione*, Milano, 1817.

23 *Discurso sobre las penas contrahido a las leyes penales de España para facilitar su reforma, por don Manuel de Lardizabal y Uribe*, Estudio preliminar de Manuel de Rivacoba y Rivacoba, Vitoria, 2001; *Discurso sobre la legislación de los visigodos y formación del Libro ó Fuero de los Jueces y su versión castellana*, en *Fuero Juzgo en Latín y Castellano, cotejado con los más antiguos y preciosos códices por la Real Academia Española*, Madrid, 1815; Francisco Blasco y Fernández de Moreda, *El primer penalista de América Española*, México, 1957.

latinas²⁴ y el ilustrado portugués, Pascoal José de Melo Freire escribía directamente en latín²⁵, al igual que Giovanni Carmignani²⁶.

Entre ambos siglos, el XVIII y el XIX, *humanitas* reaparece en los ilustrados que escriben obras de política penal, como Beccaria, Filangieri, Verri²⁷, Hommel²⁸, Sonnenfels²⁹, etc., pero esas obras hubiesen quedado en el puro plano de críticas de no ser por la posterior introducción de esas ideas en el derecho penal sistemático, tarea que llevaron a cabo los penalistas que, con la técnica de los posglosadores, hicieron que esas ideas pasaran a formar parte de los proyectos de jurisprudencia de la época y, de este modo, de las decisiones de los tribunales. Esta fue la obra de Feuerbach³⁰, de Pagano, de Carmignani, de Mori³¹ y, por supuesto, de Francesco Carrara con su monumental *Programma* cuyo paralelo alemán puede ser la obra de Binding³².

Pero en la menos feliz de todas las teorías del genial Feuerbach, la de la *coerción psicológica* como objetivo de la pena (*psychologische Zwang*) y en la paralela de la pena como *controspinta penale* neutralizante de la *spinta criminale* de Romagnosi³³, se contenía el germen de una nueva decadencia de *humanitas*, que estos autores no habían percibido. ¿Por qué el contraimpulso penal debía tener la medida de la lesión? ¿No dependerá más bien de características del autor? Esta pregunta se la formuló Carlo Cattaneo³⁴ y con ello la pena perdió proporción con la lesión y el reproche.

24 Así el texto original de sus *Principj del Codice Penale*, en la cit. edición póstuma de Milano.

25 Pascoal José de Melo Freire, *Institutiones Juris Criminalis Lusitani*, Lisboa, 1789.

26 Joannis Carmignani in Pisana Academia antecessoris, *Juris Criminalis Elementa*, Pisis, 1822.

27 Pietro Verri, *Observaciones sobre la tortura*, trad., prólogo y notas de Manuel de Rivacoba y Rivacoba, Buenos Aires, 1977.

28 Kart Ferdinand Hommel, *Des Herrn Marquis von Beccaria unsterbliches Werk von Verbrechen und Strafen*, 1778 (reed. 1966); *Philosophische Gedanken über Criminalrecht*, Breslau, 1784; *Über Belohnung und Strafe nach türkischen Gesetze*, 1772 (reed. Berlin, 1970).

29 Sonnenfels, *Über die Abschaffung der Tortur*, Zürich, 1775 (reed. 1970).

30 Anselm Ritter von Feuerbach, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen Peinlichen Rechts*, Giessen, 1847 (hay trad. Castellana).

31 *Scritti Germanici di Diritto Criminale*, Livorno, 1847.

32 *Die Normen und ihre Übertretung*, Leipzig, 1872.

33 G. D. Romagnosi, *Genesi del Diritto Penale*, Prato, 1833.

34 Cfr. Giulio Andrea Belloni, *Cattaneo tra Romagnosi e Lombroso*, Torino, 1931.

En la segunda mitad del siglo XIX, con la pena liberada de la proporción con la entidad del delito, entraron al derecho penal conceptos pseudocientíficos biólogos y abiertamente racistas de cuño spenceriano y *humanitas* llegó a su más ínfima expresión en medio de una total decadencia del contenido pensante del derecho penal.

El positivismo penal y la peligrosidad fueron la negación más radical de *humanitas*, con un abierto retorno a las estructuras inquisitoriales a la medida de la obsesión por el orden del disciplinamiento policial de la sociedad. Las clases subalternas, los huelguistas, los colonizados, los disidentes, los molestos urbanos y las masas populares configuraron el conjunto de enemigos marcados con la *degeneración*³⁵ como expresión de inferioridad biológica.

Las groserías del barón Garofalo³⁶ y las expresiones, sustancialmente parecidas –aunque más finas y elaboradas, como correspondía a un jurista en serio– de Franz von Liszt³⁷ abrieron el camino para la eliminación de todos los molestos al poder y a la creciente jerarquización de la nueva sociedad urbana del industrialismo. El delito perdió importancia por su lesividad y sólo la conservó como síntoma que demandaba mayor o menor grado de neutralización sobre el autor.

La persona desapareció, quedando el ser humano reducido a un ente más entre los entes, sólo diferenciable por su mayor complejidad, es decir, una cosa que en ocasiones podía ser peligrosa y, ante un signo en ese sentido, debía ser reparada o destruida. El camino hacia el genocidio quedó allanado, como siempre que *humanitas* desaparece o se subestima.

Para los positivistas puros la pena no era más que la neutralización de entes peligrosos. Para quienes siguieron tortuosos caminos de imposible compatibilización y mezclaron antropologías incompatibles, esto es, la ética tradicional de Aristóteles, Tomás de Aquino, Kant, Hegel, etc. con el biologismo de Spencer, las penas proporcionadas a los delitos se complementaron con penas neutralizadoras, a las que mediante el llamado *embuste de las*

35 Daniel Pick, *Volte della degenerazione, Una sindrome europea 1848-1918*, Milano, 1999.

36 R. Garofalo, *Criminologia. Studio sul delitto e sulla teoria della repressione*, Torino, 1891.

37 Franz von Liszt, *La idea de fin en el derecho penal*, Valparaíso, 1994.

*etiquetas*³⁸ se las llamó *medidas de seguridad* y se pretendió otorgarles naturaleza administrativa. Tal sucedió con cierta prudencia en la legislación suiza pacientemente elaborada por un discípulo de Liszt, Karl Stooss, y con menor cautela en el código fascista de Rocco de 1930.

La prudencia se pierde cuando falta *humanitas* y, especialmente, en los momentos de crisis económica o bélica. ¿Para qué mantener estas cosas peligrosas que cuestan dinero? ¿Por qué repararlas cuando es más fácil cambiarlas, como un electrodoméstico? Si se necesita dinero para escuelas, hospitales y caminos ¿Para qué destinarlo a los molestos y dañinos? Si hay hambre para la gente decente ¿Por qué darle su comida a los dañinos? Si una juventud sana se mata por la patria en la guerra ¿Para qué pagar para mantener a los parásitos?

Si falta *humanitas*, los humanos son intercambiables y, por ende, su eliminación o conservación es una cuestión de costo/beneficio para el poder. No debe llamar la atención, pues, que llegado a este extremo, el programa final y coherente del positivismo, hasta sus últimas consecuencias, haya sido el *Konzentrationslager* nazista o el *gulag* stalinista.

Un biólogo férreamente racista como Franz Exner³⁹ y un penalista para el que *humanitas* no contaba, aunque había desarrollado hasta uno de sus puntos más altos la técnica de los prácticos, o sea, un *neo-práctico* del siglo XX, Edmund Mezger, proyectaron en el ocaso del nazismo, una legislación para la eliminación en campos de concentración de los *extraños a la comunidad* (*Gemeinschaftsfremde*)⁴⁰.

Como Mezger, en sus elaboraciones *neo-prácticas* conservaba algunos jirones de referencia a la entidad del delito, un connotado positivista italiano, catedrático de Milán, Filippo Grispigni polemizó con él, señalándole que era poco nazista, pues las mayores innovaciones del derecho penal en siglos eran la teoría de la raza y la esterilización del nazismo⁴¹. De este modo, el positivismo

38 Ed. Kohlrausch, *Sicherungshaft. Eine Besinnung auf den Streitstand*, en ZStW, 1924.

39 Franz Exner, *Biología criminal en sus rasgos fundamentales*, Barcelona, 1957. Ver especialmente el capítulo sobre la delincuencia de los afroamericanos en USA.

40 Francisco Muñoz Conde, *Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo. Estudios sobre el Derecho penal del Nacionalsocialismo*, Valencia, 2003.

41 Filippo Grispigni – Edmondo Mezger, *La riforma penale nazionalsocialista*, Milano, Dott. A. Giuffrè, 1942.

peligrosista, por boca de uno de sus últimos y máximos exponentes, confesaba que el genocidio nazista era su culminación coherente y lo apoyaba con singular entusiasmo. *Humanitas* había desaparecido por completo.

Algo parecido sucedía en la Unión Soviética. Nikolai Krylenko llevó el positivismo al extremo de su coherencia, al proponer un código penal sin parte especial, dada la escasa importancia que tenía el delito, o sea, dejando librada a los jueces la individualización de los signos de peligrosidad. Krylenko fue eliminado por *trotskysta* en las purgas de los años treinta, víctima de su propia tesis⁴², y el positivismo aunado a la defensa del estado fue el objetivo central de la teorización penal que racionalizaba el *gulag*.

Humanitas renació después de la Segunda Guerra Mundial. La catástrofe decidió al penalismo a repensar su saber. El viejo culto a la letra de la ley había funcionado en una Europa que buscaba el afianzamiento de sus estados nacionales, la verticalización de sus sociedades siempre prestas a la guerra entre ellas. Karl Binding y su obsesión por las normas deducidas del derecho positivo era el teórico de los tiempos de la consolidación de la unidad alemana con el príncipe Bismarck. El positivismo de Liszt respondía al ordenamiento planificado de la segunda etapa del imperio guillermino. El positivismo legal había sido el refugio del penalismo durante la dictadura italiana. La huida hacia un normativismo al estilo neokantiano había servido para perfeccionar el sistema y para que éste pudiera sobrevolar sin inmutarse la dictadura alemana y sus aberraciones. Hasta antes de la Segunda Guerra podía decirse con tranquilidad que una ley que ordenase matar a todos los niños de ojos azules era derecho, pero cuando esas dejaron de ser especulaciones teóricas y esas leyes habían existido, era imposible seguir sosteniendo lo mismo impávidamente. El racismo, el Holocausto, la esterilización masiva, la muerte masiva de enfermos, eso había sido realidad y no mera especulación.

En los dos países que habían sufrido los totalitarismos de entreguerras, el penalismo opera un giro importante, cuyos autores más significativos, a mi entender, fueron Hans Welzel en Alemania y Giuseppe Bettiol en Italia. Son los penalistas del renacimiento de *humanitas* en el momento de la construcción de sus respectivas repúblicas, de la restauración de sus democracias. Fueron los

42 Cfr. Simon Sebag Montefiore, Stálin, *A corte do Czar vermelho*, São Paulo, 2006, p. 271.

penalistas propios de los tiempos de Konrad Adenauer y de Alcide De Gasperi.

Era difícil para los iluministas y racionalistas descartar una ley penal positiva aberrante, por lo que a comienzos del siglo XIX, Anselm von Feuerbach afirmaba rotundamente que la filosofía era fuente del derecho penal y, al promediar ese siglo, Carrara deducía su sistema de la razón, que es más o menos lo mismo. De cualquier manera, estas posiciones eran criticadas y desprestigiadas como *jusnaturalistas* por los positivistas de su tiempo y posteriores. En la agonía de la Segunda Guerra Mundial, Giuseppe Bettiol retomó la posición de Feuerbach⁴³, Gustav Radbruch planteaba sus angustias frente a la omnipotencia legislativa⁴⁴ y Hans Welzel buscó límites al legislador con su teoría de las estructuras lógico- reales (*sachlogischen Strukturen*). Recrudesció el debate entre jusnaturalismo y positivismo, con alguna ventaja para el primero, que se puso de manifiesto en las primeras sentencias del tribunal constitucional alemán. ¿A qué se debía esta tendencia?

Si nos situamos en la época, o sea, en la mitad del siglo pasado, veremos que comenzaba la guerra fría, que los Derechos Humanos eran materia de una Declaración que no tenía mayor valor jurídico, que las Constituciones de la República Federal de Alemania (1949) y de la República Italiana (1947) eran documentos recientes y de incierto futuro, a juzgar por lo sucedido con la *Weimarer Grundgesetz* y con el débil Estatuto Albertino, por no recordar el destino de las constituciones de Austria, de Checoslovaquia y de la República Española. La Convención de Roma (1950) tampoco garantizaba nada como sistema regional de Derechos Humanos. Era urgente que la ciencia penal misma se erigiese en reaseguro de *humanitas*, frente a la debilidad del derecho positivo, escaso y con vigencia siempre riesgosa. El penalismo sintió la necesidad de dar los elementos que permitiesen descartar las posibles leyes aberrantes.

43 Giuseppe Bettiol, *Scritti giuridici*, Padova, 1966, II, p. 623.

44 Gustav Radbruch, *Fünf Minuten Rechtsphilosophie* (1945); *Gerechtigkeit und Gnade* (1949); *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*, en apéndice a su *Rechtsphilosophie herausgegeben von Erik Wolf*, Stuttgart, 1970; sobre el tema varios trabajos entre los publicados en *Gedächtnisschrift für Gustav Radbruch, herausgegeben von Arthur Kaufmann*, Göttingen, 1968; Zong uk Tjong, *Über die Wendung zum Naturrecht bei Gustav Radbruch*, en ARSP, 1970, LVI/2; Giuliano Vassalli, *Formula di Radbruch e diritto penale. Note sulla punizione dei "delitti di Stato" nella Germania postnazista e nella Germania postcomunista*, Milano, 2001.

En este sentido marcharon Welzel y Bettiol. Fueron dos autores de pensamiento preferentemente conservador, pero en los que *humanitas* recobró todo el brillo que había perdido, subestimada por el positivismo penal y el neokantismo indiferente al mundo.

Welzel teorizó sus estructuras lógico reales o lógico objetivas como una vuelta al realismo, invirtiendo los planteos del neokantismo. Conforme a esta tesis⁴⁵, el derecho se vincula a las estructuras de la realidad, los conceptos jurídicos que invocan la realidad no pueden alterarla, dando lugar así a lo que se consideró un jusnaturalismo en sentido negativo⁴⁶: no pretende afirmar cómo debe ser el derecho, sino decir que algunas cosas no son derecho. Pero sobre todo, consideraba Welzel que había una estructura lógico real fundamental, cuya violación o desconocimiento hacía desaparecer el derecho, y era la vinculación de éste con la persona, con la consideración del ser humano como ente dotado de conciencia moral. Era sin duda *humanitas* que volvía de pleno derecho y por vía del realismo jurídico.

Welzel no desarrolló hasta sus últimas consecuencias su revolucionaria tesis realista, pues no se animó a llevarla hasta la teoría de las penas⁴⁷. En su obra se observa un claro corte teórico entre las teorías del delito y de la pena. La legitimación de las medidas de seguridad es contradictoria con su punto de partida. Pero sin duda revolucionó la teoría del delito.

Giuseppe Bettiol siguió un camino parcialmente diferente, pues centró su atención sobre las penas. En algún momento afirmó que reelaboraría su obra conforme al sistema de Welzel en la teoría del delito⁴⁸, pero no lo hizo. Estuvo mucho más preocupado por las medidas de seguridad, sin duda una supervivencia del positivismo. Así como en plena época fascista había criticado la esterilización lo más duramente que el régimen soportaba⁴⁹, sostuvo que la filosofía

45 Hans Welzel, *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, Göttingen, 1962; *Naturrecht und Rechtspositivismus*, en "Fest. für Niedermeyer, Göttingen, 1953; *Das Recht als Gemeinschaftsordnung*, en "Fest. für Henkel", Berlin, 1974.

46 Julius Moor, cit. por Karl Engisch, *Auf der Suche nach der Gerechtigkeit. Hauptthemen der Rechtsphilosophie*, München, 1971, p. 240.

47 Lo señalamos en *En busca de las penas perdidas*, Buenos Aires, 1989.

48 Así lo expresó en el prefacio a la segunda edición de su *Diritto Penale*.

49 V. *Sterilizzazione e diritto penale in Germania*, en "Rivista Italiana di Diritto Penale", 1934, reproducido en *Scritti Giuridici*, I, p. 102.

era fuente del derecho penal, fue enemigo⁵⁰ de la pena de muerte⁵¹, pugnó por una vuelta al derecho penal de culpabilidad⁵², combatió sin cuartel las medidas de seguridad⁵³ y propugnó la vuelta al código de Zanardelli y la derogación del código de Rocco⁵⁴. Fue sin duda, el más fino de los penalistas italianos del siglo XX⁵⁵.

Católico y militante de la democracia cristiana, diputado constituyente de 1947 y ministro de De Gasperi, se dice que fue el inspirador de la alocución de Pio XII a los asistentes al Congreso Internacional de Derecho Penal en 1953, donde éste sostuvo decididamente el derecho penal de culpabilidad⁵⁶. Cuando en su última visita a Buenos Aires en 1980 reflexionaba sobre un derecho penal cristiano, afirmó que éste era en definitiva el derecho penal liberal y recordó que el Estado Vaticano, *un estado ciertamente confesional, se rige con un código penal laico liberal, obra de Zanardelli, gran maestro de la masonería*⁵⁷.

Estas dos luces del siglo XX marcaron una época del penalismo, la del renacimiento de la democracia europea, cuya claridad se extiende hasta el presente. Pasaron los años, las democracias se asentaron, las Constituciones se consolidaron, pero, por sobre todo, se desarrolló el derecho internacional de los Derechos Humanos. Después de la conferencia de Teherán la Declaración Universal pasó a formar parte de la Carta de la ONU, y los pactos internacionales de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, dieron estatuto legal al sistema universal de Derechos Humanos, las Convenciones de Roma y de San José de Costa Rica entraron en vigencia real y se organizaron con eficacia los sistemas regionales europeo y americano de Derechos Humanos. *Humanitas*, o sea, el

50 V. en castellano, *El problema penal*, trad. de José Luis Guzmán Dalbora, Buenos Aires, 1995, pp. 25 y sgts.

51 Cfr. *Scritti Giuridici*, II, p. 761.

52 Cfr. *Scritti Giuridici*, II, pp. 535, 687, 739.

53 Cfr. *Scritti Giuridici*, II, pp. 937 y 974.

54 Cfr. su posición crítica frente al código de Rocco, en *Scritti Giuridici*, II, p. 1013.

55 Sobre Bettiol, Gaetano Marini, *Giuseppe Bettiol, Diritto Penale come filosofia*, Napoli, 1985.

56 Mensaje de SS. Pio XII al VI Congreso Internacional de Derecho Penal, en "Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé", T. VIII, 1953, pp. 579-594; también, Julián Pereda, *La culpa y la pena según SS. Pio XII*, en "Estudios Deusto", enero-junio 1955, pp. 159 y sgts.

57 G. Bettiol, *Gli ultimi scritti 1980-1982 e la lezione di congedo 6.V.1982*, a cura e con prefazione di Luciano Pettoello Mantovani, Padova, 1984, p. 8.

derecho natural de Feuerbach y de Carrara, y también el de Bettiol y el de Welzel, se convirtieron en derecho positivo internacional.

En nuestro país sucedió algo curioso: en tanto que Europa continental no admitía que los tribunales pudiesen descartar la aplicación de leyes aberrantes, dado que eran estados legales –y no constitucionales– de derecho, nosotros, siguiendo el modelo norteamericano desde 1853, al menos formalmente, éramos un estado constitucional de derecho, con un control difuso de constitucionalidad consagrado en nuestra ley fundamental. Pero lo curioso fue que seguimos la doctrina penal de los estados europeos que no conocían ese control y aunque nuestra doctrina penal muy tempranamente se contagió el desprecio positivista hacia *humanitas*, por suerte éste fue más declamado que práctico⁵⁸, al punto de que en 1921 sancionamos un código penal –hoy lamentablemente descalabrado por la irresponsabilidad legislativa– que no es positivista, que nunca sancionamos leyes de estado peligroso sin delito pese a los numerosos proyectos, y que en 1933 rechazamos una propuesta de reforma de clara inclinación autoritaria positivista, que sólo obtuvo media sanción del Senado⁵⁹. Pese a nuestra incoherencia, *humanitas* nunca desapareció del todo de nuestro derecho penal y, cuando con la dictadura más sanguinaria de nuestra historia desapareció de la realidad, por suerte para la dignidad y el prestigio del penalismo argentino no hubo ningún penalista que se atreviera a intentar su racionalización.

Lo cierto es que la dialéctica entre *humanitas* y su antónimo continua, como lo impone la dinámica de la historia. La implosión de los países del llamado *socialismo real* en Europa, el reacomodamiento de China, los excedentes de capital determinantes de nuevas guerras, generaron nuevos *hostis* en un panorama mundial amenazador para los Derechos Humanos. Leyes penales que desconocen *humanitas* cunden por el mundo, en lo nacional impulsadas por brotes de *populacherismo* penal demagógico vindicativo, en lo internacional por la administración republicana de la potencia hegemónica mundial, que abandona rápidamente las mejores tradiciones democráticas de

58 En surso de impresión se halla un libro de Giuditta Crezzo, *El positivismo italiano en la Argentina*, donde se verifica el compromiso más formal que de fondo de los autores argentinos.

59 José Peco, *La reforma penal en el Senado de 1933*, Buenos Aires, 1936

los Estados Unidos⁶⁰. Frente a las leyes aberrantes se alzan reacciones judiciales importantes que invocan *humanitas*⁶¹.

En medio de esto resurgen *neo-prácticos* en el derecho penal, preocupados sólo por perfeccionar el sistema. Si bien nadie teoriza la subestimación de *humanitas*, algunos proponen concederle un espacio a su antónimo para contener su avance arrollador⁶².

La dialéctica continua con ropajes diferentes, con corporaciones y agencias distintas a las precedentes que luchan entre sí por hegemonizar el poder punitivo. Ya no tenemos la inquisición romana, tampoco la policía urbana de tiempos positivistas, la globalización impone nuevas reglas, pero los atuendos vistosos e innovadores ocultan los mismos cuerpos, las mismas figuras, la misma contradicción, sólo que obligan a agudizar el ingenio y la atención para percibirlos y no engañarnos. *Humanitas* y *hostis*, derecho penal liberal y derecho penal autoritario siguen compitiendo, en carrera dramática, porque la historia no muy lejana enseña que cuando se radicaliza se plantea como opción entre *humanitas* y genocidio.

A treinta años de la desaparición de Welzel, a veinticinco de la de Bettiol, es nuestro deber volver la vista hacia quienes desde el siglo pasado pueden iluminar nuestro camino en los difíciles comienzos de este siglo XXI. Hay también otros nombres que desde el otro siglo arrojan luz, como el del recordado Alessandro Baratta⁶³. Hay muchos otros que comparten nuestros días y nuestras angustias; por todos menciono a Luigi Ferrajoli⁶⁴, como ejemplo claro de la presencia de *humanitas* en nuestros días. Nuestro saber, pese al momento

60 Cfr. John W. Dean, *Conservatives without conscience*, New York, 2006.

61 *Opinion of the Lords of Appeal on thursday 16 December 2004*, "The United Kingdom Parliament", Publications on the Internet; George P. Fletcher, *¿Ciudadanos o personas? Análisis de las sentencias de la Corte Suprema de los Estados Unidos en los casos Hamdi, Padilla y los prisioneros de Guantánamo*, en "Revista Penal La Ley", n° 16, Madrid, julio de 2005.

62 Günther Jakobs, *Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht*, en HRRS, marzo de 2004, trad castellana en Günther Jakobs/Manuel Cancio Meliá, *Derecho Penal del enemigo*, Cuadernos Civitas, Madrid, 2003.

63 Alessandro Baratta, *Criminologia critica e critica del diritto penale*, Bologna, 1982, trad, castellana de Alvaro Bunster, México, 1986; *Criminología y sistema penal. Compilación in memoriam*, Montevideo-Buenos Aires, 2004; *Antinomie giuridiche e conflitti di coscienza. Contributo alla filosofia e alla critica del diritto penale*, Milano, 1963; un panorama completo de su obra y trabajos en: Universität des Saarlandes, Universitätsreden 55, *Gedenkfeier für Universitätsprofessor Dr. jur. Dr. H. C. mult Alessandro Baratta*, 2. Juli 2003.

64 Luigi Ferrajoli, *Diritto e ragione*.

negativo que le toca vivir en este *corsi e ricorsi*, defiende su dignidad, no cabe duda.

Termino esta *Lectio* pidiendo excusas por una síntesis que obliga a omitir matices, por un esfuerzo que obliga a simplificar, que en alguna medida es tergiversar, pero sin perjuicio de los análisis particulares y por consiguiente más precisos, de vez en cuando es necesaria la visión de conjunto, para saber dónde se halla cada paraje en el mapa general. En pocos años –aunque no sé después de cuántos desastres– tendremos que reconstruir la democracia en el mundo, porque *todo fluye*, Heráclito se impone, y por eso quise hoy particularmente reivindicar el pensamiento penal de la reconstrucción democrática, las estructuras lógico reales de Welzel y la preocupación por la culpabilidad de Bettiol, *humanitas* en el renacimiento de las democracias europeas.

Será tarea de los estudiantes de hoy reconstruir el derecho penal cuya destrucción estamos tratando de evitar, y para ello deben saber hacia quiénes mirar como fuente de inspiración.

A los estudiantes en especial dirijo estas últimas palabras: si alguna duda cabe acerca de la toma de posición del saber penal por *humanitas*, basta para descartarla observar que ningún instituto, facultad, universidad, centro o ente académico lleva el nombre de Torquemada, de Rosenberg, de los nazistas de la *Kielerschule* o del fiscal Vichinski. *Nuestra ciencia siempre está del lado de humanitas y no perdona a sus traidores.*

