



UNIVERSITAS

REVISTA DE FILOSOFÍA, DERECHO Y POLÍTICA

Número 5 – enero 2007 – ISSN 1698-7950

Sumario

Artículos

- 3 *Reflexiones en torno a la Ley de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia*, por Rafael de Asís Roig.
- 23 *Tránsito del teleologismo a la metodología ontologista: el sistema finalista del delito*, por Manuel José Arias Eibe.
- 47 *Universalidad de los derechos humanos y crítica de las teorías de la naturaleza humana en el pragmatismo de Richard Rorty*, por Rafael Enrique Aguilera Portales.

Opinión

- 77 *La estafa prohibicionista: antecedentes, mantenimiento y consecuentes*, por Francisco Javier López González.

Comentarios jurisprudenciales

- 91 *Obligación de respetar los derechos humanos*, por Sylvia Martí Sánchez, Javier Sánchez Sánchez y Tatiana Recoder Vallina.

Participan en este número:

- Rafael Enrique Aguilera Portales. Profesor de Filosofía del Derecho en la Universidad Autónoma de Nuevo León, ciudad de Monterrey. Docente-investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de Nuevo León y miembro del Sistema Nacional de Investigadores, CONACYT (México).
- Manuel José Arias Eibe. Abogado. Doctor en Derecho, especialista en Derecho penal. Diplomado en Criminología. Universidad de A Coruña (España).
- Rafael de Asís Roig. Catedrático de Filosofía del Derecho y Director del Instituto de Derechos Humanos "Bartolomé de las Casas" de la Universidad Carlos III de Madrid (España).
- Francisco Javier López González. Psicólogo clínico (España).
- Sylvia Martí Sánchez. Secretaria General de la Asamblea de Madrid (España).
- Javier Sánchez Sánchez. Letrado de la Asamblea de Madrid (España).
- Tatiana Recoder Vallina. Letrada de la Asamblea de Madrid (España).

Universitas

Director

Rafael de Asís Roig

Director Adjunto

Roberto-Marino Jiménez Cano

Jefe de Redacción

Gregorio Saravia

Consejo Editorial

Fco. Javier Ansuátegui, Rafael de Asís, M^º del Carmen Barranco, Reynaldo Bustamante, Eusebio Fernández, Roberto M. Jiménez Cano, Fernando Mariño, Gregorio Peces-Barba, Pablo Pérez Tremps.

Redactores

Patricia Cuenca, Alberto Iglesias, Emilio Moyano, Agustina Palacios, Silvina Ribotta.

Editor

Instituto de Derechos Humanos
"Bartolomé de las Casas"

© Universidad Carlos III de Madrid
(España)

info@revistauniversitas.org

Según lo estipula el acuerdo de organización interna, *Universitas* es fruto del esfuerzo conjunto entre las autoridades del Instituto de Derechos Humanos "Bartolomé de las Casas" de la universidad Carlos III de Madrid y los alumnos y exalumnos de dicha institución. De acuerdo con lo anterior, invitamos a todos quienes deseen participar a mandarnos sus artículos, trabajos, reseñas o noticias.

Pueden contactar con la Asociación de Alumnos y exalumnos en las siguientes direcciones:
Correo-e: bartolome@alumnos.uc3m.es
Web: www.uc3m.es/uc3m/inst/BC/asociacion.htm

REFLEXIONES EN TORNO A LA LEY DE PROMOCIÓN DE LA AUTONOMÍA PERSONAL Y ATENCIÓN A LAS PERSONAS EN SITUACIÓN DE DEPENDENCIA*.

Por Rafael de Asís Roig*

RESUMEN

El 14 de diciembre de 2006 se promulgó en España la Ley 39/2006, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia. En este artículo se realiza una descripción de los antecedentes y objetivos de la mencionada Ley, para luego adentrarse en un análisis crítico, que parte desde nuevos paradigmas a la hora de abordar las situaciones de dependencia, que se basan esencialmente en su consideración como una cuestión de derechos humanos. Asimismo, y desde dichos referentes, propone argumentos para la justificación de la configuración jurídica de la accesibilidad universal, entendiéndola como una condición ineludible a la hora del ejercicio de los derechos en igualdad de condiciones por todas las personas.

PALABRAS CLAVE

Personas en situación de dependencia, autonomía personal, derechos fundamentales, no discriminación, accesibilidad universal.

SUMARIO

1.- Introducción. 2.- El enfoque social de la dependencia. 2.1.- El significado de la dependencia. 2.2.- Los objetivos de la Ley. 2.3.- El tratamiento de derechos. 2.4.- Sobre la accesibilidad universal. 3.- Dependencia y derechos fundamentales. 3.1.- Dependencia, derechos y dignidad. 3.2.- La proclamación de un nuevo derecho. 3.3.- La configuración y el alcance del derecho subjetivo de ciudadanía a la promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia.

1.- INTRODUCCIÓN

No cabe duda que la atención a las personas en situación de dependencia constituye una exigencia de las sociedades contemporáneas. Ciertamente, esta exigencia se ha visto potenciada en el primer mundo, principalmente por el fenómeno del envejecimiento de la población, aunque también, por la atención de colectivos susceptibles de encuadrar por motivos muy diferentes en el ámbito de la dependencia (niños, mayores, personas con discapacidad). En todo caso, conviene advertir que esta exigencia, potenciada por las causas anteriores, posee un valor que trasciende dichos fenómenos y que se encuentra en directa relación con el logro de una vida humana digna, principal fundamento de aquellos instrumentos que hoy consideramos como los referentes de toda estructuración social y jurídica: los derechos humanos.

En este sentido, debemos comenzar celebrando la atención normativa que en España se está llevando a cabo en relación con las personas en situación de dependencia, a través de la Ley 39/2006 de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia, en lo que supone de avance en el campo de la no discriminación. Ciertamente, en los

* Agradezco a Agustina Palacios, los comentarios, reflexiones y sugerencias que me ha hecho llegar sobre un primer borrador de este trabajo.

* Catedrático de Filosofía del Derecho y Director del Instituto de Derechos Humanos "Bartolomé de las Casas" de la Universidad Carlos III de Madrid (España).

últimos años puede decirse que la atención normativa a las situaciones de dependencia se ha visto incrementada notablemente si bien, de manera no sistemática, a veces cuestionable (tanto por su enfoque como por su proyección) e incluso no igualitaria. De ahí la importancia de una Ley que aborde el fenómeno de una manera integral y básica.

Se trata, sin duda, de una Ley que debe constituir un punto de inflexión en el tratamiento de la dependencia. Una Ley que se enfrenta a uno de los grandes retos de los derechos en el siglo XXI, y que lo hace, de una forma seria y rigurosa.

Puede afirmarse que la historia de la Ley pasa por cinco grandes hitos. El primero de ellos tiene lugar en el año 2004, cuando la Ponencia de seguimiento y renovación del pacto de Toledo de 1994 del Congreso de los Diputados, incorpora en las Conclusiones la consideración de la dependencia como prioridad. El segundo de ellos se produce a finales de ese mismo año con la publicación del Libro Blanco de Atención a la Dependencia, coordinado por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. El tercero tiene lugar en diciembre de 2005, cuando la Mesa de Diálogo Social, aprueba el "Acuerdo sobre la acción protectora de la atención a las situaciones de dependencia". El cuarto se produce el 21 de abril de 2006, cuando el Consejo de Ministros aprueba el proyecto de Ley de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia. El quinto lo constituye la publicación de la Ley en el Boletín Oficial del Estado de 15 de diciembre de 2006.

Los objetivos de la ley vienen expuestos de manera clara tanto en la Exposición de motivos como en su artículo 1,1. Así, en la Exposición de motivos se afirma que la Ley pretende, "atender las necesidades de aquellas personas que, por encontrarse en situación de especial vulnerabilidad, requieren apoyos para desarrollar las actividades esenciales de la vida diaria, alcanzar una mayor autonomía personal y poder ejercer plenamente sus derechos de ciudadanía"¹. Y en el artículo 1,1, se afirma que la Ley busca, "regular

¹ En el tratamiento de la dependencia suele diferenciarse entre actividades básicas y actividades instrumentales. Ver Jiménez Lara, A., "Perfiles de dependencia de la población española y necesidades de cuidados de larga duración. Anexo estadístico", en Julio Sánchez Fierro, *Libro Verde sobre la dependencia en España*, 2004, pp. 15 y ss. Las primeras se relacionan con el cuidado personal o autocuidado, y se definen como aquellas habilidades básicas necesarias para llevar una vida independiente en casa. En este grupo se incluyen actividades como comer, vestirse y desnudarse, asearse y lavarse, ir al servicio, ducharse o bañarse, levantarse y acostarse, andar con o sin bastón y poder quedarse solo durante toda la noche. Las segundas son actividades más complejas y requieren un mayor nivel de autonomía personal. Se asocian a tareas que implican la capacidad de tomar decisiones e implican interacciones más difíciles con el medio. En esta categoría se incluyen tareas domésticas, de movilidad, de administración del hogar y de la propiedad, como poder utilizar el teléfono, acordarse de tomar la medicación, cortarse las uñas de los pies, subir una serie de escalones, coger un autobús, un metro o un taxi, preparar la propia comida, comprar lo que se necesita para vivir, realizar actividades domésticas básicas (fregar los

las condiciones básicas que garanticen la igualdad en el ejercicio del derecho subjetivo de ciudadanía a la promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia, en los términos establecidos en las leyes”, mediante la “creación de un Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia” y la garantía “por la Administración General del Estado de un contenido mínimo común de derechos para todos los ciudadanos en cualquier parte del territorio del Estado español”.

Considero que una de las misiones de los teóricos de los derechos es la de analizar críticamente la normativa que afecta a éstos. Cuando además, esa teoría se hace desde la filosofía del Derecho, el análisis crítico se proyecta, normalmente, en cuestiones de fundamentación y de configuración jurídica general. Pues bien, las reflexiones que voy a llevar a cabo en este breve trabajo tienen que ver con dos posibles críticas que pueden lanzarse a esta Ley, que se hacen desde argumentos estrechamente conectados y que, de manera sintética pueden resumirse en los dos siguientes puntos: a) el no acomodo íntegro de la Ley al que podríamos entender como modelo social de la dependencia; y b) el no acomodo íntegro de la Ley al discurso de los derechos fundamentales. Ambas críticas, no afectan de manera sensible al significado de esta norma y a su alto valor. Se trata de dos reflexiones que tienen que ver con la manera en la que nos enfrentamos a la cuestión de la dependencia.

2.- EL ENFOQUE SOCIAL DE LA DEPENDENCIA

Aunque es posible afirmar que discapacidad y dependencia no siempre coinciden, también lo es que muchos de los análisis válidos para la primera pueden proyectarse en la segunda, y viceversa. En este sentido, en el análisis de la evolución del tratamiento de la discapacidad, se viene hablando de una serie de modelos que pueden proyectarse en la dependencia (y que sirven incluso para dar cuenta de la evolución de las políticas antidiscriminatorias).

En efecto, Agustina Palacios, ha señalado cómo en la historia, la atención a la persona con discapacidad ha pasado por varios momentos, que pueden agruparse en diferentes modelos². Siguiendo, en lo básico, el enfoque de esta profesora, hasta época muy reciente era posible hablar de dos grandes modelos, el de la prescindencia y el médico. Ambos manejaban una visión negativa de la discapacidad. El

platos, hacer la cama, etc.), poder pasear, ir al médico, hacer papeleos y administrar el propio dinero, entre otras.

² Vid. Palacios, A., “El derecho a la igualdad de las personas con discapacidad y la obligación de realizar ajustes razonables”, en Campoy, I., (ed.), *Los derechos de las personas con discapacidad*, Debates del Instituto Bartolomé de las Casas, n.2, Dykinson, Madrid 2004, pp. 187 y ss.

primero, en términos generales se caracterizaba por la consideración de la discapacidad como una situación producto de un castigo divino y por la defensa de la necesidad de acabar con la propia vida de las personas con discapacidad o, en el mejor de los casos, por la defensa de la necesidad de marginarlas. El segundo, a diferencia del anterior, entendía la discapacidad como una anomalía, que no tenía su origen en un castigo divino sino en una imperfección física, psíquica o sensorial, congénita o adquirida, que situaba a algunos sujetos por debajo de unos niveles que se consideraban como normales. Ahora bien, las consecuencias de este modelo se traducían en muchos casos, de nuevo, en la marginación de este colectivo, aunque en ocasiones también en la defensa de una serie de medidas dirigidas específicamente a paliar los problemas en los que se encontraban las personas con discapacidad.

Se trata de dos modelos que todavía hoy están presentes, al menos, en la percepción social de la discapacidad e, incluso en sus enfoques teóricos y académicos. Sin embargo, a finales del siglo XX, se comenzó a hablar del modelo social, desde el que la discapacidad deja de ser entendida como una anormalidad del sujeto, y comienza a ser contemplada más bien como una anormalidad de la sociedad. La discapacidad es producto, en este modelo, de la manera en la que hemos construido el entorno, los productos y los servicios e, incluso, de la manera en la que hemos concebido al propio ser humano.

Junto a estos tres modelos, en la actualidad cabe hablar de un cuarto, que podríamos denominar como modelo de la diversidad, y que, en cierta medida, es una variable del anterior. Se trata de un modelo basado en los postulados de los movimientos de vida independiente y que, en lo que aquí nos importa, demandan la consideración de la persona con discapacidad (o con diversidad funcional, término que se utiliza por este movimiento y que ya está cobrando cierto éxito) como un ser valioso en sí mismo por su diversidad.

Pues bien, estos cuatro modelos pueden ser tenidos en cuenta cuando nos referimos a la dependencia, aunque obviamente, en contextos democráticos regidos por los derechos humanos, el primero de ellos difícilmente podrá tener cabida. Tanto el modelo médico o rehabilitador, como el social, como el de la diversidad, permiten relacionar la discapacidad con los derechos y exigen un diferente tipo de política pública.

El modelo médico o rehabilitador entiende que la persona en situación de dependencia lo es por una anomalía física, psíquica o sensorial producida por cualquier circunstancia (ya sea permanente o transitoria). Esta anomalía personal provoca, en muchas ocasiones, una disminución del disfrute de los derechos y, en este sentido, las

políticas públicas deben tender a solucionar en el mayor grado mayor posible dicha anomalía, integrando a la persona en situación de dependencia. Y ello se hace, principalmente, a través de una asistencia sanitaria.

Por su parte, el modelo social entiende que la persona dependiente puede serlo no sólo por una limitación funcional del tipo enunciado por el modelo anterior, sino también por una limitación social. Incluso llega a afirmar que muchas situaciones de dependencia que se presentan como problemas individuales de un sujeto, son realmente provocadas por la sociedad. En todo caso, y al igual que en el modelo anterior, para el modelo social las personas en situación de dependencia tienen disminuida la satisfacción de sus derechos, por lo que se hace necesaria una política pública que extienda esa satisfacción prestando especial atención a las dimensiones de tipo social y, en este sentido, haciendo desaparecer la discriminación en ese ámbito.

El que he denominado como modelo de la diversidad compartiría la visión de la dependencia del modelo anterior, si bien añadiría que la situación que la provoca no tiene porqué ser considerada siempre como un mal o una limitación (ya sea individual o social). La persona con discapacidad o el mayor (al igual que el menor) es, sencillamente, una persona diversa a otra, con lo que su presencia en las sociedades (obviamente en igual satisfacción de derechos que el resto) es un verdadero factor de enriquecimiento. De esta forma, la política pública en materia de dependencia debe tener como objetivo hacerla desaparecer, sin que ello suponga hacer desaparecer, necesariamente la deficiencia. Mientras los dos modelos anteriores manejan, en términos generales, una visión negativa de la situación que provoca la dependencia, este modelo matiza que una cosa son las consecuencias y otra la situación, siendo valorada esta última en un sentido positivo. En términos de derechos, el modelo de la diversidad demanda el reconocimiento de derechos específicos de estos grupos, no tanto desde una argumentación de tipo universalista, sino más bien de tipo particularista.

En todo caso, señalaba antes cómo los tres modelos contemplan la independencia como una cuestión de derechos humanos. Es más, podría decirse que se trata de modelos complementarios y que un correcto disfrute de los derechos de las personas en situación de dependencia exige su combinación. Pero igualmente, es posible afirmar que la ausencia de alguno de ellos, o incluso la prevalencia de uno sobre otro (sobre todo si se trata del modelo médico o rehabilitador en cuanto maneja la visión más restrictiva del fenómeno), implica un planteamiento cuanto menos cuestionable.

Pues bien, entiendo que la Ley que comentamos, a pesar de su relevancia, no responde al modelo social (independientemente de que asuma algunos de sus postulados, como también lo hace en relación con el modelo de la diversidad) y, con ello, es insuficiente desde la perspectiva de los derechos humanos de las personas en situación de dependencia. Y ello puede observarse desde el examen detallado del concepto de dependencia que maneja, desde el estudio de sus objetivos, y desde su configuración de los derechos.

2.1.- El significado de la dependencia

Respecto al significado de la dependencia, el artículo 2,2 de la Ley la define como "El estado de carácter permanente en que se encuentran las personas que, por razones derivadas de la edad, la enfermedad o la discapacidad, y ligadas a la falta o a la pérdida de autonomía física, mental, intelectual o sensorial, precisan de la atención de otra u otras personas o ayudas importantes para realizar actividades básicas de la vida diaria o, en el caso de las personas con discapacidad intelectual o enfermedad mental, de otros apoyos para su autonomía personal". En este sentido, el concepto de dependencia que se maneja se apoya en la Recomendación nº 98 (9) relativa a la dependencia, adoptada el 18 de septiembre de 1998 del Consejo de Europa, al igual que lo han hecho una parte importante de la legislación autonómica española³.

Pues bien, esta definición (que podría ser criticada también, en un contexto más amplio, por utilizar la nota de la permanencia)⁴ utiliza una visión de la dependencia como situación anómala de una persona que encaja perfectamente en la concepción propia del modelo rehabilitador o médico antes expuesta. En este sentido, se podría haber ido a una definición más acorde, por ejemplo con el informe elaborado por un Grupo de expertos del Consejo de Europa de 2003, en el que se señala: "Dependencia es un estado en que las personas, debido a la falta o la pérdida de autonomía física, psicológica o mental, necesitan de algún tipo de ayuda y asistencia para desarrollar sus actividades diarias. La dependencia podría también estar originada o verse agravada por la ausencia de integración social, relaciones solidarias, entornos accesibles y recursos adecuados para la vida de las personas mayores". Desde esta concepción, como podrá observarse, se añade una nueva

³ Como por ejemplo la Ley 11/2003 de 27 de marzo de Servicios Sociales de la Comunidad de Madrid, o la Ley 5/2003 de 3 de abril, de Atención y protección a las personas mayores de Castilla y León, o la Ley 6/2001 de 20 de noviembre de Atención y protección a las personas en situación de dependencia de Cantabria.

⁴ En el sentido de que, en realidad, existen situaciones de dependencia no permanentes que podrían ser objeto de atención, si bien, también es cierto que una normativa que no se proyecte en colectivos concretos, debido a su magnitud, podría ser de imposible cumplimiento o realización.

característica, al afirmarse que la dependencia puede estar originada o verse agravada por la propia sociedad. Si bien es cierto que limita su proyección a las personas mayores, en ella está relativamente integrada la visión social⁵.

2.2.- Los objetivos de la Ley

He tenido ya ocasión de referirme a los objetivos de la Ley, expuestos tanto en la Exposición de Motivos como en su artículo 1,1. En la Exposición de motivos, manejando un idea de igualdad como no discriminación, se señala como objetivo: "atender las necesidades de aquellas personas que, por encontrarse en situación de especial vulnerabilidad, requieren apoyos para desarrollar las actividades esenciales de la vida diaria, alcanzar una mayor autonomía personal y poder ejercer plenamente sus derechos de ciudadanía". Por su parte, en el art. 1,1, igualmente desde el manejo de una idea de igualdad como no discriminación, puede leerse como finalidad de la norma: "regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad en el ejercicio del derecho subjetivo de ciudadanía a la promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia, en los términos establecidos en las leyes", mediante la "creación de un Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia" y la garantía "por la Administración General del Estado de un contenido mínimo común de derechos para todos los ciudadanos en cualquier parte del territorio nacional".

Respecto al Sistema para la Autonomía y la Atención a la Dependencia en él se incrustan las prestaciones y servicios de dependencia. Toda su configuración se inspira en la idea de igualdad como no discriminación en sus dos vertientes, esto es, la de no discriminación en sentido estricto y la del tratamiento diferenciado. Las personas en situación de dependencia son asimiladas así a otros grupos o colectivos susceptibles de identificar con el término de categorías sospechosas.

En el artículo 13, se señalan los objetivos de las prestaciones de dependencia. Se trata así de conseguir "una mejor calidad de vida y autonomía personal, en un marco de efectiva igualdad de oportunidades, de acuerdo con los siguientes objetivos: a) Facilitar una existencia autónoma en su medio habitual, todo el tiempo que

⁵ El texto definitivo de la Ley, ha modificado la definición de dependencia que se contenía en el anteproyecto y que supone concretar los destinatarios y subrayar el elemento de la especificidad y no de la universalidad, al referirse a la edad, enfermedad y discapacidad. En el anteproyecto se definía la dependencia como: "El estado de carácter permanente en que se encuentran las personas que, por razones ligadas a la falta o a la pérdida de autonomía física, intelectual o sensorial, precisan de la atención de otra u otras personas o ayudas importantes para realizar actividades básicas de la vida diaria"

deseo y sea posible. b) Proporcionar un trato digno en todos los ámbitos de su vida personal, familiar y social, facilitando su incorporación activa en la vida de la comunidad". Y en el artículo 14,1, al referirse con carácter general a los tipos de prestaciones (prestaciones de servicios y prestaciones económicas), se señala que éstas irán destinadas "por una parte, a la promoción de la autonomía personal y, por otra, a atender las necesidades de las personas con dificultades para la realización de las actividades básicas de la vida diaria". Ambos preceptos recogen los tres grandes criterios que deben presidir cualquier normativa de carácter igualitario: autonomía, satisfacción de necesidades y participación.

Sin embargo, es en lo referente al catálogo de servicios de dependencia, donde la perspectiva de la Ley vuelve a quedar clara. En efecto, este catálogo viene establecido en el artículo 15, diferenciando entre servicio de ayuda a domicilio, servicio de Centro de Día y de Noche, servicio de Atención Residencial, servicio de Prevención de las Situaciones de Dependencia y de Teleasistencia. Pues bien, el enfoque de la Ley vuelve a manifestarse en el tratamiento de lo que se denomina como Prevención de las Situaciones de Dependencia.

En este punto, el artículo 21 señala que se trata de un servicio que: "Tiene por finalidad prevenir la aparición o el agravamiento de enfermedades o discapacidades y de sus secuelas, mediante el desarrollo coordinado, entre los servicios sociales y de salud, de actuaciones de promoción de condiciones de vida saludables, programas específicos de carácter preventivo y de rehabilitación dirigidos a las personas mayores y personas con discapacidad y a quienes se vean afectados por procesos de hospitalización complejos". Se trata, en este sentido, de un artículo muy significativo, en el que se entiende la dependencia como una situación especial concebida en términos de enfermedad o de limitaciones individuales de la persona. De este modo, al considerar que la situación de dependencia es consecuencia exclusiva de la limitación funcional individual de la persona, la norma asume que la prevención se restringe a disminuir, evitar o erradicar dichas limitaciones funcionales individuales. Esto refleja sin lugar a dudas la asunción de un modelo médico o rehabilitador. La prevención de situaciones de dependencia debe abarcar, por ejemplo, tanto las políticas tendentes a evitar accidentes de tráfico que generan limitaciones funcionales en las personas, como también, la construcción de edificios que no cumplan con los requisitos de accesibilidad, y de este modo generan limitaciones y restricciones sociales. Sin embargo, la Ley no parece tener en cuenta en este punto la segunda perspectiva.

Las políticas de prevención de la dependencia, de esta manera, se conciben como herramientas centradas en características concretas de las personas, y en ningún momento se plantea la posibilidad de que la dependencia tenga además un origen social y con ello, tampoco la posibilidad de políticas que tiendan a normalizar a la sociedad, como por ejemplo, la accesibilidad universal y las políticas educativas. Y esto último se ve corroborado cuando en el Título II ("La calidad y eficacia del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia"), dentro del Capítulo II, dedicado a la "Formación en materia de dependencia", se aborda la cuestión de la formación haciendo exclusiva referencia a los profesionales y cuidadores (artículo. 36) y no a un tipo de educación, de carácter general, que permita modificar la comprensión de este fenómeno en la sociedad.

Lo anterior es, por otro lado coherente, con algunas de las afirmaciones presentes en el Libro Blanco de Atención a la Dependencia, en las que se subraya, de nuevo textualmente, el enfoque rehabilitador. Así, por ejemplo se dice: "los programas y servicios para personas en situación de dependencia deben estar diseñados con un enfoque rehabilitador". Y continúa, "esto quiere decir que todos los recursos y programas de atención a la dependencia deben asumir como principio el criterio de reversibilidad y recuperación en cualquiera de las vertientes y posibilidades de las personas objeto de atención, aun en el caso de que éstas sean residuales".

2.3.- El tratamiento de derechos

Por último, el tratamiento de los derechos, también da cuenta del enfoque de la Ley. Independientemente de que más adelante se vuelva sobre este tratamiento, el artículo 1 alude al "derecho subjetivo de ciudadanía a la promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia". Por su parte, el artículo 4 hace referencia a dos grandes tipos de derechos. El primero viene recogido en el artículo 4,1, en el que se hace referencia a prestaciones y servicios de dependencia: "...tendrán derecho,... a acceder, en condiciones de igualdad, a las prestaciones y servicios previstos en esta Ley...". El segundo, aparece en el artículo 4,2, en la forma de derechos de los ciudadanos. En este precepto, se afirma que "...las personas en situación de dependencia disfrutarán de todos los derechos establecidos en la legislación vigente", especificándose, con carácter especial, algunos de éstos. Así, entre otros, se alude, en el párrafo a), al disfrute de los derechos humanos y libertades fundamentales, con pleno respeto a su dignidad e intimidad. En el b), se habla del derecho a recibir, en términos comprensibles y accesibles, información completa y continuada relacionada con su situación de dependencia. El e), se refiere al derecho a participar en

la formulación y aplicación de las políticas que afecten a su bienestar, ya sea a título individual o mediante asociación. En el j), se alude al derecho a iniciar las acciones administrativas y jurisdiccionales en defensa del derecho que reconoce la presente Ley en el apartado 1 de este artículo (es decir, el derecho de acceso a prestaciones y servicios de dependencia). En el apartado k, se alude al derecho a la igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal, en cualquiera de los ámbitos de desarrollo y aplicación de esta ley. Y en el l), al derecho a no sufrir discriminación por razón de orientación o identidad sexual.

Todo el articulado de la Ley se ocupa, con las consideraciones que más adelante haré, del primer tipo de derecho. Así, del segundo tipo de derechos sólo se hace referencia en el artículo citado, cuyo punto 3, establece la obligación de los poderes públicos de adoptar las medidas necesarias para promover y garantizar su respeto. Pues bien, de nuevo en este punto, se vislumbra la concepción de la dependencia como una situación que tiene su origen en la persona y nada que ver con la sociedad.

Obviamente, la comprensión de la dependencia desde el que he denominado como modelo médico o rehabilitador, plantea una serie de exigencias de gran importancia para las personas en dicha situación. La adopción de una normativa que recoge esas exigencias es un paso muy importante en el reconocimiento de los derechos de estas personas y para el logro de una vida humana digna. No obstante, este modelo debe ser complementado, al menos, con el modelo social, ya que desde éste, el logro del objetivo final de este tipo de normativas, que no es otro que la desaparición de la discriminación, parece más plausible.

He destacado en otros lugares⁶, cómo en la lucha contra la discriminación, la herramienta más importante, aunque sea la más lenta, es la educación, como instrumento que permite no ya respetar y cumplir con unos valores (esto lo puede hacer el Derecho), sino asumirlos como propios. Pero en todo caso, la actuación jurídica contra la discriminación, también de gran importancia y, además, con resultados más rápidos, debe desempeñar una función educadora, en el sentido de suministrar mensajes a los ciudadanos sobre cómo comprender su papel y el de la sociedad. En este punto, el problema de la discriminación de las personas en situación de dependencia no puede pensarse que tenga su origen sólo en los rasgos individuales de las personas sino, más bien, en la sociedad. Y es precisamente este mensaje, el que nos proporciona el modelo social.

⁶ Vid. recientemente, mi trabajo *Cuestiones de derechos*, Universidad del Externado de Colombia, 2005.

La adecuación al modelo social, exigiría que la ley prestara una mayor atención a estos derechos enumerados en el artículo 4,2, pero sobre todo, exigiría subrayar e, incluso, haber creado, otro nuevo derecho, dotándole de un status privilegiado, el derecho a la accesibilidad universal.

2.4.- Sobre la accesibilidad universal

He señalado ya cómo en el párrafo k), del artículo 4,2 se hace referencia a ese derecho, junto con el derecho a la igualdad de oportunidades y a la no discriminación. Sin embargo, no cabe pensar que se trata de tres derechos que poseen el mismo valor jurídico. Mientras que estos dos últimos, se desenvuelven en el marco constitucional y pueden ser entendidos como derechos fundamentales, la accesibilidad universal, cuando no es comprendida como un principio (la propia Ley que estamos comentando parece hacerlo así), es configurada como un derecho subjetivo. La proclamación de ese nuevo derecho de ciudadanía del que habla esta ley, independientemente de las reflexiones que haré a continuación, podría haberse visto acompañada de la proclamación de otro derecho de ciudadanía: el derecho a la accesibilidad universal.

La justificación de la importancia de este derecho, puede ser expresada desde la misma comprensión de la situación de dependencia. Ésta, la situación de dependencia, puede ser construida o natural. Hablamos de situación de dependencia construida para referirnos a situaciones creadas por el entorno social y que provocan dicha dependencia; hablamos de situación de dependencia natural para referirnos a situaciones que derivan de un rasgo individual⁷. Y no debe ser pasado por alto que una gran parte de las situaciones de dependencia son del primer tipo. Sin embargo, la comprensión de la situación de dependencia parece centrarse en el segundo.

En efecto, las concepciones de la dependencia utilizan como referentes la situación del individuo y la necesidad de asistencia. Sin embargo, la dependencia construida no siempre va a requerir como

⁷ Afirmar ello, no significa ignorar el hecho de que la deficiencia (limitación física, psíquica o sensorial) es una categoría que cambia a lo largo de la historia -e incluso entre culturas-; por tanto desde el momento en que una limitación funcional se puede prevenir, erradicar o se pueden mejorar de forma significativa sus efectos, ya no se puede considerar como un simple fenómeno natural, y el tema adquiere un aspecto social. Así, la experiencia de unas simples cataratas o el desgaste de la articulación de la cadera, que quizá en otro tiempo fueran consideradas – acertadamente- un producto de la naturaleza, hoy no se pueden entender en determinados países, separadamente de los fenómenos sociales, de las prácticas sociales nocivas y de las listas de espera de los Servicios Nacionales de Salud, entre otras cuestiones. Vid. Abberley, Paul, “Trabajo, Utopía y deficiencia” en la obra *Discapacidad y Sociedad*, Barton, L. (comp.), Morata., Madrid, 1998, p. 77 y ss; asimismo: Ingstand, B., and Reynolds White, S. (Ed.), *Disability and Culture*, University of California Press, United States of America, 1995. (Agradezco a Agustina Palacios esta apreciación).

respuesta la asistencia de una tercera persona, o determinadas medidas orientadas de manera individual a la persona implicada, sino más bien un cambio de tipo social. Y, en este sentido, la primera medida a adoptar frente a situaciones de dependencia debe ir en la línea de descubrir si nos encontramos ante una situación de dependencia natural o construida. Y el camino para lograrlo no es otro que la realización de la idea de accesibilidad.

La legislación española se refiere a la accesibilidad en forma de principio, definido en el marco de la Ley 51/2003, como “la condición que deben cumplir los entornos, procesos, bienes, productos y servicios, así como los objetos o instrumentos, herramientas y dispositivos, para ser comprensibles, utilizables y practicables por todas las personas en condiciones de seguridad y comodidad y de la forma más autónoma y natural posible”⁸.

La accesibilidad universal se presenta como una condición ineludible para el ejercicio de los derechos –en igualdad de condiciones- por todos los individuos. A través de ella, se pretende superar los obstáculos o barreras que impiden el disfrute de los derechos. Así, en el marco de la discapacidad y desde un enfoque propio del modelo social, el problema de la falta de accesibilidad ha dejado de ser abordado desde la toma de medidas especiales dentro de un proceso de rehabilitación individual de un sujeto, pasando a serlo desde la búsqueda de respuestas adecuadas, en condiciones de igualdad, a las necesidades de todas las personas. Y esta tendencia, puede ser también proyectada en el análisis de la dependencia.

Ahora bien, la configuración de la accesibilidad de Ley 51/2003 no está todavía clara, y, en cierto sentido puede ser vista como insuficiente⁹. Por ello, esta nueva Ley, podría ser el instrumento adecuado para configurar de manera clara este derecho, dotándole de un status especial.

3.- DEPENDENCIA Y DERECHOS FUNDAMENTALES

3.1.- Dependencia, derechos y dignidad

No resulta exagerado afirmar que la idea de independencia constituye uno de los referentes irrenunciables de la ética moderna y,

⁸ Ley 51/2003 de Igualdad de Oportunidades, No Discriminación y Accesibilidad Universal de las Personas con Discapacidad, Artículo 2 inciso c).

⁹ Vid. en este sentido, De Asís, R., Aiello, A.L., Bariffi, F., Campoy, I., y Palacios, A., “La accesibilidad universal en el marco constitucional español”, en *Derechos y Libertades*, n. 16, en prensa.

en este sentido, de los derechos humanos, en cuanto integra uno de los rasgos que se asocian al ser humano como ser moral, esto es, como sujeto moral.

El de sujeto moral es, sin duda, un término abstracto, con el que se pretende identificar a los seres dotados de libertad de elección y por tanto con posibilidad para elaborar planes de vida. Su comprensión puede ser facilitada de la mano de lo que G. Peces-Barba denomina como dinamismo de la libertad¹⁰.

El dinamismo de la libertad parte de una determinada consideración del individuo de carácter mínimo, que se traduce en la idea de dignidad, y que puede entenderse a través de la relación entre la libertad de elección y la libertad moral¹¹. La dignidad humana, así entendida, implica la consideración de los individuos dotados de libertad de elección y que orientan su existencia hacia el logro de diferentes planes de vida.

En todo caso, la libertad de elección lleva aparejada una serie de condicionantes sin los cuales no es posible su desarrollo y que constituyen requisitos previos de toda discusión moral y, por ende, de los derechos humanos. Entre ellos, pueden ser citados el igual reconocimiento de la integridad física (satisfacción de necesidades básicas) y de la integridad moral (autonomía e independencia).

De esta forma, existe un núcleo básico de los derechos, en cuanto figuras con relevancia ética, en el que éstos se insertan, que está compuesto por cinco ideas: libertad de elección, autonomía, independencia, satisfacción de necesidades básicas y consecución de planes de vida. Se trata de un núcleo abstracto, que sirve para identificar la idea de dignidad humana. Su relevancia es fundamental: tanto en el plano doctrinal, como en el legislativo, como en el judicial, toda referencia a los derechos debe respetar esos mínimos para poder ser considerada como compatible con su discurso.

Ahora bien, conviene no confundir la idea de dignidad humana, presupuesto y condicionante de los derechos, con la vida humana digna, que constituye su fundamento. Se logra una vida humana digna cuando el ejercicio de la libertad de elección orientado hacia el logro de un plan de vida se lleva a cabo de manera satisfactoria para el individuo. La vida humana digna solo puede alcanzarse cuando se respetan los rasgos definatorios de la dignidad y su ejercicio; cuando se alcanza una satisfacción razonable de un plan de vida.

¹⁰ Peces-Barba, Gregorio (y otros), *Curso de derechos fundamentales*, BOE-Universidad Carlos III de Madrid, 1995.

¹¹ Vid. De Asís, Rafael, *Sobre el concepto y el fundamento de los derechos: Una aproximación dualista*, Cuadernos Bartolomé de las Casas, Madrid 2001.

Las nociones de dignidad humana y de vida humana digna, deben reforzar la idea de que las personas en situación de dependencia tienen un papel en la sociedad, que hay que atender con absoluta independencia de cualquier consideración de utilidad social o económica¹²

La importancia de la independencia en el propio discurso de los derechos, en la delimitación de la dignidad humana y en la consecución de una vida humana digna, justifican la inclusión de toda esta problemática en el ámbito de los derechos e, igualmente, la construcción de estrategias y de instrumentos para solventar la posible insatisfacción de los derechos de las personas en situación de dependencia.

De esta forma, los instrumentos necesarios para afrontar las situaciones de dependencia, deben encontrarse encaminados a una doble función: por un lado brindar las prestaciones económicas, médicas, sanitarias y sociales requeridas por la persona; y por otro adoptar aquellas medidas oportunas a fin de eliminar las causas que agravan y/o producen la situación de dependencia, dentro de las cuales tiene una gran influencia, sin duda, la falta de accesibilidad de los entornos, productos o servicios.

Con anterioridad tuve ya ocasión de referirme a la accesibilidad universal. En todo caso, la accesibilidad debe ir acompañada de otras estrategias, en forma de prestaciones y de asistencia, que puedan englobarse en el marco de un derecho. La protección social de la dependencia debe ser entendida como un derecho universal de toda la población que se encuentre en tal situación.

3.2.- La proclamación de un nuevo derecho

Una de las principales virtudes de la Ley, tiene que ver con la proclamación de un nuevo derecho. En efecto, el artículo 1, se refiere al "derecho subjetivo de ciudadanía a la promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia". Independientemente del alcance de dicho derecho, es importante advertir que se trata de un precepto incorporado explícitamente en la última redacción del proyecto de Ley.

El anteproyecto de la Ley no contemplaba este derecho, aunque sí que se refería de manera general a los derechos de las personas en situación de dependencia y, más concretamente, al derecho a acceder a las prestaciones y servicios.

¹² Sin embargo, esto no es siempre así. Vid. De Asís, R. y Palacios, A., *Derechos humanos y situaciones de dependencia*, Cuadernos Bartolomé de las Casas, Dykinson (en prensa).

En la exposición de motivos del anteproyecto se decía que la ley garantizaba unos derechos básicos, que se fundamentaban en los principios de universalidad, equidad e igualdad, y en la participación, integración y normalización de la atención a las personas en situación de dependencia. Sin embargo, el proyecto en su exposición de motivos afirmaba ya que la Ley "configura un derecho subjetivo que se fundamenta en los principios de universalidad, equidad y accesibilidad, desarrollando un modelo de atención integral al ciudadano..."

La ausencia de una proclamación explícita de un derecho a la promoción de la autonomía personal y atención de las personas en situación de dependencia, fue una de las críticas centrales dirigidas al anteproyecto desde diferentes ámbitos, y no parecía una conclusión lógica de todo el proceso seguido para su aprobación.

El "Acuerdo sobre la Acción Protectora de la Atención a las Situaciones de Dependencia" de 21 de diciembre de 2005, firmado por el Gobierno, Sindicatos y Asociaciones de Empresarios en la "Mesa de Diálogo Social", y que es el precedente inmediato de la Ley, se refiere a un nuevo derecho de ciudadanía de carácter subjetivo, y en otro momento se refiere al derecho a ser atendido en situaciones de dependencia.

Por su parte, el Dictamen 3/2006 del Consejo Económico y Social, sobre el Anteproyecto de esta Ley, se refiere también a un nuevo derecho, cuya singularidad radica en la "ausencia de antecedentes en el ordenamiento jurídico vigente que se correspondan exactamente con sus características". En este sentido, "considera que la configuración de la atención a la dependencia como un derecho subjetivo de carácter universal le confiere un sustrato normativo superior, siendo éste uno de sus principales elementos diferenciadores respecto a la protección que se ha venido prestando hasta ahora de manera fragmentaria con diferentes instrumentos, dispositivos y prestaciones públicas, especialmente desde los Servicios Sociales". Este nuevo derecho es denominado como el "derecho de atención a las personas en situación de dependencia"

Por último, el Libro Blanco de Atención a la dependencia se refiere al derecho a la protección social de la dependencia, cuyo contenido serían diferentes prestaciones. E igualmente se refiere también a la necesidad de reconocer como derecho subjetivo el acceso a servicios de atención domiciliaria, a centros de atención diurna y el ingreso, en su caso, en centros residenciales.

En este sentido, la proclamación del artículo 1 de la Ley, a la vista de estos antecedentes, no puede ser entendida como fruto de un ejercicio retórico, aunque su configuración pueda ser objeto de

ciertas críticas. No cabe duda que, más allá de éstas, la Ley, a través de la declaración de este nuevo derecho, abre un debate sobre su significado e introduce en el discurso jurídico un nuevo referente.

Todos los que nos desenvolvemos en el ámbito jurídico, sabemos de la importancia que en el Derecho tienen las palabras. No es este el lugar para extenderme en ello. Baste con señalar como el Derecho se expresa a través de enunciados lingüísticos que son interpretados por los diferentes operadores jurídicos. Así, la discusión jurídica es, en muchos casos, una disputa sobre el significado y el alcance de los términos de una norma o de una decisión. Y para ello, una condición ineludible es la existencia de la referencia normativa.

De esta forma, la simple enunciación de este derecho, no cabe duda que implicará una nueva forma de entender las situaciones de dependencia desde la discusión que se genere (ya iniciada) sobre su configuración, alcance y garantía.

3.3.- La configuración y el alcance del derecho subjetivo de ciudadanía a la promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia

El reconocimiento de este nuevo derecho, puede ser contemplado como el resultado de la adopción de un nuevo enfoque en el tratamiento de la dependencia, que conlleva su incursión en el campo de los derechos humanos. Sin embargo, esta apreciación carece de bases sólidas a la vista de la configuración que del mismo se lleva a cabo en la ley. Y ello a pesar de lo dispuesto en la Exposición de Motivos y en la Disposición final octava de la Ley, en donde se justifica a efectos competenciales la norma, desde el artículo 149.1.1 de la Constitución, referido a la competencia exclusiva del Estado para regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes constitucionales.

No voy a referirme aquí a la cuestión competencial (que en materias como la presente pone sobre el tapete la escasa solidaridad autonómica existente en nuestro país). Sólo señalaré como esa invocación plantea problemas desde la propia configuración de este nuevo derecho que, difícilmente, puede ser considerado como un derecho constitucional o fundamental. Entre otras cosas esto supondría establecer los mismos instrumentos de garantía que poseen el resto de los derechos para este nuevo derecho, así como cuestionar lo dispuesto en el artículo 9,1 de la Ley en el que se deja en manos del Gobierno el establecimiento del nivel mínimo de protección garantizado y que se presenta como la condición básica de garantía del derecho. Y todo ello independientemente de que existan razones para así configurarlo, al igual que nos ocurría con la

accesibilidad. Una consideración tal, en nuestro sistema jurídico constitucional, exigiría una reforma constitucional (algo por otro lado, digno de ser tenido en cuenta, en el tratamiento de estas cuestiones), o la adopción de la llamada teoría de los derechos implícitos, algo, de nuevo, de difícil acogida en nuestra práctica constitucional.

La ley se refiere así a un derecho subjetivo de ciudadanía que, como acabo de señalar, no puede ser entendido como un derecho fundamental, pero que tampoco puede ser considerado como un derecho subjetivo más. La introducción del término "ciudadanía", debería en este sentido, servir para dotar de singularidad a este derecho.

Se trata de una terminología ciertamente innovadora en nuestra historia constitucional. En el discurso de los nuevos derechos, desde un punto de vista doctrinal, se habla de dos grandes tipos o categorías: los derechos difusos y los derechos cotidianos. Los derechos cotidianos, han sido definidos por M. E. Rodríguez Palop, como las "facultades que les son reconocidas a los individuos para poder provocar la efectiva realización de los derechos ya recogidos como tales en las constituciones de los Estados sociales". En este sentido, afectan "a la vida cotidiana de la población entera" y expresan "la diversificación de las necesidades y la pluralización de los servicios de la que hemos sido testigos en los últimos años". De ahí que no puedan ser considerados como auténticos nuevos derechos "surgidos sobre la base de una mutación de las circunstancias sociales y del sistema axiológico sino que, más bien, han de ser vistos como instrumentos que permiten hacer efectivo el ejercicio de los derechos y las libertades ya reconocidos, a los que nada añaden"¹³. Los derechos difusos, para la profesora Rodríguez Palop, "suponen una novedad por lo que se refiere a su fundamento, a su objeto de protección y a los mecanismos que requiere su puesta en marcha". En este caso si que se trata de nuevos derechos, entre los que están, para esta autora, el derecho al medio ambiente, al desarrollo, a la paz a la autodeterminación de los pueblos y al patrimonio común de la humanidad. Sus elementos comunes son: a) surgen en un contexto histórico idéntico (tras la segunda guerra mundial); b) están vinculados con movimientos sociales; c) desde ellos se denuncian las deficiencias del sistema político-económico nacional e internacional; d) están vinculados al proceso de internacionalización; e) plantean problemas de configuración jurídica

¹³ Rodríguez Palop, M.E., *La nueva generación de derechos humanos*, Dykinson, Madrid 2002, pp. 29 y 30.

(titularidad, garantía, objeto) y de justificación (intereses difusos, colectivos, plasmación de la solidaridad)¹⁴.

Pues bien, en línea de principio, la adscripción de este nuevo derecho a cualquiera de las categorías anteriores plantea ciertos problemas. En este sentido, no está claro que se quiere afirmar con la inclusión del término ciudadanía. Parece, así que con dicho término se está haciendo referencia más bien, al reconocimiento generalizado del derecho, o si se prefiere a su universalidad, siempre en el contexto del Ordenamiento jurídico español y en relación con la situación concreta del individuo. Pero, en ese caso, tal vez, la referencia a la ciudadanía resulte superflua.

Tal vez, la atención a la dependencia, desde el discurso de los derechos, exigiría de una reforma constitucional que supusiera la incorporación en los artículos 49 y 50 del derecho a la accesibilidad universal y del derecho a la promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia.

En todo caso, mientras esto no suceda, esta Ley supone un importante avance, en cuanto alude a este derecho de carácter subjetivo. No obstante, tampoco está claro su alcance¹⁵. En principio, podría afirmarse que el nuevo derecho está compuesto por un haz de prestaciones económicas (vinculadas a un servicio, a cuidados familiares o a la asistencia personal¹⁶) y de servicios (vinculadas a la

¹⁴ Rodríguez Palop, M.E., *La nueva generación de derechos humanos*, cit., pp. 31 y 93 y ss.

¹⁵ Incluso, no es fácil descubrir que añade esta mención al derecho, respecto a su ausencia en el Anteproyecto, más allá de lo dicho al referirme a la inclusión de conceptos en la discusión jurídica.

¹⁶ La asistencia personal puede incluso ser considerada como parte de la accesibilidad universal. Ciertas personas en situación de dependencia requieren de la ayuda personal de otra en sus actividades de la vida diaria, dentro y fuera del hogar. La figura del asistente personal se encuentra definida en el artículo 2 de la Ley, y en el artículo 19 se regula la prestación económica por asistencia personal, que se encuentra restringida a las personas valoradas como con “gran dependencia”. En relación con esta figura, es posible realizar dos críticas al texto de la Ley. La primera de ellas tiene que ver con lo que podríamos denominar como proyección de la asistencia. El texto de la Ley limita las actividades a las del hogar, el estudio y el trabajo, excluyendo el ocio y el tiempo libre. La segunda tiene que ver con la prestación económica por asistencia. Como acabo de señalar, quedan excluidas de dicha prestación las personas con “dependencia moderada” y las personas con “dependencia severa”. Este punto parece delicado, y si se quiere adoptar un modelo social en la reglamentación de esta cuestión, sería interesante que al momento de reglamentarse la valoración del grado de dependencia se tuvieran en cuenta las necesidades de las personas, no solo en función de sus edades o tipos y grados de limitaciones individuales –factores individuales–, sino también en relación a las actividades que realizan, los medios con los que cuentan, y sobre todo, los obstáculos sociales que enfrentan –factores sociales–; como podrían ser vivir en ámbitos rurales, entornos más inaccesibles, entre otros. Ello debería ser tenido en cuenta al establecerse los criterios de valoración de la dependencia porque sino nuevamente nos enfrentaremos a una visión netamente médica o rehabilitadora de la cuestión. Y pareciera que ello deberá ser tenido en cuenta, dado a que el artículo 27.2 establece que el baremo a ser aplicado tendrá entre sus referentes la Clasificación Internacional del Funcionamiento, la Discapacidad y la Salud (CIF). Eso obligará a tener presente los factores contextuales y sociales, ya que la CIF considera que la discapacidad es una limitación en el funcionamiento de una persona al realizar una actividad concreta o al desarrollar la participación en la sociedad con carácter general. Y el funcionamiento

prevención de las situaciones de dependencia, a la teleasistencia, a la ayuda a domicilio, a los Centros de Día y de Noche, y a la atención residencial), todo ello integrado en el Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, y vinculado al grado de dependencia en el que se encuentre el sujeto titular del derecho, lo que exige la existencia de una resolución de la Administración en la que se determinen los servicios o prestaciones que corresponden a la persona.

Se trataría pues de un derecho muy especial, sujeto al desarrollo del significado de las prestaciones y los servicios, y a la resolución administrativa relativa al grado de dependencia. Por otro lado, el propio texto de la Ley da cuenta de estos problemas de indeterminación del alcance del derecho. Existe un precepto que creo es buena muestra de ello, y que da cuenta de la poca claridad existente en este punto. Como ya señalé, el artículo 4,2 de la Ley, se refiere en su letra j), al derecho a iniciar las acciones administrativas y jurisdiccionales en defensa del derecho que reconoce la presente ley. Pues bien, parece que la propia ley concibiera la posibilidad de hablar de un derecho no protegido o, en su caso entendiera que se trata de un derecho cuyo contenido es tan difuso que exige una proclamación tan inusual como esta.

A pesar de todo, no cabe duda que, independientemente de lo anterior, el reconocimiento de este derecho en el ámbito legal, es un hecho crucial en la lucha contra la discriminación de las personas en situación de dependencia.

de una persona se entiende como una relación compleja o interacción entre la *condición de la salud* (trastorno o enfermedad) y los *factores contextuales* (ambientales o personales). Cfr. *Clasificación Internacional del Funcionamiento, la Discapacidad y la Salud*, (Génova, Organización Mundial de la Salud, 2001), aprobada por la 54ª Asamblea Mundial de la Salud, celebrada del 17 al 22 de mayo de 2001.

TRÁNSITO DEL TELEOLOGISMO A LA METODOLOGÍA ONTOLOGISTA: EL SISTEMA FINALISTA DEL DELITO

Manuel José Arias Eibe*

RESUMEN

El finalismo configuró una genérica concepción filosófica del conocimiento total, y más específicamente, y como nuevo sistema del Derecho penal, constituyó una enorme innovación en la dogmática desde mediados del pasado siglo XX. Los finalistas manejaron un innovador concepto filosófico jurídico de acción que alcanzará su mayor esplendor tras la segunda guerra mundial. El finalismo penal implicó un giro radical en la metodología jurídica del neokantismo dominante hasta el momento, implicándose en una pretensión de superar el subjetivismo epistemológico característico de éste.

PALABRAS CLAVE

Neokantismo, acción, culpabilidad, finalismo, Welzel.

SUMARIO

I.- El sistema neoclásico o de orientación teleológico-valorativa. II.- El concepto de acción para el pensamiento neoclásico. III.- Tipicidad y antijuridicidad en el pensamiento neoclásico. IV.- La culpabilidad como elemento del delito para el pensamiento neoclásico. V.- Críticas al sistema neoclásico del delito. VI.- El neokantismo y las circunstancias del delito. VII.- El surgimiento del sistema finalista. VIII.- Welzel y el nuevo sistema de derecho penal. IX.- Críticas y correcciones del nuevo sistema. X.- El pensamiento finalista y las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal. Bibliografía.

I.- El sistema neoclásico o de orientación teleológico-valorativa: introducción¹.

* Abogado. Doctor en Derecho, especialista en Derecho penal, y Diplomado en Criminología. Universidad de A Coruña (España).

¹ En Alemania, entre 1880 y 1930, y como intento de superar la triste situación en que el pensamiento se hallaba inmerso por causa tanto del positivismo, del historicismo como del materialismo, y en definitiva, como intento de restablecer la filosofía misma, se produce una vuelta a KANT, surgiendo el dominio de la orientación filosófica neokantiana dentro del marco filosófico del momento (la reacción contra el positivismo supuso, una vez más, la materialización de la explicación del carácter cíclico de la historia de la humanidad, formulada, en un intento de encontrar leyes universales en la historia, por Giambattista VICO (1668-1743): "*corsi e ricorsi della Storia*", conforme a la cual los sistemas imperantes en cada momento se explican como reacción frente a los sistemas precedentes, y a su vez permiten explicar las transformaciones futuras. Vid. KUNZMANN, P.-BURKARD, F.P.-WIEDMANN, F.: *Atlas de Filosofía*, Alianza Editorial, 2ª ed., Madrid, 2000. p. 131). Los principales impulsores de la vuelta a KANT fueron O. LIEBMANN -con su obra *Kant und die Epigonen*, de 1865- y F.A. LANGE - con su obra *Historia del materialismo*-, si bien no fue sino a través de las Escuelas de BADEN (dentro de la llamada Escuela de BADEN o Escuela Sudoccidental alemana se ubican autores como WINDELBAND, RICKERT, SAUER, LASK, MAX ERNESTO MAYER y GUSTAVO RADBRUCH en su primera etapa; esta Escuela se encuentra muy orientada hacia la teoría de los valores, habiéndose dedicado preferentemente hacia las ciencias de la cultura; la importancia de la Escuela de BADEN ha sido determinante en la reorientación del sistema de la teoría general del delito, habiendo llegado a producir una auténtica y profunda modificación del concepto clásico) y de MARBURGO (la llamada Escuela de MARBURGO contó como fundadores a H. COHEN, a P. NATORP y a E. CASSIRER, y a diferencia de la Escuela de BADEN, centró sus análisis,

El concepto clásico del delito fue dominante hasta los años veinte del pasado siglo, imponiéndose, en los años treinta, el concepto neoclásico (esto es así en Alemania, si bien en España esta transición hay que fijarla una década después, como señala Luzón Peña²). La concepción clásica del delito había dejado sentada una nítida división o bipartición entre lo objetivo y lo subjetivo, entre la parte objetiva del delito, conformada por la acción, la tipicidad y la antijuridicidad, y la parte subjetiva del delito, conformada por la culpabilidad.

Este concepto clásico del delito sufrió unas profundas modificaciones como consecuencia de la recepción de los principios filosóficos del neokantismo y de la introducción de perspectivas valorativas y teleológicas³. El neokantismo diferenciaba entre ciencias naturales (que captan la realidad empírica de forma objetiva) y ciencias culturales (en las que la realidad se pone en conexión con los valores). Ahora, desde esta nueva perspectiva, frente al confusionismo reinante en la teoría clásica del delito, de acuerdo con la cuál se pretendían extraer conceptos normativos para la valoración de la realidad del análisis empírico de ésta, confundiendo los planos

prioritariamente, en las ciencias de la naturaleza) como se consolidó y adquirió un enorme auge en el país esta nueva dirección filosófica. La reacción frente al positivismo tiene lugar desde muy diversos frentes, no sólo desde las trincheras del neokantismo; en este sentido, y por lo que a nuestro objeto interesa, y al margen del neokantismo ya referido, interesa destacar la doctrina de *la naturaleza de la cosa* (o "*la naturaleza del hecho*" como señalan los italianos), ya que tal dirección filosófica ha sido, junto con el neokantismo, la que más han incidido en la evolución de la teoría general del delito, hasta el finalismo. La doctrina de *la naturaleza de la cosa*, parte de considerar que el Derecho no puede desconocer la realidad óptica sobre la que se dispone a operar, de suerte que una regulación será operante y justa tan sólo cuando respete los datos objetivos de las cosas y el orden metafísico de su naturaleza. Esta dirección filosófica, que surge en Alemania en los años treinta de la mano de G. RADBRUCH (1878-1949), va a plantear en los siguientes años, y sobre todo tras los desagradables acontecimientos vividos con ocasión del régimen nazi, una fuerte reacción frente a los excesos del positivismo de la época nacional-socialista.

² LUZÓN PEÑA, D-M.: *Curso de Derecho Penal, Parte General*, I, Ed. Universitas, SA, Madrid, 1996, p. 230; si bien el neokantismo, como corriente filosófica, debemos situarla entre principios del siglo XX hasta la segunda guerra mundial. Vid. MIR PUIG, S.: *Derecho Penal. Parte General*, 5ª ed., Barcelona, 1998 y reimpresión, 1999, p. 108.

³ La irrupción de la idea de valor en la metodología jurídico-penal, bajo el influjo del neokantismo de Stammler, Rickert y Lask, produjo grandes modificaciones en la concepción clásica del delito. La nueva metodología reclamó junto a las ciencias de la naturaleza, las ciencias de la cultura o del espíritu, que a diferencia de aquellas no se contentaban con observar y describir hechos, sino que exigían comprender y valorar el sentido de los hechos. MIR PUIG, S.: Op. cit., p. 155.

del "ser" y del "deber ser", el neokantismo propone "renormativizar" el concepto de delito⁴.

En el ámbito del Derecho penal, en este tránsito, influyó decisivamente la filosofía de los valores de la Escuela Sudoccidental alemana. Esta Escuela, partiendo del pensamiento kantiano, tiene como figuras fundamentales a Emilio Lask, Max Ernesto Mayer y Gustavo Radbruch –en su primera época⁵-. Esta Escuela realiza la distinción entre ciencias naturales y ciencias culturales o del espíritu. El Derecho pertenece a las ciencias culturales, que se construyen mediante el método idiográfico, que atiende a lo particular o singular. Lo que dota de significación a lo singular es la referencia a los valores, que son subjetivos, es decir, los valores no existen en la realidad, sino que consisten en el modo cómo nos afectan⁶. El

⁴ DE LA CUESTA AGUADO, P.M.: *Tipicidad e imputación objetiva*, 2ª ed. ampliada, editorial Jurídica de Cuyo, Mendoza, (Argentina), 1998, p. 48.

⁵ Sobre el pensamiento de RADBRUCH existen diversas tesis. Así, la opinión más generalizada en la doctrina sostiene que éste filósofo alemán transitó desde una primera postura –con anterioridad a la II Guerra Mundial- caracterizada por la defensa de un marcado positivismo, que se caracterizaría por una defensa a ultranza del imperio de la ley fuera de la justicia intrínseca de la misma, a una postura –con posterioridad a la Guerra- en la que se evidenciaría un marcado antipositivismo. RADBRUCH trató de explicar –o justificar- las posiciones mantenidas por los juristas del III Reich en el hecho de que los mismos se habrían formado en un espíritu netamente positivista, y por ello, se encontrarían –según él- atenazados e indefensos, frente a la normativa nazi. Por WELZEL, del mismo modo, se explicó que los juristas formados en el positivismo se encontraban indefensos y por ello no habían podido reaccionar frente a las criminales leyes del régimen nacional-socialista. Para ver con mayor profundidad la tesis del tránsito en el pensamiento de RADBRUCH, Vid. RADBRUCH, G.: *Rechtsphilosophie*, herausgegeben von Erik Wolf und Hans-Peter Schneider, 8ª ed. Ed. Stuttgart : K.F. Koehler, 1973 y el artículo del mismo "Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht", p. 339 a 350. Sobre la posición de WELZEL al respecto, coincidente, como decimos, con RADBRUCH, Vid. su artículo "Naturrecht und Rechtspositivismus", en MAIHOFER, W.: *Naturrecht oder Rechtspositivismus?* (Hrsg.), Ed. Darmstadt : Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1962. Sin embargo, existen autores que defienden que en el pensamiento de RADBRUCH no ha existido ruptura alguna. Estos autores sostienen que de los propios escritos de RADBRUCH se desprendería un positivismo relativo en su primera etapa, de suerte que no conceptúa como válida simplemente a una ley por ser positiva, sino que condiciona dicha validez a que no atente contra un "mínimo derecho natural", y al mismo tiempo no se marcaría –en su segunda etapa- un frontal antipositivismo, sino que de sus escritos se evidenciaría que jamás renunció a la seguridad jurídica como elemento fundamental del Derecho, despreciando en cualquier caso un Derecho natural de carácter metafísico. Vid. en este sentido a KAUFMANN, A.: "Gustav Radbruch-Leben und Werk", en *Gustav Radbruch, Gesamtausgabe, Band 1* (Hr. Arthur Kaufmann), Heidelberg, C.F. Müller, 1987, p. 7-88; MÜLLER, I.: "Gesetzliches Recht und übergesetzliches Unrecht. Gustav Radbruch und die Kontinuität der deutschen Staatsrechtslehre", en *Leviatán*, 7, pp. 308-338. Vid. GARCIA AMADO, J.A.: "Nazismo, Derecho y Filosofía del Derecho", en *Anuario de Filosofía del Derecho*, Tomo VIII, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 341 ss.

⁶ Sin embargo, como señala LARENZ, K.: *Metodología de la Ciencia del Derecho*, trad. Rodríguez Molinero, Ed. Ariel, Barcelona, 1994, p. 116-117, los neokantianos

Derecho es contemplado como una realidad cultural, es decir, referida a los valores. El valor a que se refiere el Derecho es el valor de la justicia. E incluso la justicia forma parte de la conocida definición del Derecho que diera Radbruch: "*La realidad cuyo sentido estriba en servir a la justicia*"⁷.

Así, con el neokantismo, se abandonó el enfoque naturalista anterior del positivismo científico, pasándose a tomar en consideración lo axiológico, lo valorativo y lo normativo. Frente a las ciencias de la naturaleza con un objeto físico-material, las ciencias del espíritu tienen un objeto distinto, las obras y caracteres del espíritu humano, que suponen significados y valoraciones⁸. Las ciencias del espíritu (a las que pertenece la ciencia del Derecho, y cuyo máximo exponente es la historia) se diferencian de las ciencias naturales por tanto, en su objeto, pero no sólo en eso, sino también en su método. Siguiendo a Luzón Peña, mientras el método de las ciencias naturales es el método empírico y la observación, el método de las ciencias del espíritu es un método comprensivo y valorativo, lo cual da lugar a que todos los elementos del delito, bajo esta concepción neoclásica, se configuren con un enfoque normativo-valorativo.

Como vemos, pues, el s. XX comienza con una nueva forma de "pensar" en el ámbito filosófico, lo que va a afectar al pensamiento jurídico penal que va, a su vez, a redundar en unas nuevas concepciones en los elementos del delito⁹. La Escuela Sudoccidental alemana va a añadir al método científico-naturalístico de observar y escribir, una nueva metodología caracterizada por comprender y valorar¹⁰.

no llegaron a formular una concreción precisa de qué entender por "*valor*". En efecto, enseguida se comprende que de poco sirve la apelación a los valores, si no existe una clarificación acerca de quien define a los valores válidos y como se reconocen.

⁷ Vid. ESCALONA MARTINEZ, G.: "*La Filosofía Jurídica del siglo XX*" en *Filosofía del Derecho*, VVAA., UNED, Madrid, 1.989, p.342.

⁸ LUZÓN PEÑA, D-M.: Op. cit. p. 230 y 231.

⁹ Probablemente fue en el ámbito jurídico-penal en el que mayor incidencia ha tenido la vuelta a Kant de esta Escuela. En este sentido, y al margen de los autores anteriormente citados, deben destacarse las importantes aportaciones que en el ámbito de la dogmática neoclásica del delito formularon FRANK, ENGISCH y MEZGER.

¹⁰ MARTINEZ ESCAMILLA, M.: "*La imputación objetiva del resultado*", Ed. Edersa, Madrid, 1.992, p. 11. Señala esta autora que la metodología propuesta por la Escuela Sudoccidental alemana tuvo gran influjo en las ciencias jurídicas y en especial en el Derecho penal; de esta forma, los hechos naturales, los sucesos, sólo podían convertirse en objeto del Derecho en la medida que eran conocidos por nuestra razón empleando un método que, en el caso del Derecho, era un método valorativo. El Derecho, por tanto, en la medida en que se trata de una ciencia cultural, procede valorando.

II.- El concepto de acción para el pensamiento neoclásico.

Para esta nueva teoría del delito, la acción no se convirtió en algo absolutamente distinto del concepto clásico de la acción¹¹, y si bien dejó de ser algo absolutamente natural, como sucedía en la teoría clásica, pasó a estar inspirada en un cierto sentido normativo que permitiera la comprensión tanto de la acción en sentido estricto, como de la omisión¹². La acción se definía como el comportamiento humano voluntario manifestado en el mundo exterior. Luzón Peña señala que en el elemento acción se mantiene mayoritariamente el concepto causal, aunque despojado de carácter naturalista y entendido de modo más amplio. Se trata pues, de un concepto causal de acción, ya que al igual que la concepción del sistema clásico, se sigue exigiendo que la voluntad esté presente para diferenciar el comportamiento humano de los fenómenos naturales y físicos, pero no importa el contenido de la voluntad, sino que lo importante sigue siendo el aspecto externo de la conducta.

III.- Tipicidad y antijuridicidad en el pensamiento neoclásico.

Por su parte, la *tipicidad* resultó mucho más afectada por esta nueva concepción. El descubrimiento de elementos normativos destacados por Mayer por primera vez, acabó con la concepción puramente descriptiva y valorativamente neutra del sistema clásico, acogiendo la inclusión de determinados elementos subjetivos dentro del tipo (como el ánimo de lucro, ánimo de injuriar, etc.), lo cual determinó el fin de la radical bifurcación de elementos objetivos y elementos subjetivos del delito, propia de la teoría clásica. Así, para una corriente, el tipo, ahora es, como mínimo, mixto, entre lo valorativo y lo descriptivo, mientras que otro sector considera ya que el tipo es esencialmente valorativo. En fin, el tipo pasa a significar el conjunto de elementos de los cuales se desprende el carácter injusto del comportamiento, como tipificación de la antijuridicidad material. El tipo es ahora pues, el tipo de lo injusto, y así, pasa de ser un mero indicio de antijuridicidad, que era lo que suponía en el sistema clásico, para transformarse en elemento portador de lo injusto, es decir, el tipo pasa de ser la *ratio cognoscendi* de la antijuridicidad a ser considerado su *ratio essendi*. Ahora ya no se trata de que una

¹¹ De hecho, algunos autores, como MIR PUIG, S.: *Derecho Penal. Parte General*, 5ª ed., Barcelona, 1998 y reimpresión, 1999, p. 154 y 155, diferencia el concepto causal de acción del concepto final y del concepto social, señalando que dentro del concepto causal de acción se encuentra el formulado por la metodología positivista, que no es otro que el concepto natural-causal, pilar del esquema clásico del delito de la dogmática alemana, y el concepto valorativo de acción, que sería precisamente el formulado en el marco del concepto neoclásico del delito.

¹² Aunque en este sentido no existió unidad doctrinal toda vez que algunos autores siguen pensando que sólo se puede hablar de acción si hay una causación activa de resultados, y renuncian a un supraconcepto de acción común a la actividad y a la omisión. Vid. LUZÓN PEÑA, D-M.: op. cit., p. 231.

acción típica implique un mero indicio de hecho antijurídico, sino que se considerará que un tipo implica un juicio provisional de antijuridicidad, juicio que, excepcionalmente, se destruirá tan sólo sin concurre una causa de justificación¹³.

Por otra parte, se evidenciaba la insuficiencia del contenido meramente formal atribuido hasta entonces a la *antijuridicidad*, para justificar la intervención penal. Así, junto a este juicio de desvalor objetivo de carácter formal, se exigió un juicio de desvalor material. Es decir, ahora no bastaba para que un acto resultara antijurídico el que el mismo resultara contrario a Derecho o supusiera ser un acto contrario a la norma, sino que junto con ese desvalor objetivo o formal, era preciso que, además, el acto en cuestión fuera dañoso para la sociedad, exigiéndose pues, además de aquél desvalor formal, el desvalor material de la dañosidad social. Existe pues, una clara vinculación de la antijuridicidad a la tipicidad, siendo una categoría predominantemente, aunque no exclusivamente, objetiva.

En el sistema clásico se llegó a considerar que un acto o un hecho típico no era, o no tenía por que ser, por sí mismo, un comportamiento prohibido o negativo, sino que se precisaba, además que el acto o hecho en cuestión fuera además antijurídico, es decir, que no estuviera justificado o amparado en una causa de justificación. En dicho sistema, la tipicidad únicamente consistía en un indicio de la antijuridicidad, venía a ser así simplemente la *ratio cognoscendi* de la antijuridicidad, pero no su *ratio essendi*. Pues bien, el tránsito de una concepción en la cual la tipicidad era un elemento afectado de carácter puramente descriptivo y neutral, valorativamente hablando, a una concepción en la cual se incluyen elementos normativos en el tipo, provocó que las relaciones entre tipicidad y antijuridicidad variasen radicalmente, de tal suerte que ahora, dejarán de ser dos elementos radicalmente separados para estar estrictamente relacionados. Ahora la tipicidad no será simplemente la *ratio cognoscendi* de la antijuridicidad sino que pasa a ser la *ratio essendi* de la misma. Ahora pues, la tipicidad tiene carácter constitutivo de la antijuridicidad penal, pues sólo es antijurídico penalmente lo que es típico. Ahora, el tipo pasará a entenderse como el conjunto de elementos que ha de reunir el comportamiento para que pueda ser calificado de injusto (tipo del injusto).

¹³ MARTINEZ ESCAMILLA, M.: Op. cit. p. 13 y 14, remitiéndose dicha autora en este punto a SAUER, MEZGER y MITTASCH.

IV.- La culpabilidad como elemento del delito para el pensamiento neoclásico.

Respecto a la *culpabilidad*, se abandonó el concepto psicológico de la teoría clásica y se adoptó un concepto normativo¹⁴. Decía Frank¹⁵, en este sentido que: "*Un comportamiento puede imputarse a alguien como culpable cuando puede reprochársele haberlo cometido*". Ahora, la culpabilidad se convierte en un juicio de reproche que se le hace al autor, por la realización de un hecho antijurídico, cuando era exigible que obrara conforme a Derecho. Ahora, el dolo y la culpa ya no son formas de culpabilidad, sino elementos que han de concurrir para la existencia de culpabilidad. La concepción normativa de la culpabilidad desarrollada por *Frank, Freudenthal y Goldschmidt*, considera que en ella lo fundamental es un juicio valorativo, al igual que en la antijuridicidad, pero no sobre el aspecto objetivo del hecho, sino sobre el aspecto subjetivo-individual; en fin, en la culpabilidad se valora desde la perspectiva de las normas jurídicas si se le puede reprochar al autor su conducta antijurídica, entendiendo la culpabilidad como reprochabilidad o conjunto de condiciones que permiten formular un juicio de reproche al sujeto por su hecho¹⁶.

V.- Críticas al sistema neoclásico del delito.

La filosofía jurídica de la Escuela Sudoccidental alemana quiso superar el positivismo jurídico, pero sin embargo, no pudo lograrlo ya que no llegó a desentenderse del mismo. En realidad, esta filosofía jurídica lo que hizo fue complementar únicamente el positivismo jurídico con la esfera de los valores. El derecho positivo, en suma, se vio complementado por la llamada "*idea del Derecho*", con tres elementos integrantes, los valores del Derecho: justicia, seguridad jurídica y utilidad, pero por debajo de esos valores seguía vivo el concepto positivista del mismo. El Derecho seguía siendo toda disposición emanada de la autoridad competente. "*El que puede imponer el Derecho demuestra con ello que está llamado a establecerlo*", decía Radbruch en su Filosofía del Derecho invocando a Emmanuel Kant¹⁷. El Derecho seguía siendo toda disposición eficaz

¹⁴ LUZÓN PEÑA, D-M.: Op. cit., p. 233.

¹⁵ DE LA CUESTA AGUADO, P.M.: Op. cit., p. 50.

¹⁶ LUZÓN PEÑA, D-M.: Op. cit., p. 234.

¹⁷ La Escuela Sudoccidental alemana parte de Emmanuel Kant. Según la teoría del conocimiento de Kant, los principios de la sistemática, no residen en el mundo exterior material, sino más bien en la razón misma, en las denominadas categorías, gracias a las cuales la materia desordenada e informe adquiere por primera vez forma y organización. La Escuela entiende que la realidad sólo adquiere sentido y relevancia para el hombre desde el momento en que por él es conocida. Las ciencias emplean diferentes métodos de conocimiento según su naturaleza, según tengan por objeto el mundo del ser o el mundo de los valores. Los representantes de esta corriente consideran que si bien Kant fundamentó definitivamente las

cuyo cumplimiento podía ser impuesto. A este sistema, precisamente, se le critica el que no lograra superar el método positivista, sino tan sólo complementarlo, lo que generó una situación un tanto *sui generis* en la que se evidenciaban con relativa frecuencia incoherencias en el concepto de delito, derivadas de la pretensión de introducir la idea de valor e intentar mantener al mismo tiempo lo esencial del sistema clásico. Por ello, no podemos decir que el cambio en la consideración de la tipicidad –tránsito de la *ratio cognoscendi* a la *ratio essendi* de la antijuridicidad- ni tampoco el cambio desde un método naturalístico a uno valorativo, pueda llevarnos a considerar, sin más, que este sistema haya constituido la superación del dogma causal. Lo que en realidad supuso la orientación neokantiana en el sistema del delito fue la de pretender corregir determinados aspectos del sistema clásico introduciendo elementos valorativos, de manera que se generó una suerte de mezcolanza en la que hicieron acto de presencia a un tiempo, en el mismo sistema, y en una suerte de difícil equilibrio, elementos del ser y del deber ser, naturalistas y valorativos, objetivos y subjetivos¹⁸.

VI.- El neokantismo y las circunstancias del delito.

Esta nueva orientación teleológico-valorativa también supuso la consiguiente influencia en las circunstancias del delito, que ahora van a ser comprendidas como reglas teleológico-valorativas. En la formulación dogmática del sistema clásico o de orientación formal-positivista, las circunstancias no eran comprendidas teleológico-valorativamente, sino que operaban de forma mecánica subsumiéndose en la descripción legal del delito y operando simplemente en la atenuación o agravación de la pena, sin ir en absoluto referidas a la antijuridicidad o a la culpabilidad. Pues bien, si -como señala Alonso Álamo¹⁹- en el sistema clásico las circunstancias operaban lógico-formal/clasificatoria/subsuntivamente, con la nueva orientación teleológica, operarán también teleológico-valorativamente. De acuerdo con esta nueva orientación, el bien jurídico protegido es el criterio interpretativo a tener en cuenta, si bien no de forma exclusiva, si al menos con carácter fundamental. Con esta nueva orientación, hay que diferenciar, en el análisis de las circunstancias, dos momentos íntimamente conexos: el momento teleológico y el momento valorativo. El momento teleológico, previo al valorativo, consiste en la investigación y extracción de la esencia, sentido, *ratio* o *telos* de la circunstancia, es decir, de la finalidad de la misma entendida objetivamente, de tal suerte que tan sólo una vez

matemáticas y las ciencias naturales, sin embargo no profundizó lo suficiente en las denominadas ciencias de la cultura o del espíritu, entre las que destaca la historia y el Derecho. MARTINEZ ESCAMILLA, M.: Op. cit., p. 11 y 12, nota 28.

¹⁸ Vid. ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L.: *Política Criminal*, Ed. Colex, Madrid, 2001, p. 93.

¹⁹ ALONSO ÁLAMO, M.: *El sistema de las circunstancias del delito. Estudio general*. Tesis doctoral, Universidad de Valladolid, Facultad de Derecho, 1981, p. 397.

determinado dicho momento, y por tanto una vez se haya penetrado en la naturaleza íntima de la circunstancia, se podrá pasar a la comprensión valorativa de la circunstancia y se podrá determinar, en suma, su referencia al juicio de antijuridicidad o de culpabilidad.

Alonso Álamo²⁰ critica el que en la práctica la doctrina española no haya sabido llevar, hasta sus últimas consecuencias, los postulados de la orientación teleológico-valorativa en materia de circunstancias, orientación que reclama, a juicio de esta autora, una valoración unitaria y conjunta de las circunstancias con los elementos del delito al que van referidas, y ello por cuanto en la práctica, el elemento esencial y la circunstancia no aparecen aislados o separados, sino que van unidos, y lo que materialmente es unitario ha de serlo también valorativamente²¹. Las críticas de esta autora toman como base el que en la práctica, la doctrina –al amparo del carácter accidental de las circunstancias- se ha limitado a hacer entrar en juego las mismas una vez afirmados previamente los elementos esenciales del delito, y ello en lugar de tratar unitariamente, y de forma sistemática, la circunstancia con el elemento del delito al que la misma iría referida de acuerdo con el momento valorativo propio²². A juicio de esta autora, este tratamiento asistemático de las circunstancias no sólo implica un doble juicio de antijuridicidad o culpabilidad, según proceda, ya que en un primer momento se juzgaría la antijuridicidad y la culpabilidad en referencia a los elementos esenciales del delito, y una vez afirmados aquellos previos juicios se entraría en los juicios de antijuridicidad y culpabilidad de las circunstancias, sino que incluso nos llevaría a tener que remitir en la praxis, e inexorablemente, la operatividad de las circunstancias no a la graduación de injusto o culpabilidad sino a la teoría de la pena, por cuanto implícitamente se estaría admitiendo que su operatividad, al actuar separadamente de los elementos esenciales del delito, iría referida exclusivamente a la atenuación o agravación de la pena correspondiente al delito previamente constatado en el primer juicio de antijuridicidad y culpabilidad.

²⁰ ALONSO ÁLAMO, M.: *Op. cit.*, p. 399 y 400.

²¹ ALONSO ÁLAMO sostiene que las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal en sentido estricto –que para ella lo son exclusivamente las previstas en los artículos 21 a 23 del Código penal, excluyendo las eximentes incompletas, y no considerando tampoco como circunstancias a la minoría de edad- poseen naturaleza típica, entendiendo el tipo como tipo conjunto en el que se integrarían el tipo de lo injusto y el tipo de culpabilidad, lo que justifica más, si cabe, según esta postura, la necesidad de tratamiento unitario de las circunstancias con los elementos del tipo a los que van referidas.

²² Para ALONSO ÁLAMO, M.: *Op. cit.*, p. 344, esta realidad constatada en la doctrina constituye una auténtica perversión valorativa que viene a implicar, de algún modo, la falta de superación de la concepción estrictamente formal de la estructura del delito.

VII.- El surgimiento del sistema finalista: el finalismo como teoría de la acción ²³.

El finalismo podemos calificarlo como el cambio más importante sufrido en esta evolución del concepto de delito²⁴, y debemos situarlo entre finales de los años cuarenta y la década de los sesenta del siglo XX, si bien, los inicios de la teoría final de la acción y del sistema finalista hay que situarlos en los trabajos de Bonn Hans Welzel²⁵, padre del finalismo, durante los años treinta y comienzos de

²³ Para RADBRUCH existían tres tipos de cosas: *los fundamentos naturales de la reglamentación jurídica* –es decir las realidades naturales-, *las preformas de la reglamentación jurídica* –se trata de que además de las cosas naturales, en la sociedad en la que se encuentra inmerso el hombre existen normas sociales, costumbres, tradiciones, usos, etc. que no pueden ser desconocidos por la norma jurídica- y por último, cosas eran también *las reglamentaciones jurídicas* –es decir, que la nueva regulación jurídica, la nueva Ley, debe tener en cuenta la reglamentación jurídica que se encuentra en vigor en el momento actual-. RADBRUCH, que se confiesa manifiestamente antipositivista –aunque como hemos visto es dudosa tal radicalidad-, introduce elementos de carácter netamente objetivo –la naturaleza de las cosas- para evitar los excesos del poder arbitrario. La dirección que analizamos dió lugar a múltiples corrientes y tendencias filosóficas, dentro de las cuales está la orientación dogmática que materializó el tránsito desde el teleologismo a la metodología finalista. Hablamos, obviamente, de la dirección representada por WELZEL y STRATENWERTH, que interpreta *la naturaleza de la cosa* como las *estructuras lógico objetivas (sachlogische Strukturen)*, si bien y al margen de esta corriente, destacó también la representada por los más fieles seguidores de RADBRUCH, a saber, FECHNER, COING y MAIHOFER, que defendió la consideración de *la naturaleza de la cosa* como “*relación de vida*” (*Lebensverhältnis*). Como veremos más detenidamente en el análisis de las características del sistema finalista, WELZEL se centró en el análisis del *ser* de las cosas, y en especial, del *ser* de la acción humana, que concibió como acción finalista. WELZEL sostiene que el legislador se encuentra vinculado a las leyes de la naturaleza física, pero también a las que el denomina “*estructuras lógicas*” en el objeto de su regulación. La tesis de WELZEL concluye afirmando que si la regulación no toma en consideración esas estructuras lógicas será una regulación falsa. Esta postura sostendrá, en coherencia con lo anterior, que la acción humana presenta una estructura ontológica que debe ser respetada por el legislador si no quiere errar en la misma regulación.

²⁴ LUZÓN PEÑA, D-M.: Op. cit., p. 236. VIVES ANTÓN, T.S.: *Fundamentos del Sistema Penal*, Valencia, 1.996, p. 109, califica al finalismo como “*el primer gran intento de superar las dificultades que, por todas partes, asaltaron al concepto naturalístico de acción*”.

²⁵ (n.1904-m.1977). Si bien para algunos autores la doctrina final de la acción tiene sus precursores en VON WEBER, WOLF y GRAF ZU DOHNA, autores que, sin embargo no llegaron al nivel de desarrollo dogmático de Hans Welzel. Vid. MARTINEZ ESCAMILLA, M., op. cit., p. 22, nota 76. Por su parte, CERESO MIR, op. cit. p. 32, nota 18, señala que se ha atribuido una influencia decisiva de N. Hartmann en la formulación del concepto de acción finalista de Welzel –en este sentido, MARTINEZ-BUJAN PEREZ, C.: “La concepción significativa de la acción de T.S. Vives y su correspondencia sistemática con las concepciones teleológico-funcionales del delito”, en *Anuario da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña*, 2001, p. 1075 y también ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L.: Op. cit., p. 96-, siendo lo cierto que el propio Welzel, sin embargo, señala que no recibió tal influencia de dicho autor sino de la Psicología del pensamiento, en especial de Richard

los años cuarenta del referido siglo²⁶. Para ser más precisos, el concepto de la acción finalista, en cuanto concepto filosófico-jurídico surge, como hemos dicho en los años treinta del siglo XX²⁷, pero su verdadero desarrollo, así como lo que se dio en llamar "*nuevo sistema del Derecho penal*", no se iniciará hasta una vez concluida la segunda guerra mundial.²⁸

Hönigswald. ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L.: Ibidem, señala que en la formación de WELZEL influyeron sus maestros neokantianos BAUCH y RICKERT, así como el fenomenólogo LINKE y el historiador WUNDT.

²⁶ Por su parte, RODRÍGUEZ DEVESA, J.M.: *Derecho Penal Español. Parte General*, 9ª ed., Ed. Dykinson, Madrid, 1985, p. 335 y 336, señala que la concepción finalista coexiste con la Escuela de Kiel, mas pasó prácticamente inadvertida hasta el fin de la segunda guerra mundial, conociendo un rápido auge tras la posguerra, no pudiendo considerarse una doctrina unitaria, sino que presenta tantas variantes como escritores operan con él. La Escuela de Kiel y el nacionalsocialismo tuvieron su desarrollo y principal ámbito temporal entre 1933 y 1945, coincidiendo su nacimiento con la crisis de la filosofía de los valores (en realidad, los postulados de la Escuela de Kiel y los del nacionalsocialismo, van a ser la demostración práctica de la peligrosidad de fundar el pensamiento jurídico-político sobre valores que no vayan referidos estrictamente al respeto de la esencia del ser humano) y su fin con el término de la segunda guerra mundial. La Escuela de Kiel, siguiendo a RODRÍGUEZ DEVESA, J.M., op. cit. p. 333 y 334, debe su denominación a que pertenecían a la Universidad de Kiel sus principales promotores, los profesores DAHM y SCHAFFSTEIN, considerando este autor que acaso mejor que de "*Escuela*" sería preferible hablar de "*dirección*". Señala éste autor que, dentro de esta Escuela habría que situar a MITTERMAIER, BARTH, BOLDT, BRUNS, BERGES, GALLAS, KEMPERMANN, WELZEL, SIEGERT y THIERFELDER en sus últimos escritos. Sorprende la inclusión que realiza Rodríguez Devesa de Welzel en el marco de esta dirección, siendo tal extremo considerado por CEREZO MIR, discípulo directo del mismo, como "*inexacto*" como hemos tenido oportunidad de oírle comentar al consultarle al respecto. La Escuela de Kiel (que coexiste con la concepción finalista del delito, coincidiendo el declive –si así se puede llamar– del Derecho penal de autor –símbolo del Derecho penal nazi– con el desarrollo del concepto finalista del delito, que se mantuvo estancado hasta la postguerra), en la Alemania de Adolf Hitler, consideró que el método analítico y el concepto del delito a que se había llegado en los años treinta era expresión de una visión liberal, individualista, abstracta y normativa del Derecho, y tras una profunda crítica de conceptos clásicos como el bien jurídico, la relación de causalidad o la tipicidad, propugnó una consideración totalitarista, basada en un método intuitivo, y en el pensamiento del orden concreto de Carl Schmitt. Señala en este sentido RODRÍGUEZ DEVESA (RODRÍGUEZ DEVESA, J.M.: Op. cit., p. 334, nota 34) que abstracción hecha del uso que hicieron los juristas del nacional-socialismo, los puntos de vista de Schmitt contienen ideas dignas de ser tomadas en cuenta por la ciencia del Derecho, tesis defendida, además por LARENZ.

²⁷ Concretamente en las obras de Welzel: *Strafrecht und Philosophie* (1930), *Kausalität und Handlung* (1931) y sobre todo, *Naturalismus und Wethphilophie im Strafrecht* (1935), concepto que luego seguiría perfeccionando Welzel.

²⁸ En las desgraciadas circunstancias históricas por todos conocidas, durante los años treinta y cuarenta del pasado siglo XX, el nazismo, caracterizado no precisamente por el respeto a los derechos humanos, indujo un abandono del Derecho penal del hecho, por considerar que éste implicaba inútiles derechos y garantías a favor del delincuente, que derivaban precisamente de una orientación liberal de la teoría del delito y de la pena, instaurando, como corrector de tales imperfecciones, un Derecho penal de autor, pretendidamente mucho "*más eficaz*",

Para la adecuada comprensión de lo que significa el finalismo es importante tomar en consideración el contexto histórico en el que surge. La doctrina de la acción finalista tomó como base la filosofía de los valores, es decir la filosofía neokantiana de la Escuela Sudoccidental alemana, surgiendo, como dice Mir Puig²⁹, como resultado de un giro de la metodología jurídica. El finalismo, desde sus inicios, pretende la superación del subjetivismo epistemológico característico del neokantismo de la Escuela Sudoccidental alemana.

En efecto, así como el neokantismo y sus valores supusieron un avance respecto al concepto puramente naturalístico de la acción del sistema clásico, van a ser ahora los métodos fenomenológico y ontológico los que produzcan una sustitución del concepto causal de acción por un concepto final de la misma. Vemos pues como, frente a la influencia del naturalismo y del positivismo en el concepto causal de la acción, van a surgir y difundirse –y podemos avanzar ya que de

caracterizado, entre otras circunstancias, por su especial intervencionismo. Este Derecho penal de autor clasificaba a los delincuentes según los tipos, y aplicaba el "*Derecho penal*" a estos fundándose, más que en el hecho concreto, en la persona del delincuente y sus antecedentes vitales. Así, en los casos que se sustanciaban en los tribunales, no se analizaba tanto la conducta o hecho concreto, como la conducta global del sujeto activo de la infracción, en cuanto expresión de su personalidad; por otra parte, el principio de legalidad y el de seguridad jurídica no eran conocidos, toda vez que se aplicaba la analogía *in malam partem* y la libre integración judicial del Derecho conforme a un concepto tan etéreo como indescifrable: "*al sano sentimiento jurídico del pueblo*". Por su parte, en la antijuridicidad tenía más interés lo subjetivo o anímico, mientras que en su parte material se consideraba como contrariedad al deber o infracción del deber personal del sujeto para con el Estado y el Derecho. El delito pues, lo era por cuanto el hecho era ilícito, pero no por producir la lesión de un bien jurídico, sino por ser expresión de carácter y lesión del deber. En relación a la culpabilidad, se rechazaba la culpabilidad por el hecho, sustituyéndose por la culpabilidad por la conducción de la vida, es decir, se analizaba la forma de vida del sujeto (Vid., en este sentido, LUZÓN PEÑA, D-M., op. cit., p. 234 a 236). En esta situación el delito era considerado como un todo orgánico, una especie de bloque monolítico cuyos componentes no se pueden escindir. En este sentido, esta Escuela propugnaba que los problemas debían ser estudiados como una totalidad, puesto que el análisis y fragmentación de los mismos para su mejor comprensión conducían a error, por ello propugnaban la desaparición del tipo (MARTINEZ ESCAMILLA, M.: Op. cit., p. 18, nota 54). Decía DAHM que la esencia del delito era la traición, y por su parte SCHAFFSTEIN, decía que su esencia era "*la infracción de un deber de fidelidad al Estado*". Señala RODRÍGUEZ DEVESA (RODRÍGUEZ DEVESA, J.M.: Op. cit., p. 335) que esta "*jurisprudencia del sentimiento*" fracasó por cuanto es consustancial al Derecho penal el concepto de seguridad jurídica, y ésta es absolutamente incompatible con pretensiones sistemáticas como la intuición de un individuo o de un grupo que se halle en el poder, que era precisamente la sistemática de la que partía esta tendencia, obviamente contraria al principio referido. En líneas generales podríamos decir que esta experiencia supuso un lapsus histórico en la evolución de la teoría del delito, que no tuvo exportación alguna a ningún Estado, ni tampoco continuidad posterior a la caída del régimen en el que se erigió. Podríamos decir, incluso, que ni siquiera llegó a regir con plenitud, toda vez que el Código penal alemán, no llegó a ser derogado, sino sólo completado con nuevas normas.

²⁹ MIR PUIG, S.: Op. cit., p. 156.

forma ciertamente extraordinaria- la doctrina de la acción finalista y el nuevo sistema de Derecho Penal, sobre todo tras el fin de la segunda guerra mundial, coincidiendo precisamente con la crisis del positivismo jurídico, es decir, de aquella concepción según la cuál no hay más Derecho que el Derecho positivo, y todo el Derecho positivo es Derecho.

Efectivamente, para entender debidamente el finalismo, no podemos desconectar su surgimiento y expansión de la triste realidad de las atrocidades del régimen nazi³⁰. La concepción positivista del Derecho entra en crisis tras la segunda guerra mundial³¹. Las experiencias negativas del nacionalsocialismo, en nuestro terreno, ya habían pretendido la sustitución de un Derecho penal del hecho por un Derecho penal de autor³². La crisis del positivismo jurídico de este

³⁰ Vid. GARCIA AMADO, J.A.: "Nazismo, Derecho y Filosofía del Derecho", en *Anuario de Filosofía del Derecho*, Tomo VIII, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 341 ss.

³¹ No obstante, es preciso señalar que las referencias con crítica expresa por parte de la dogmática alemana posterior a la II Guerra Mundial, hacia la postura mantenida por los juristas del régimen nazi, han sido ciertamente escasas en un primer momento y tan sólo surge una línea abiertamente crítica a la postura mantenida por éstos juristas de la época nacional-socialista, a partir del final de la década de los años sesenta. En este sentido resulta ciertamente paradójico, que dada la catástrofe que supuso el nazismo en la línea evolutiva del Derecho, por los filósofos y sociólogos del Derecho alemán, apenas se hayan hecho incursiones en esta materia (en este sentido, autores de la categoría de HABERMAS o LUHMANN apenas han tratado el tema). Debemos recordar, llegados a este punto, que una de las principales críticas que se han formulado contra las doctrinas de la filosofía del Derecho, radican precisamente en que con ocasión del nazismo los filósofos fueron capaces de amoldarse al orden político para llegar a prestarle incluso una fundamentación filosófica, actitud que algún autor considera como labor propia de "contorsionistas" o de "rameras". Vid. KAUFMANN, A.: "Rechtsphilosophie und Nationalsozialismus", en *Beiträge zur juristischen Hermeneutik : sowie weitere rechtsphilosophische Abhandlungen*, Ed.: Köln : C. Heymann, 1984, pp. 173-195. Vid. GARCIA AMADO, J.A.: "Nazismo, Derecho y Filosofía del Derecho", en *Anuario de Filosofía del Derecho*, Tomo VIII, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 342

³² La doctrina penal del régimen nacionalsocialista alemán propugnó el abandono del Derecho penal del hecho, por un Derecho penal de autor. Como se sabe, el derecho penal del hecho parte de que no pueden castigarse personalidades, formas de ser, sino sólo hechos. Y ello por cuanto es difícil determinar la responsabilidad por parte del sujeto, en la configuración de elementos como pueden ser su forma de ser o su personalidad. Por ello, el principio de responsabilidad por el hecho, que exige un Derecho penal del hecho, impide la posibilidad de que se sancionen penalmente formas de ser o personalidades. Por su parte, un Derecho penal de autor se fundamenta en que, en lugar de castigar hechos, lo que se castigan son tipos de autor. Como señala MIR PUIG (MIR PUIG, S.: Op. cit., p. 161), en un Estado social y democrático de Derecho sólo es lícito prohibir penalmente comportamientos externos y no meramente mentales, y sólo es admisible castigar conductas y no personalidades, sólo cabe la sanción penal de hechos concretamente delimitados y no formas de ser o caracteres como los que castigaba el Derecho penal de autor nacionalsocialista del III Reich. Vid. GARCIA AMADO, J.A.: "Nazismo, Derecho y Filosofía del Derecho", en *Anuario de Filosofía del Derecho*, Tomo VIII, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 341 ss.

momento, afectó también a la filosofía jurídica neokantiana, a la filosofía de los valores, y ello por cuanto si bien es cierto que la filosofía jurídica fundamentada en la filosofía de los valores de la Escuela Sudoccidental alemana quiso superar el positivismo jurídico, sin embargo no pudo lograrlo. En realidad, como ya vimos, la filosofía jurídica de la Escuela Sudoccidental alemana tan sólo vino a complementar el positivismo jurídico con la esfera de los valores.

Por tanto, tras el fin de la II guerra mundial, y como consecuencia de la crisis del positivismo jurídico, se somete a revisión crítica el principio metodológico fundamental de la Escuela Sudoccidental alemana de la Filosofía de los valores: la distinción del "ser" y del "deber ser" como dos esferas independientes³³. Y aún así, tras el surgimiento de las concepciones iusnaturalistas, Welzel llevó a cabo una crítica muy rigurosa de las mismas en su "*Introducción a la Filosofía del Derecho*". Para el padre del finalismo no resultaba posible deducir de la naturaleza del hombre el "deber ser" del Derecho³⁴.

Welzel, sin embargo, creyó admitir en su análisis crítico de las concepciones iusnaturalistas, en lo que él llamaba la "*periferia ontológica*", unas estructuras "*lógico-objetivas*", vinculantes para el legislador. Esta denominación de lógico-objetivas, refiere, en cuanto a su carácter objetivas, a su existencia real, y en cuanto a su carácter lógico, que el legislador debe tenerlas en cuenta si pretende ajustarse en su regulación a la verdadera naturaleza de las cosas. El legislador, dice Welzel, está vinculado a las leyes de la naturaleza física, y debe atender a las estructuras lógico-objetivas en la materia de su regulación, en caso contrario, su regulación jurídica será necesariamente falsa³⁵. Según Welzel, pues, el legislador está vinculado por realidades ónticas preexistentes, por estructuras lógico-reales, por la "*naturaleza de las cosas*", que no puede desconocer sin malograr la regulación legal. Y en el campo del Derecho penal, esa previa naturaleza de las cosas viene dada por la estructura final de la acción³⁶.

³³WELZEL critica la formulación del neokantismo cuando contrapone el "ser" y el "deber ser", el "ser" y los "valores", y critica también el que se considere que éstos son ajenos a la realidad. Señala Welzel que no son admisibles los criterios del positivismo jurídico puro para resolver todas las cuestiones jurídico-penales, ni tampoco es posible, con esa finalidad, sustituir la realidad por valoraciones, como pretenden los seguidores del neokantismo.

³⁴ Para Welzel en todas las concepciones iusnaturalistas se caía en el mismo vicio lógico: se incluían en la naturaleza humana sólo aquellas características que se consideraban valiosas y a continuación se deducía su carácter valioso de su pertenencia a la naturaleza humana.

³⁵ CEREZO MIR, J.: *Curso de Derecho Penal Español. Parte General, II, Teoría jurídica del delito*, 6ª ed., Madrid, 1.999, p. 32, nota 17.

³⁶ LUZÓN PEÑA, D-M.: Op. cit., p. 236.

Welzel abandonó el pensamiento abstracto y logicista de la teoría neoclásica e investigó la esencia real de la acción humana – diferenciada del mero acto del hombre-. Welzel considera que el Derecho debe partir de unas estructuras lógico-objetivas que se encuentran en la realidad y que le sirven de fundamento y base, y para ello, redefine el concepto de acción desde una perspectiva ontológica. Welzel numeraba varias estructuras lógico objetivas, y la primera de ellas era el concepto *ontológico de la acción humana*, el concepto finalista de la acción, que para él era un concepto ontológico de la acción, previo a toda valoración jurídica. La acción consiste, según Welzel, en el ejercicio de la actividad finalista³⁷. El legislador no puede modificar la estructura finalista de la acción humana, ni el papel que desempeña en ella la voluntad. La acción no es una mera suma de elementos objetivos y subjetivos, sino una dirección del curso causal por la voluntad humana. El contenido de la voluntad ha de pertenecer al concepto de la acción. Welzel señalaba otras estructuras lógico objetivas, entre otras, *la culpabilidad*, que obliga a conceder relevancia al error de prohibición. El concepto de culpabilidad presupone que el autor pudiese haber actuado de acuerdo con la norma. Se trata, en suma, de que el "*poder actuar de otra forma*" se convierte así en una estructura lógico-objetiva percibida por Welzel. Si el autor no sabía ni podía saber que su conducta era antijurídica, no actuaba culpablemente.

Ahora bien, la estructura finalista de la acción humana y la estructura de la culpabilidad vinculan al legislador, según Welzel, tan sólo en el caso de que quieran unir a la acción o a la culpabilidad una consecuencia jurídica. Sólo en el caso de que decida vincular una consecuencia jurídica a la culpabilidad, tendrá que respetar, necesariamente la estructura lógico objetiva de la misma. En otro caso podía ignorarla. Lo mismo sucede con el concepto finalista de la acción, sólo en el caso de que el legislador quiera anudar una consecuencia jurídica a una acción humana, estará vinculado a la estructura lógico objetiva de la misma. Partiendo de la base, Welzel, de que el legislador habría querido vincular las consecuencias jurídicas a acciones humanas, y a la culpabilidad, desarrolló todo un nuevo sistema del Derecho penal. Welzel afirma precisamente que las estructura lógico-reales y, en particular, la estructura final de la acción vinculan al legislador, por cuanto que las normas de Derecho no pueden ordenar o prohibir meros procesos causales, sino sólo comportamientos dirigidos por la voluntad. Sólo aquellos sucesos respecto a los cuales puede considerarse el hombre como persona,

³⁷ CEREZO MIR, J.: Op. cit., p. 32; MIR PUIG, S., op. cit. p. 157; RODRÍGUEZ DEVESA, J.M., op. cit. p. 336; VIVES ANTÓN, T.S.: *Fundamentos del Sistema Penal*, Valencia, 1.996, p. 109.

son sus mandatos Derecho, de lo contrario serían mero hecho, simple poder³⁸.

En la lenta evolución de la teoría general del delito, se van proponiendo soluciones para la superación del "*dogma causal*". El tipo en el sistema clásico se caracterizaba por su carácter *objetivo* y por su *neutralidad valorativa*, es decir el tipo recogía la acción que causaba el resultado, exenta de elementos subjetivos y desprendida de valoraciones de ninguna especie, corrigiendo las negativas consecuencias del *regresus ad infinitum*, en la culpabilidad, exigiendo dolo o imprudencia en la conducta. Los tipos se trataban entonces, de simples procesos de causación en este sistema clásico, siendo lo injusto la lesión de un bien jurídico. Vimos como el sistema neoclásico reaccionó contra la neutralidad valorativa del tipo, determinando un concepto valorativo de acción como comportamiento, como realización de la voluntad humana, como comportamiento voluntario, o simplemente como conducta humana³⁹. Y ahora, el finalismo reaccionará frente al carácter objetivo del tipo del sistema clásico. Welzel se centra en el concepto de acción a la hora de formular su teoría, pudiéndose decir que el finalismo es, en esencia, una teoría de la acción, teoría que, obviamente, afecta y repercute en los restantes elementos del delito, como veremos. Así, Welzel, en la *acción*⁴⁰, introduce la fundamental importancia del aspecto subjetivo⁴¹ (frente al carácter puramente objetivo de los conceptos causalistas anteriores), llegando a decir que la finalidad de la misma, su fin, es precisamente lo que diferencia la acción humana de los fenómenos naturales ciegos. O lo que es lo mismo, el hombre, gracias a su saber causal, como ser racional e inteligente que es, interviene en los

³⁸ MARTINEZ ESCAMILLA, M.: Op. cit. p. 25.

³⁹ MIR PUIG, S.: Op. cit., p. 155.

⁴⁰ En el concepto finalista elaborado por WELZEL, el contenido de la voluntad pertenece a la acción, a diferencia de lo que ocurría con el concepto causal, donde sólo interesaba, como vimos, que el movimiento corporal fuera voluntario. En el concepto causal bastaba con que el movimiento corporal hubiera producido un resultado, existiendo entre ambos una relación de causalidad, analizándose la voluntad y su contenido en la culpabilidad. Ahora, bajo la concepción finalista, el contenido de la voluntad pertenece a la acción, siendo en definitiva la voluntad el factor que impulsa y da sentido a la acción.

⁴¹ WELZEL, en este sentido observa como desde PUFENDORF hasta la formulación de la teoría clásica del delito, no eran consideradas como acción, sin más, todas las consecuencias causadas por el hombre, sino que tan sólo se consideraban como parte de la acción aquéllas consecuencias que dependían de su voluntad o eran dominables por él, tan sólo éstas podían ser imputadas como obra de la voluntad de la persona. Vid. MARTINEZ ESCAMILLA, M.. op. cit. p. 22. La situación varió con la formulación de la teoría clásica. Es más, WELZEL reconoce que no es él el primero que ve en la voluntad el factor esencial de la acción humana convirtiéndola en fundamento de la imputación de resultados. Esta es, como él escribe, "*una vieja verdad que ya había sido formulada por ARISTOTELES y que PUFENDORF, tomándola del Derecho natural, la había transmitido a la Ciencia jurídica, donde fue absolutamente dominante hasta finales del siglo XIX*". Op. cit. pag. 24 y nota 86.

procesos causales como medio para lograr los fines que se propone, por tanto, el contenido de la voluntad dirigida a un fin determinado es fundamental en la acción⁴². Su característica por tanto es dirigirse intencionadamente a un objetivo previamente planificado por el sujeto. Como dice Welzel, sólo la acción humana es *vidente* (ve adónde tiende) a diferencia del resto de los procesos naturales, que actúan de modo ciego⁴³. La actividad finalista del hombre se caracteriza pues, en que éste, gracias a sus conocimientos nomológicos (derivados de la experiencia) puede prever las consecuencias posibles de su conducta, y por tanto orientarla a la obtención de determinados fines, planificando su conducta orientándola hacia tales fines.

VIII.- Welzel y el nuevo sistema de derecho penal.

Los rasgos más destacados de este nuevo sistema del Derecho Penal que elabora Welzel sobre esa base (sobre la base del concepto finalista de la acción y de la estructura lógico objetiva de la culpabilidad, el "*poder actuar de otro modo*") son, básicamente la inclusión del dolo en el tipo de los delitos dolosos, con lo cual el tipo de los delitos dolosos pasa a diferenciarse del tipo de los delitos imprudentes. En este sentido, Welzel equipara la *finalidad*⁴⁴ de la acción al *dolo*, de tal forma que se produce una bipartición del dolo neoclásico, pasando a existir el llamado "*dolo natural*", que sería precisamente la finalidad de la acción, es decir, el conocimiento y voluntad de realización de la acción, que estaría ubicado en la tipicidad, y por otra parte, la "*conciencia de la antijuridicidad del*

⁴² Señala en este sentido CEREZO MIR, J., op. cit., p. 33, con remisión literal al propio Welzel, que "*el ser humano, gracias a su saber causal, puede prever, dentro de ciertos límites, las consecuencias posibles de su conducta, asignarse, por tanto, fines diversos y dirigir su actividad conforme a un plan, a la realización de estos fines*". Sigue diciendo CEREZO por boca de WELZEL: "*Dado que la finalidad se basa en la capacidad de la voluntad de prever, dentro de ciertos límites, las consecuencias de su intervención en el curso causal y de dirigir, por consiguiente, éste conforme a un plan a la consecución del fin, la espina dorsal de la acción finalista es la voluntad consciente del fin, rectora del acontecer causal. Ella es el factor de dirección que configura el acontecer causal externo y lo convierte de este modo, en una acción dirigida hacia el fin. La voluntad finalista puesto que, y en la medida en que, configura objetivamente el acontecer externo, pertenece a la acción como factor integrante*".

⁴³ MIR PUIG, S.: Op. cit., p. 156 y 157. En el mismo sentido CEREZO MIR, J., op. cit. p. 33, cuando señala que la finalidad es, por ello, dicho en forma gráfica, "*vidente*", la causalidad "*ciega*".

⁴⁴ Para Welzel la *finalidad* es voluntad de realización. Con esto queremos decir que Welzel no entiende la finalidad *stricto sensu*, que abarque exclusivamente los fines perseguidos por el autor, sino que para él, la finalidad comprende, además de los fines perseguidos por el sujeto activo, las consecuencias que el autor consideraba que iban necesariamente unidas a la consecución del fin, más las consecuencias previstas por el autor como posibles y con cuya producción contaba, si bien no consideraba que la finalidad comprendiese incluso todas las consecuencias contempladas por el autor como posibles, aunque confiara en su no producción

hecho", que tendría un mero carácter potencial, y que se ubicaría ya en la culpabilidad. Ahora bien, ¿qué sucede con la imprudencia?. Como vemos, la estructura derivada de la equiparación entre finalidad y dolo, que nos obligaba a diferenciar entre *dolus naturalis*, situado en la tipicidad, y "*conciencia de la antijuridicidad de la conducta*", a valorar en la culpabilidad, resultaba de fácil adaptación para los delitos dolosos, sin embargo, para los delitos imprudentes no tenía fácil encuadre. Por ello, lo que hace WELZEL es, en un primer momento, afirmar que la diferenciación entre los delitos dolosos y los imprudentes no se encuentra en la culpabilidad, sino en la tipicidad. El tipo, entendido como descripción material de la conducta prohibida por las disposiciones penales y como indicio de antijuridicidad, se vio pues, en la necesidad de integrar en su seno la estructura final de la acción, de modo que en los delitos dolosos de resultado, la causación de éste tan sólo adquiriría relevancia para el Derecho penal si estaba presente la voluntad humana. A partir de ahora, en estos delitos, se va a diferenciar entre tipo objetivo y tipo subjetivo, recogiendo en este último la finalidad, la cual se identifica con el dolo (*dolus naturalis*).

IX.- Críticas y correcciones del nuevo sistema.

Esta bipartición del dolo ha sido fuertemente criticada por diversos sectores doctrinales. Así Rodríguez Devesa⁴⁵ señala que al trasladarse la intención, como *dolus naturalis*, a la acción, se "*vacía ciertamente la culpabilidad de este elemento psíquico, pero el juicio de que una acción es culpable no puede pronunciarse sin tener presentes otros factores psicológicos y estados de los que depende la imputabilidad. La culpabilidad con la concepción finalista queda reducida a un muñón, que hace que el esquema recuerde, con desventaja, las construcciones binarias.*". Por su parte, Vives Antón⁴⁶, critica el que Welzel por una parte, al sostener que la acción humana era ejercicio de una actividad finalista, y por tanto caracterizar la acción como finalidad, como dolo, dejando fuera del concepto de acción a las acciones culposas, trate de solucionar el problema acudiendo a un "*supraconcepto*", de tal suerte que la acción culposa sería así, una forma de acción independiente de la dolosa, pero integradas ambas en ese supraconcepto de manos de la finalidad, que si para las acciones dolosas sería finalidad efectiva, para las acciones culposas sería finalidad potencial. La formulación elaborada por Welzel fue objeto de críticas incluso por los propios finalistas, como Niese, el cuál llega a decir que la finalidad o existe o no existe, descartando poder hablar de una finalidad potencial, como señala Welzel. Niese mantiene que los delitos imprudentes consisten en la causación de un resultado jurídicamente desvalorado, pero no

⁴⁵ RODRÍGUEZ DEVESA, J.M.: Op. cit., p. 337.

⁴⁶ VIVES ANTÓN, T.S.: Op. cit. p. 109 a 113.

suponen la realización de una acción desvalorada en cuanto a su finalidad. De esta forma, para Niese, tanto las acciones prudentes, como las imprudentes, en cuanto a la finalidad, no serían desvaloradas –ahí residiría precisamente la diferencia en relación a las acciones dolosas–, si bien la diferencia estaría en que en las prudentes no se alcanzaría un resultado jurídicamente desvalorado, en tanto que en las imprudentes sí. En cualquiera de los casos Niese exigía también la concurrencia simultánea de un desvalor de la acción, no en cuanto a su finalidad, pero sí en cuanto a que implicara la lesión del deber de cuidado. Es decir, por tanto, en las acciones imprudentes debería concurrir un desvalor en la acción (falta del cuidado o deber de diligencia), y un desvalor del resultado (si bien éste no era perseguido finalmente). Señala en este sentido Vives que: *“(...) difícilmente cabe integrar en un supraconcepto las acciones dolosas y las culposas sobre la base de un momento –el dolo– que en unas existe y en otras no.”*⁴⁷. Welzel se vio obligado pues, a reformular la concepción final de la acción, dados los insatisfactorios resultados vistos en relación con las acciones imprudentes, y ahora, tras esa reformulación, Welzel sostuvo que la finalidad está presente tanto en las acciones dolosas como en las acciones imprudentes, si bien la diferencia fundamental está en que en las acciones imprudentes, la finalidad es irrelevante para el Derecho⁴⁸. Y así, para explicar cómo el Derecho intervenía en las acciones imprudentes, sostiene Welzel que el Derecho, las normas, no se ciñen, exclusivamente a la finalidad perseguida por el sujeto,

⁴⁷ VIVES ANTÓN, T.S.: Op. cit. p. 110.

⁴⁸ Llegado a este punto, y merced a la reformulación a que se vio obligado, WELZEL considera que las acciones prudentes se caracterizan por no concurrir en las mismas la lesión del deber objetivo de cuidado, lesión que si acontece en las acciones imprudentes. En este sentido, WELZEL se aparta un tanto de su concepción finalista para centrarse en un concepto puramente valorativo: el deber objetivo de cuidado. CEREZO considera que en realidad, las dificultades con que tropieza el concepto finalista de la acción en los delitos imprudentes, no resultan insuperables, sobre todo teniendo en cuenta la última posición que adoptó WELZEL en esta cuestión. WELZEL acaba reconociendo que en realidad, en todos los delitos imprudentes hay una acción finalista. Lo que sucede en los delitos imprudentes, es que el sujeto, al llevar a cabo una acción finalista no ha observado el cuidado objetivamente debido (conducir un coche, intervención quirúrgica...) y como consecuencia de ello se ha producido un resultado delictivo, una consecuencia no querida por el sujeto. Ahora bien, CEREZO señala que no es cierto que esta acción finalista real que existe en todos los delitos imprudentes no sea relevante para el Derecho Penal –al contrario de lo que llegó a sostener el propio WELZEL, tal como critica VIVES ANTÓN-. En estos delitos imprudentes, reconoce CEREZO que lo que resulta irrelevante es el fin que perseguía el sujeto, puede ser también irrelevante el medio utilizado por el sujeto, pero sí puede ser relevante la forma de utilización del medio, por tanto, esa acción finalista que existe en los delitos imprudentes es relevante para el Derecho Penal, no es cierto que no lo sea. Lo que sí es cierto, y es una limitación indudable del concepto finalista de la acción, según el propio CEREZO, es que el resultado delictivo no pertenece a la acción de los delitos imprudentes. En ellos, por definición, el resultado delictivo no estaba comprendido en la voluntad de realización del mismo.

sino que deben también contemplar los medios empleados por el sujeto, y ello a fin de evitar que una mala utilización de esos medios (su mala selección y aplicación) pueda producir efectos no queridos y socialmente dañosos.⁴⁹

Por lo que respecta a la *antijuridicidad*, Welzel, al trasladar el dolo a la tipicidad, reúne todos los elementos subjetivos del tipo bajo la denominación de "*elementos personales del injusto*", en los que se manifiesta el "*desvalor de la acción*", frente al "*desvalor del resultado*" –teoría del injusto personal-. Por tanto, lo injusto no seguía siendo ya la simple lesión de un bien jurídico, sino que la acción es antijurídica (injusta), en cuanto obra final de un determinado autor, siendo la voluntad final de éste un elemento constitutivo de lo injusto (desvalor de la acción). La lesión del bien jurídico (desvalor del resultado), tan sólo interesa en la medida en que previamente nos encontremos ante una acción antijurídica.

Muchos penalistas alemanes de los años cincuenta y sesenta del pasado siglo XX negaron la vinculación del Derecho a las estructuras lógico objetivas de la materia de su regulación (por ejemplo *Mezger* o *Roxin*, entre otros). Esta fue una cuestión muy debatida, siendo Günter Stratenwerth⁵⁰ el que encontró la solución: éstas estructuras lógico objetivas, la estructura finalista de la acción humana, por ejemplo, sólo son perceptibles desde una concepción del hombre como ser humano, como persona. Tan sólo partiendo de la concepción del hombre como ser humano, como persona, como ser responsable, en suma, como capaz de autodeterminación, sólo entonces, señala Welzel, la conducta finalista aparece como conducta específicamente humana. Actos humanos no finalistas, -actos del hombre, más bien diríamos- como los movimientos reflejos o las convulsiones sufridas en un ataque epiléptico, todos estos actos no finalistas aparecen entonces como actos no específicamente humanos.

Y concluye del mismo modo Welzel en relación con las demás estructuras lógico objetivas, como la de la culpabilidad. Por consiguiente, es más que discutible que pueda concebirse o considerarse al concepto finalista de la acción como un concepto estrictamente ontológico, previo a toda valoración jurídica. Como vemos, el concepto finalista de la acción está condicionado por la concepción del ser humano de que se parta, y por tanto, tan sólo en el caso de que se parta de la concepción del ser humano como

⁴⁹ No obstante, esta reformulación de Welzel, también ha estado sometida a críticas. Vid. VIVES ANTÓN, T.S., op. cit. p. 110, citando a RODRÍGUEZ MUÑOZ, J.A., *La doctrina de la acción finalista*, p. 133.

⁵⁰ Según CEREZO, op. cit., p. 31y 32, nota 15, pueden considerarse discípulos de Welzel, a Stratenwerth, Niese, Kaufmann y Schwartz, entre otros.

persona entonces el Derecho tendrá que tener, necesariamente en cuenta, el concepto finalista de la acción.

X.- El pensamiento finalista y las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal.

De lo dicho necesariamente se entiende, que los presupuestos metódicos de que parte el finalismo han supuesto, como ya adelantamos al inicio del estudio de esta orientación, una alteración sustancial de las construcciones operadas por la precedente metodología teleológico-valorativa. En este sentido, la enorme restricción que para la culpabilidad supuso esta nueva orientación metodológica -que vino a limitarla, como hemos dicho, a un puro juicio de reproche-, vino a implicar también, simultáneamente y de forma inexcusable, un desplazamiento hacia el juicio de antijuridicidad de muchas circunstancias del delito que con anterioridad -con la orientación metodológica teleológico-valorativa- estaban comprendidas en el juicio de culpabilidad. Así, muchas circunstancias modificativas de la responsabilidad que con la orientación teleológico-valorativa, al presentar caracteres psicológicos -como la premeditación-, o que presentaban o respondían a motivos o a la actitud espiritual del agente, y que por tanto eran captadas por el juicio de culpabilidad, ahora con la nueva orientación finalista, van a ir referidas a lo injusto, en tanto que partes del tipo subjetivo.

En este sentido, y como regla general, con esta orientación, al juicio de culpabilidad irán referidas tan sólo las circunstancias modificativas que gradúen, presupongan o pongan de manifiesto un especial grado de reprochabilidad, en tanto que las demás circunstancias irán referidas al juicio de antijuridicidad, ya por ser partes integrantes del tipo objetivo o del tipo subjetivo. Con este nuevo sistema, como señala ALONSO ALAMO⁵¹, la determinación de la naturaleza objetiva o subjetiva de las circunstancias deja de tener utilidad e interés.

BIBLIOGRAFIA

- ALONSO ÁLAMO, M.: *El sistema de las circunstancias del delito. Estudio general*. Tesis doctoral, Universidad de Valladolid, Facultad de Derecho, 1981.
- BLANCO GONZALEZ, A.: "El positivismo jurídico", en *FILOSOFIA DEL DERECHO*, UNED, Madrid, 1.989.
- CEREZO MIR, J.: *Curso de Derecho Penal Español. Parte General, II, Teoría jurídica del delito*, 6ª ed., Madrid, 1.999.
- CUELLO CALON, E.: *Derecho Penal. Tomo I. Parte General. Vol. I*, Ed. Bosch, 18ª ed., -Revisada y puesta al día por Cesar Camargo Hernández-, Barcelona, 1980.

⁵¹ ALONSO ÁLAMO, M.: Op. cit., p. 422.

- DE LA CUESTA AGUADO, P.M.: *Tipicidad e imputación objetiva*, 2ª ed. ampliada, editorial Jurídica de Cuyo, Mendoza, (Argentina), 1998.
- DEL HIERRO AGUAZAS, J.L.: “Aproximación al pensamiento filosófico-jurídico de Leopoldo Alas, Clarín”, en *Revista de Ciencias de la Información*, nº 4, Editorial Complutense, Madrid, 1987.
- ESCALONA MARTINEZ, G.: “Kant y el kantismo, Hegel”, en *Filosofía del Derecho*, AAVV, UNED, 1989.
- FERNÁNDEZ GALIANO, A.: *Derecho Natural. Introducción Filosófica al Derecho*, 4ª ed., Madrid, 1983.
- GARCIA AMADO, J.A.: “Nazismo, Derecho y Filosofía del Derecho”, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, Tomo VIII, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.
- HARTMANN, N.: *Grundzüge einer Metaphysik der Erkenntnis*. 2, Berlín-Leipzig, 1925.
- KAUFMANN, A.: “Rechtsphilosophie und Nationalsozialismus”, en *Beiträge zur juristischen Hermeneutik: sowie weitere rechtsphilosophische Abhandlungen*, Ed.: Köln : C.Heymann, 1984.
- KAUFMANN, A.: “Gustav Radbruch- Leben und Werk”, en *Gustav Radbruch, Gesamtausgabe, Band 1* (Hr. Arthur Kaufmann), Heidelberg, C.F. Müller, 1987.
- KUNZMANN, P.-BURKARD, F.P.-WIEDMANN, F.: *Atlas de Filosofía*, Alianza Editorial, 2ª ed., Madrid, 2000.
- LARENZ, K.: *Metodología de la Ciencia del Derecho*, trad. Rodríguez Molinero, Ed. Ariel, Barcelona, 1994.
- LUZÓN PEÑA, D-M.: *Curso de Derecho Penal, Parte General, I*, Ed. Universitas, SA, Madrid, 1996.
- MARIAS, J.: *Historia de la Filosofía*, Ed. Alianza, 1ª Ed., 4ª Reimpresión, Madrid, 2001.
- MARTINEZ-BUJAN PEREZ, C.: “La concepción significativa de la acción de T.S. Vives y su correspondencia sistemática con las concepciones teleológico-funcionales del delito”, en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 2001.
- MARTINEZ ESCAMILLA, M.: “La imputación objetiva del resultado”, Ed. Edersa, Madrid, 1.992.
- MEZGER, E.: *Tratado de Derecho Penal, I*, trad. de J.A. Rodríguez Muñoz, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1.955.
- MIR PUIG, S.: “Objeto del delito” en *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, Ed. Francisco Seix, S.A., Barcelona, 1982.
- MIR PUIG, S.: *Derecho Penal. Parte General*, 5ª ed., Barcelona, 1998 y reimpresión, 1999.
- RADBRUCH, G.: “Naturrecht und Rechtspositivismus”, en MAIHOFER, W.: *Naturrecht oder Rechtspositivismus?* (Hrsg.), Ed. Darmstadt : Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1962.
- RADBRUCH, G.: *Rechtsphilosophie*, herausgegeben von Erik Wolf und Hans-Peter Schneider, 8ª ed. Ed. Stuttgart : K.F. Koehler, 1973.
- RODRÍGUEZ DEVESA, J.M.: *Derecho Penal Español. Parte General*, 9ª ed., Ed. Dykinson, Madrid, 1985.
- ROXIN, C.: *Teoría del tipo penal (tipos abiertos y elementos del deber jurídico)*, traducción de E. Bacigalupo Zapater, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1979.

VIVES ANTÓN, T.S.: *Fundamentos del Sistema Penal*, Valencia, 1.996.

ZUGALDIA ESPINAR, J.M.: “¿Otra vez la vuelta a VON LISZT?”, en VON LISZT, F.: *La idea de fin en el Derecho Penal*, Introducción de ZUGALDIA ESPINAR, J.M. y traducción de Pérez del Valle, Ed. Comares, Granada, 1995.

ZUÑIGA RODRÍGUEZ, L.: *Política Criminal*, Ed. Colex, Madrid, 2001

UNIVERSALIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS Y CRÍTICA DE LAS TEORÍAS DE LA NATURALEZA HUMANA EN EL PRAGMATISMO DE RICHARD RORTY

Rafael Enrique Aguilera Portales*

RESUMEN

El objetivo de este trabajo consiste en abordar la problemática fundacional de los derechos humanos desde las críticas a las teorías antropológicas jurídica y filosófica clásicas que realiza el destacado filósofo norteamericano Richard Rorty. La propagación y difusión de los derechos humanos no es un problema de racionalidad y obligación moral, sino más bien un problema que tiene que ver con la educación emocional y sentimental ciudadana. No obstante, frente a esta opinión rortiana considero que los derechos humanos urgen y precisan de una mayor clarificación y dilucidación conceptual y fundacional que no es incompatible con una defensa efectiva, firme y radical de los mismos.

PALABRAS CLAVE

Pragmatismo, esencialismo, representacionalismo, fundacionalismo, universalismo, derechos humanos, modernidad, contingencia.

SUMARIO

1. Introducción. 2. El pragmatismo norteamericano: su compromiso ético-político 3. Crítica a las teorías de la naturaleza humana 4. Crítica a la antropología jurídica de los derechos humanos. 5. El problema de la universalidad de los derechos humanos 6. Crítica al fundacionalismo de los derechos humanos 7. La Modernidad como proyecto político y jurídico universal.

Estamos viviendo en unos tiempos en que a diario pueden hacer su aparición modalidades inauditas de la coacción, de la esclavitud, del exterminio –modalidades que a veces se dirigen contra determinados estratos de la población y que otras se extienden sobre vastos territorios.

Ernst Jünger: *La emboscadura*

1. Introducción.

Actualmente, asistimos a un creciente y renovado interés por los estudios sobre Derechos Humanos, un renovado interés por parte de los juristas, politólogos, sociólogos hacia cuestiones y temas abordados tradicionalmente por la Filosofía política y del Derecho, aunque también debemos señalar que una gran parte de juristas desconfía abiertamente de las especulaciones filosófico-jurídicas por considerarlas irrelevantes para la práctica jurídica. Sin duda, esta actitud responde a viejos paradigmas del pensamiento jurídico todavía vigentes, un ejemplo claro y evidente lo podemos observar cuando abordamos el problema del concepto y fundamento de los derechos humanos. Todavía existe una tendencia a dejar de lado en

* Profesor de Filosofía del Derecho en la Universidad Autónoma de Nuevo León, ciudad de Monterrey, México. Docente-investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la U.A.N.L. y miembro del Sistema Nacional de Investigadores, CONACYT. Correo electrónico: sisifo2005@hotmail.com

la dogmática jurídica¹, bajo la fuerte herencia e influencia del neopositivismo y neopragmatismo jurídico, los problemas relativos al concepto y fundamento de los derechos humanos por considerarlos problemas insustanciales e intrascendentes para la aplicación e interpretación del Derecho.

Evidentemente tratar el problema del concepto y fundamento de los derechos humanos y no tener en cuenta los graves problemas actuales que afectan a los seres humanos como limpieza étnica, refugiados, desplazados, discriminación de la mujer, pobreza, marginación no sólo es una contradicción sino que puede conducirnos a una reflexión intelectual inútil y estéril, por lo cual, requerimos de una reflexión crítica y rigurosa sobre los derechos humanos acompañada de una defensa radical y firme de los mismos. Considero que ambas estrategias son legítimas, urgentes y necesarias y, en absoluto, son incompatibles sino que además se encuentran estrechamente conectadas.

La cuestión del problema del concepto y fundamento de los derechos humanos se encuentra, en gran parte, con el problema de que éstos pertenecen a un orden axiológico confuso, movedizo y poco delimitado. La primera pregunta que nos asalta cuando abordamos dicha problemática es que los derechos humanos pertenecen a tres ámbitos distintos y entrelazados: moral, jurídico o político. Esta mezcla o confusión de los tres niveles hace más problemático el intento de fundamentación y constituye uno de los grandes desafíos de la filosofía del derecho actual. De aquí, que cuando hablamos de derechos humanos estamos hablando de una triple dimensión compartida². Esto convierte a los derechos humanos o fundamentales en aspiraciones éticas, políticas y jurídicas reales y tangibles.

La experiencia horrenda y brutal del holocausto³ marca un

¹ DE ASÍS ROIG Rafael, *Escritos sobre Derechos humanos*, Ara editores, Lima, 2005; PEREZ LUÑO, Antonio Enrique, *Trayectorias contemporáneas de la Filosofía y la Teoría del Derecho*, Lima, Palestra, 4° ed., 2005

² MIGUEL REALE, profesor de la Universidad de São Paulo, ha distinguido esta triple dimensión del derecho. Debemos observar que en oposición a una visión ecléctica que puede ver una absoluta dispersión temática en la filosofía del derecho, existe una coincidencia entre los autores respecto a los problemas fundamentales. Miguel Reale advierte que la contribución de RECASENS SICHES a la teoría tridimensional del derecho es relevante, tanto en el estudio de la concepción general del derecho como en la concreción del fenómeno jurídico-normativo, como producto cultural y, por tanto, histórico. REALE, Miguel, *Teoría tridimensional del Derecho*, Madrid, Tecnos, 1997, véase también Reale, Miguel (1976) *Fundamentos del Derecho*, Palma, Buenos Aires, REALE, Miguel. *Filosofía Do Direito*. Edit. Saravia Sao Pablo, Brasil, 1972. RUIZ MIGUEL, Alfonso, *Una filosofía del derecho en modelos históricos: de la antigüedad a los inicios del constitucionalismo*, Trotta, Madrid, 2000

³ GRAY, John, *Perros de paja*, Barcelona, Paidós, 2000, p. 215. Véase también Glover, Jonathan, *Humanidad e inhumanidad. Una historia moral del siglo XX*,

punto de inflexión en torno a nuestra propia historia y determina una nueva voluntad política occidental más decidida a favor de la prevención y difusión de los derechos humanos. De esta forma, la Declaración universal de la ONU en 1948 significa un replanteamiento de los fundamentos de los derechos humanos y una puesta en marcha de todo un programa de universalización efectiva.

Entre 1492 y 1990, hubo al menos 36 genocidios que se cobraron, cada uno de ellos, entre decenas de miles y decenas de millones de vidas. Desde 1950, ha habido casi veinte genocidios; de ellos, al menos tres tuvieron más de un millón de víctimas (en Bangladesh, Camboya y Ruanda). Sólo las dos Guerras Mundiales (1914 y 1945) se cobraron 55 millones de vidas humanas.

Los derechos humanos urgen y precisan de mayor clarificación y dilucidación conceptual, dentro del irreversible proceso de globalización. Actualmente nos encontramos con dos tendencias opuestas entre universalidad y diferencialidad⁴ que nos están sometiendo a todo tipo de dilemas y contradicciones que de alguna forma tenemos que afrontar. El objetivo de este trabajo consiste en abordar esta problemática fundacional de los derechos humanos desde las críticas a las teorías de la antropología jurídica y filosófica que realiza el neopragmatismo político de Richard Rorty.

2. El pragmatismo norteamericano: su compromiso ético-político.

Con Richard Rorty nos encontramos ante un pensador complejo, polémico y controvertido; pero si lugar a dudas, un pensador sugerente y fecundo que nos invita a mantener la discusión filosófica viva y abierta en torno al futuro que se avecina y al que ya estamos asistiendo. Un pensador no exento de veleidades, incongruencias, contradicciones o lagunas; pero, ante todo, un filósofo contemporáneo que nos aporta numerosas ideas, matices y sugerencias, críticas en torno a la situación actual de la humanidad y la necesidad cada vez más apremiante, urgente de una auténtica y profunda educación ético-política desde la filosofía política y jurídica, una educación ciudadana que nos ayude a reflexionar sobre la

trad. Marco Aurelio Galmarini, Madrid, Cátedra, 2001. Cuando contemplamos los nefastos acontecimientos de Auschwitz, los Gulags e Hiroshima podemos corroborar el poco o nulo avance que hemos realizado en materia de derechos humanos en nuestro siglo pasado y actual. Estos acontecimientos nos deberían interpelar a realizar un mayor esfuerzo teórico y práctico de defensa, difusión y propagación de los derechos humanos. POPPER, K.O., *En busca de un mundo mejor*, Barcelona, Paidós, 1994.

⁴ RUBIO CARRACEDO, J.L., "Globalización y diferencialidad de los derechos humanos" en *Revista ALFA* (Asociación Andaluza de Filosofía), año IV, nº8, 2000, pp. 69-91.

importancia de los derechos humanos en nuestra sociedad actual.

En principio no podemos soslayar que existen numerosas diferencias, matices y conflictos existentes entre los distintos pensadores pragmatistas (clásicos y posmodernos), no obstante, todos coinciden, en primer lugar, en su crítica profunda a los llamados absolutos y trascendentes, en segundo lugar, en insistir en la pluralidad de experiencias, creencias e valores, en tercer lugar, la precariedad de la existencia humana (que Rorty denomina "contingencia") y, por último, su rechazo radical a todo tipo de fundamentalismos (religiosos y no-religiosos). La tradición pragmatista⁵ está enraizada en la cultura norteamericana y, al mismo tiempo, es profundamente crítica con los fallos de la sociedad americana. En este sentido para Bernstein, el pragmatismo tiene una vocación universalista: "El espíritu prevaleciente del pragmatismo ha sido, según Rorty, no la desconstrucción, sino la reconstrucción"⁶

Su contribución ético-política es el aspecto más positivo, relevante y significativo del neopragmatismo actual, su fuerte compromiso hacia los ideales democráticos que los pragmatistas conciben como "nuestro proyecto colectivo". Una dirección política que ha configurado y constituido el neopragmatismo contemporáneo frente al clásico. Según Bernstein: "Rorty, Putnam y West nos recuerdan, que ha habido un profundo compromiso ético-político para la mejora del sufrimiento humano y la humillación, y un compromiso positivo a continuar la reforma democrática social igualitaria."⁷

⁵ El pragmatismo es un movimiento filosófico surgido en Estados Unidos de América, en torno a la década de 1880 con Sanders, Peirce, William James y John Dewey. No era una teoría, ni una escuela filosófica, ni un movimiento unitario. El pragmatismo terminó en diluirse en corriente de pensamiento, como la filosofía analítica con la que presenta algunas afinidades. En este sentido, se presentó como un instrumento crítico para la clarificación del pensamiento; pero el pragmatismo quiso ser más que una concepción analítica de la filosofía. El pragmatismo pretende recuperar la razón y los valores humanos para el dominio sobre una acción. No es una ideología de la "acción por la acción" o del encubrimiento de la "razón técnica", sino una teoría de la acción inteligente y liberadora y de la razón responsable. FAERNA GARCÍA BERMEJO, A. M.: *Introducción a la teoría pragmática del conocimiento*; BELLO Gabriel "El pragmatismo americano" en CAMPS V. (Comp.) *Historia de la Ética* Alianza editorial, Barcelona, 1989 pp.39; KURTS, Paul: *La Filosofía norteamericana contemporánea* México. Cátedra. 1965, HOTTOIS, Gilbert: *Historia de la Filosofía. Del renacimiento a la postmodernidad*; Madrid, Catedra. p. 495 RUSSELL, Bertrand: *Ensayos filosóficos* Madrid. Alianza editorial, 1983.

⁶ BERNSTEIN, Richard: "El resurgir del pragmatismo" en Rubio Carracedo J. *El giro posmoderno*. Philophica Malacitana, suplemento nº1, Málaga, 1993, p. 24 PUTNAM, Hilary, *Reason, Truth and History*, Cambridge: Cambridge University Press, 1981, (edición en castellano: *Razón, verdad e historia*, (trad. J.M. Esteban Cloquell), Madrid, Tecnos, 1988). PUTNAM, H., *Meaning and the moral sciences*. London: Routledge & Kegan Paul.

⁷ *Ibidem*. P. 25

Richard Rorty y Corel West, como intelectuales contemporáneos, han tenido un fuerte y serio compromiso hacia numerosos problemas sociales, injusticias y han tratado de elaborar e inspirar un vocabulario moral y político que sea inteligible y compartido por todo tipo de personas, ilustradas y menos ilustradas. No obstante, existen diferencias ideológicas, West⁸ simpatiza con la posición epistemológica del pragmatismo de Rorty; pero no con su posición política. Cornel West le critica su tenue historicismo que se contenta con narrativas históricas intelectuales y desconfía de las narrativas socio-históricas. Un historicismo postmoderno que tiene pocas consecuencias ético-políticas. West define el pragmatismo profético como un compromiso, que no rinde culto a ninguna ideología, con la eliminación del sufrimiento y de la opresión, con la lucha contra el racismo, el patriarcado y la injusticia económica desde la defensa radical de los valores e ideales democráticos. Un pragmatismo profético no confinado a ningún sujeto histórico preconcebido, sea clase obrera, negros, mujeres..., sino a toda clase de gente de buena voluntad que desea luchar por una cultura emersoniana de democracia activa y creativa.

En el contexto actual del pragmatismo norteamericano, Richard Bernstein considera a Corel West y Hilary Putnam mejor seguidor de John Dewey que Rorty, pues juzga y considera que éstos realizan una lectura más profunda, seria y sincera. De hecho, Corel West y Hilary Putnam ponen más énfasis deweyano en una democracia radical y los derechos humanos que el liberalismo ironista a veces conformista de Rorty.

⁸ COREL WEST, antiguo alumno de RORTY siguiendo la tradición pragmática ha estudiado los temas emersonianos del poder, la provocación y la personalidad, y llama a un "pragmatismo profético" nuevo y revitalizado. Como intelectual negro comprometido con las fuertes tendencias gramscianas y cristianas, WEST revisa y reflexiona críticamente sobre muchos postulados del pragmatismo clásico. Y hace una penetrante crítica de aburguesamiento, acomodamiento y ceguera persistente hacia el racismo y el sexismo endémicos en la sociedad norteamericana. El pragmatismo no desarrolló nunca realmente un discurso público adecuado para tratar las confusas cuestiones de clase, raza o género. WEST admira profundamente a DEWEY y proclama que el pragmatismo americano alcanza su nivel más elevado en la elaboración comprometida de John Dewey. Cornel West parte de los mismos supuestos filosóficos que Rorty y desde la misma tradición pragmatista; pero ambos pensamientos se diferencian en que West pondrá más énfasis democrático deweyano que el liberalismo político de Rorty. A West no le interesa acudir a narrativas como la de Marx, Durkheim, Weber, De Beauvoir...de contenido más emancipatorio. En definitiva, postula un pragmatismo ironista más comprometido políticamente, más profético en sus denuncias sociales, y menos conformista y estético. BERNSTEIN, R.: *New Constellation. The ethical-political Horizons of Modernity/Postmodernity* Oxford, Polity Press, 1991, p. 287. WEST, Corel: *The American evasion of Philosophy. Genealogy of pragmatism* Madison: University of Wisconsin press, 1989, p. 4, BERNSTEIN R.J. "El resurgir del pragmatismo" en RUBIO CARRACEDO J. *El giro posmoderno Philosophica Malacitana*, suplemento nº 1, Málaga, 1993, p. 18

Richard Rorty desde su propuesta pragmatista⁹ ve la cultura de los derechos humanos como un nuevo hecho acerca del mundo, que no necesita de ningún fundamento en el saber moral o en el conocimiento de la naturaleza humana. La cultura de los derechos humanos debe más al progreso de la educación sentimental que ha sido posible por el placer y la seguridad que a cualquier avance del conocimiento moral. La argumentación que Rorty proporciona no es ni metaética, ni metafísica, sino pragmática. La normativa sentimental puede aportar más a la cultura de los derechos humanos que la búsqueda del conocimiento de la naturaleza humana.

3. Crítica a las teorías de la naturaleza humana.

Richard Rorty parte de una concepción contingente del ser humano¹⁰, siguiendo los pasos del descentramiento del sujeto proporcionado por Nietzsche, Heidegger, Wittgenstein, Freud y Sartre. El ser humano es algo relativo a la circunstancia histórica, algo que depende de un acuerdo transitorio acerca de qué actitudes son normales y qué prácticas son justas o injustas. El sujeto es una realidad contingente, fortuita y variable producto del contexto histórico, social y cultural.

El tema principal de la filosofía, para Heidegger, no es el hombre o la existencia, sino el ser. En su obra clave *Ser y tiempo*, se pregunta por el "sentido del ser". Desde su ontología existencialista, el hombre es el ente privilegiado y único que se formula la pregunta acerca del ser y se interroga acerca de cuál es su ser particular. Dicho ente es el hombre a quien Heidegger llama *Dasein* (*ser ahí*). El *Dasein* es el modo de ser especial que tiene el hombre de *estar-en-*

⁹ El término "pragmatismo", señala RORTY, es una palabra vaga, equivoca, ambigua y demasiado tergiversada. Se trata de un término desgastado y mal utilizado que tenemos que rescatar definiéndolo como antiesencialismo. El antiesencialismo puede aplicarse contra las nociones de "verdad", "conocimiento", "lenguaje", "moralidad". De este modo, recordando la definición de William James, sobre la verdad como "lo que es bueno creer", y considera que la "verdad" no tiene esencia. JAMES, Williams: *Pragmatism*, Longmans, Green, Nueva York, 1907, (v. Trad. Cast. Rodríguez Aranda, *Pragmatismo*, Aguilar Argentina, Buenos Aires, 1974; *The meaning of Truth*, Loggmans, Green, Nueva York, 1909, *El significado de la verdad*, traducción L. Rodríguez Aranda, Aguilar Argentina, Buenos Aires. RORTY, R: *La filosofía y el espejo de la naturaleza*. Madrid. Cátedra, 1989 MURPHY, John *Pragmatism. From Peirce to Davidson, Introd. Richard Rorty*, Westview Press, 1990.

¹⁰ El término "*contingencia*" es una término frecuentemente empleado por Rorty en toda su obra, con este término trata de expresar el carácter inestable y azaroso de todo proceso humano y social. En oposición a una concepción antropológica determinista, fija y estable, Rorty pretende resaltar los elementos relativos y fortuitos que se dan en la configuración y construcción de subjetividades en nuestras sociedad. PUTNAM H.: *Renewing Philosophy*, Cambridge, Mass, Harvard University Press, 1992., p.118.

*el-mundo (in-sein)*¹¹. *Dasein* significa *estar ahí, en el mundo*; entendiendo el mundo como el conjunto de posibilidades o futuribles de realización de mi ser. Pero, el hombre no es sólo *estar-en-el-mundo (dasein)*, sino también *ser-con-el-mundo (mit-sein)*, ser entre las cosas o preocupado por ellas. Igualmente, desde el humanismo existencialista de Jean Paul Sartre se arremete contra la metafísica de las esencias, en nombre de la dignidad y la libertad del hombre. En el hombre, lo primero sería su existencia, su propia voluntad y su obrar personal. El hombre es el porvenir del hombre. Por eso, el existencialismo se opone al quietismo, porque afirma: *solo hay realidad en la acción, y va mas allá, porque declara: el hombre no es nada mas que su proyecto, no existe más que en la medida en que se realiza, no es por lo tanto más que el conjunto de sus actos, nada más que su vida*¹²

La idea tradicional de "solidaridad humana" consiste en decir que hay dentro de cada uno de nosotros algo- nuestra humanidad esencial- que resuena ante la presencia de eso mismo en otros seres humanos. La idea es la de que ellos carecían de un determinado componente que es esencial para que un ser humano sea completo. No existe tal componente esencial, ni existe tal yo nuclear¹³. La idea de un componente humano central y universal llamado "razón", una facultad fuente de nuestras obligaciones, es una idea que fue de mucha utilidad para la creación de las modernas sociedades democráticas; pero hoy en día es algo de lo que hay que prescindir.

La tradición platónica-cartesiana-kantiana y la tradición positivista-analítica representan un doble intento de búsqueda incansable y constante de la esencia del hombre. Richard Rorty parte de la concepción freudiana de personalidad tratando de demostrar que no hay tal esencia, ni un centro único, sino varias instancias, el yo y el super-yo que entran en diálogo y sustentan conjuntos de creencias y valores distintos. Incluso, los vocabularios y léxicos que utilizamos definen las diferencias entre las personas. Freud se consideró a sí mismo como parte del mismo movimiento de

¹¹ HEIDEGGER, M, *Ser y tiempo*, FCE, México, 1980, p. 225. Hay que precisar que nos encontramos ante el primer Heidegger, un Heidegger que todavía no ha realizado el giro lingüístico.

¹² SARTRE, J.P.: *El existencialismo es un humanismo*. Ediciones del 80, Buenos Aires, 1985, p. 14.

¹³ Este solipsismo cartesiano, o quedarse sólo en el pensamiento puro y vacío, ha sido fuertemente criticado por pensadores posteriores. Sigmund Freud pone en evidencia que no existe un yo autónomo. El yo psicológico cartesiano es una ficción, entelequia o fantasía. El psicoanálisis nos obliga a revisar esta visión demasiado consciente del sujeto humano, a través de su noción de inconsciente. Para Freud, todos los contenidos del inconsciente determinan y condicionan nuestra personalidad.

“descentramiento” del sujeto¹⁴ al que pertenecieron Copérnico y Darwin. De este modo, Copérnico descentralizó la antigua concepción del Universo, y Darwin descentralizó nuestra “*inerradicable naturaleza animal*”. Pero no es evidente que estos sucesivos descentramientos lleguen a poder considerarse una historia de humillación del hombre. Copérnico y Darwin pueden reclamar que han colocado al hombre en la cima y la cúspide de su cosmovisiones. Darwin, Stuart Mill, Freud afirman que deberíamos concebirnos a nosotros mismos como uno de tantos experimentos de la naturaleza y no como la culminación del designio de la naturaleza. Somos un “*experimento de vida*”¹⁵; incluso Jefferson y Dewey nos hablan de “*experimento*” en el terreno político para describir la democracia norteamericana.

Los mecanismos psicológicos parecen más descentrantes que los mecanismo fisiológicos sólo si se tiene ciertas tendencias metafísicas, que lleva a plantearse insistentemente las preguntas siguientes: pero ¿realmente quién soy?, ¿cuál es mi verdadera identidad?, ¿qué me es esencial? Descartes y Kant tenían esta tendencia esencialista, representacionista e intelectualista¹⁶. En la concepción del psicoanálisis de Freud surge la idea de que algunas personas desconocidas están motivándonos a hacer cosas que en el fondo no desearíamos hacer; esto, sin duda, constituye un verdadero descentramiento. Tomar en serio la idea de Freud es desear familiarizarse con esas personas desconocidas que habitan en nosotros como primer paso para acabar con ellas. Este deseo ocupará el lugar, para el freudiano pragmático del deseo religioso y metafísico

¹⁴ Figuras como Nietzsche, William James, Freud, Proust, Wittgenstein ilustran lo que ha llamado “*libertad como reconocimiento de la contingencia*”. Este programa filosófico desafía abiertamente la tradición cristiano-hegeliano-marxista, caracterizada por una visión teleológica-lineal del tiempo y la historia, propulsados por leyes providentes-conceptuales-económicas que gobiernan la historia. La concepción rortiana parte de la concepción contingente de la historia, el individuo y la sociedad por la cual somos puros experimentos azarosos y fortuitos. RORTY, R., *Essays on Heidegger and Others. Philosophical Papers*, vol. 2. Cambridge, Cambridge University Press, 1991.

¹⁵ En esto, sigue la tradición emprendida por Freud, Darwin y J.S Mill, por la cual deberíamos concebirnos a nosotros mismos como uno de tantos experimentos de la naturaleza y no como la realización finalista y teleológica del designio de la naturaleza, Dios u otra instancia superior. Por tanto, somos un experimento social e individual de vida, incluso, la democracia sería un experimento más entre otros, un experimento frágil, contingente y vulnerable. HOOK, Sidney, *Pragmatism and the tragic sense of life*, Basic Books, Nueva York, 1974.

¹⁶ La epistemología moderna inaugurada por Descartes, continuada posteriormente por Kant, parte del sujeto cognoscente como sujeto hegemónico del conocimiento de la realidad del Universo, por tanto estamos ante una tradición fuertemente representacionista, objetivista, esencialista que concibe el mundo como figura o representación de nuestro pensamiento. RORTY, R., *La filosofía y el espejo de la naturaleza* (trad. de J. M. Esteban), Madrid, Tecnos, 1989 y su obra RORTY, R., *The Linguistic Turn. Recent Essays in Philosophical Method*. Chicago, University of Chicago Press, 1967 (existe traducción al español).

de hallar el propio "verdadero centro". Con esta estrategia psicoanalítica iniciamos una tarea que puede resumirse en la expresión: "donde está el ello, estará el yo". Pero el adoptar esta meta devuelve la razón al imperativo de "conócete a ti mismo", un imperativo que podía haberse pensado inaplicable al sí mismo cómo máquina. "Freud nos ayuda, pues, a considerar seriamente la posibilidad de que no haya una facultad central, un yo central, llamado "razón", y, por tanto, a tomar en serio el perspectivismo y el pragmatismo nietzscheano"¹⁷

Sigmund Freud cambió nuestra imagen de nosotros mismos; al sondear en nuestros motivos inconscientes no sólo como un ejercicio intrigante, sino como algo más parecido a una obligación moral. El psicoanálisis "pretende probar que el yo no es ni siquiera dueño de su propia casa, y debe limitarse a una escasa información de la que sucede inconscientemente en su mente."¹⁸

La aportación en la concepción de Freud del inconsciente es su afirmación de que nuestro *yo inconsciente* no es un animal mudo hosco y tambaleante, sino más bien el par intelectual de nuestro sí mismo consciente, el posible interlocutor de este sí mismo. Esta idea de que hay una o más personas astutas, expresivas e inventivas operando detrás de la escena es lo que cautiva la imaginación del lector profano de la obra de Freud.

La tradición platónica-kantiana había concebido al hombre como una lucha entre razón y pasión, como un intelecto que lucha con una multitud de brutos irracionales había concebido las partes inferiores como partes corporales, de tipo animal y de carácter prelingüístico. "La idea platónica y Kantiana de racionalidad se centra en la idea de que, si hemos de ser morales, debemos colocar las acciones particulares bajo principios generales."¹⁹

¹⁷ RORTY, R., *Contingency, Irony, and Solidarity*. Cambridge, Cambridge University Press, 1988. (trad. de A. E. Sinnott *Contingencia, ironía y solidaridad*, Barcelona, Paidós, 1991, p. 53. El propio Freud nos advirtió que el psicoanálisis era algo más que una terapia curativa contra la neurosis. El psicoanálisis no se limitó a las neurosis, y por esto ha atraído la atención de los intelectuales. RICOEUR, Paul, *Freud: una interpretación de la cultura*, México, siglo XXI, 1970.

¹⁸ RORTY, R., *Essays on Heidegger and Others. Philosophical Papers*, vol. 2., Cambridge, Cambridge University Press, 1991. RORTY, R.: Ensayos sobre Heidegger y otros pensadores contemporáneos. Escritos filosóficos 2, (Trad. De J. Vigil Rubio) Barcelona. Paidós, 1993, p. 201. La concepción de Freud que propone solo parecerá plausible si se establece una distinción clara en dos sentidos del inconsciente: 1) un sistema de creencias, y deseos bien articulados, sistemas que son complejos, sofisticados y dotados. 2) una enorme masa de energías instintivas incapaces de expresarse, una reserva de libido para la cual es irrelevante la congruencia.

¹⁹ Véase Jeffrey Stout, *Ethics after Babel*, Boston, Beacon Press, 1988. p. 53. El sujeto trascendental kantiano parte de la capacidad racional de convertir una

De acuerdo con esta concepción, la madurez consistirá más bien en la capacidad de buscar nuevas descripciones del propio pasado, una capacidad de adoptar una concepción nominalista e irónica de sí mismo. Al convertir las partes platónicas en interlocutores mutuos, nos permitió concebir las narrativas y vocabularios alternativos como instrumentos de cambio, en vez de como candidatos para una descripción correcta de la forma en que las cosas son en sí.

4. Crítica a la antropología jurídica de los derechos humanos.

Igualmente el pragmatista²⁰ elimina dos tipos de consuelo metafísico a los que se ha acostumbrado nuestra tradición intelectual occidental. La idea de que la pertenencia a nuestra especie biológica lleva consigo determinados “derechos” inherentes y consustanciales. La idea de que no existe una naturaleza humana común en donde se encuentran inherentes ciertos derechos. Según Rorty, debemos desechar la idea de naturaleza humana como estructura interior que lleva a todos los miembros de la especie a converger en el mismo punto, a reconocer como honorables las mismas teorías, virtudes y obras de arte. Con frecuencia las violaciones de derechos humanos no son reconocidas como tales por los violadores pues ellos no consideran humanos a sus víctimas en ningún sentido. Las víctimas²¹

máxima determinada y subjetiva en principio de legislación universal. Para que exista un fundamento ético claro y distinto, esto es evidente para todos, podemos acudir a la formulación del imperativo categórico de Kant: “Actúa de tal modo que puedas convertir tu máxima (principio moral subjetivo) en una ley universal válida para la humanidad”. KANT, E.: *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, Madrid, Espasa-Calpe, 1988, p. 145. El criterio de selección es pues que ese principio moral sea válido para todos, no para una determinada persona o un determinado grupo.

²⁰ El pragmatismo debe definirse como la afirmación de que la función de la investigación es, en palabras, de Francis Bacon, “aliviar y beneficiar la situación de los hombres” hacernos más felices permitiéndonos afrontar con más éxito el entorno físico y la convivencia humana. El pragmatismo de Rorty nos plantea un vocabulario de la praxis, más que un vocabulario de la teoría o contemplación, en el cual uno puede decir algo útil acerca de la verdad. En segundo lugar el pragmatismo de Rorty parte de la idea de que no hay diferencia epistemológica entre la verdad de los que es y la verdad de lo que debe ser (falacia naturalista) como tampoco hay diferencia metafísica entre hechos y valores, ni diferencia metodológica entre moralidad y ciencia. RORTY, Richard, *Consequences of pragmatism* (Essays 1972-1980), Mineapolis: University of Misessota, 1982(trad. de J. M Esteban Cloquell *Consecuencias del pragmatismo*, Madrid, Tecnos, 1995). RORTY, R., “Norteamericanismo y pragmatismo”, *Isegoría*, 1993, n° 8, 5-25. RORTY, R. *¿Esperanza o conocimiento? Una introducción al pragmatismo*, Buenos Aires, F.C.E., 1987.

²¹ Rorty nos recuerda que la distinción humano-animal, adulto-niño, hombre-mujer constituyen tres formas principales en las cuales nosotros, humanos paradigmáticos, nos distinguimos de los casos fronterizos. Rorty opina que si bien Nietzsche tenía razón con toda la insistencia de Kant en la incondicionalidad no deja de ser una expresión de resentimiento, sin embargo se equivocaba en ver la

son vistas como animales o niños, o simples mujeres, y por tanto menos que humanos.

La respuesta filosófica tradicional a dicha miopía ha sido argumentar acerca de la esencia humana. Rorty desdeña este enfoque metafísico al considerarlo fútil, trasnochado y pasado de moda, saludando efusivamente el moderno desinterés en tales discusiones. El pensamiento de Platón consideraba que había una gran diferencia entre nosotros y los animales. El hombre posee un ingrediente especial adicional: la razón. Sin embargo, para Nietzsche el hombre es un animal excepcionalmente desagradable y peligroso, un virus, una enfermedad del universo. Y los derechos humanos es un intento patético de los miembros de la especie débiles para contener a los más fuertes²²

“¿De qué depende aquella condición enfermiza? Pues el hombre está más enfermo, es más inseguro, más alterable, más indeterminado que ningún otro animal, no hay duda de ello, él es el animal enfermo: ¿de dónde procede esto? Es verdad que él también ha osado, innovado, desafiado, afrontado el destino más que todos los demás animales juntos: él, el gran experimentador consigo mismo, el insatisfecho, el insaciado, el que disputa el dominio último a los animales, naturaleza y dioses, él, el siempre invicto todavía, el eternamente futuro, el que no encuentra reposo alguno en su propia fuerza acosante, de modo que su futuro le roe implacablemente, como un aguijón en la carne de todo presente. ¿Cómo este valiente y rico animal no iba a ser también él el más expuesto al peligro, el más

cristiandad y las revoluciones democráticas como un signo de degeneración humana. Kant y Nietzsche compartían algo en común, lo que Iris Murdoch ha llamado “*sequedad*” y Jaques Derrida “*falocentrismo*”. “El elemento común en su pensamiento era el deseo de pureza. Esta clase de pureza consiste no sólo en ser autónomo, dueño de sí, sino también en tener la autosuficiencia consciente que Sartre describe como la síntesis perfecta del en-sí y el para-sí” RORTY, R., “Human rights, Rationality and sentimentality” in Shute, S. And Hurley, S.: *On Human Rights*. Oxford. The Oxford Amnesty Lectures, Basic Books, 1993. RORTY, R.: “Derechos humanos, racionalidad y sentimentalidad” en SHUTE S. y HURLEY S. (comp.) *De los derechos humanos*. Madrid, Trotta, 1998, p.132. También se puede consultar su trabajo donde hace una interpretación pragmática de Nietzsche, RORTY, R. “Un filósofo pragmático” en *Revista de Occidente*, Marzo, nº226, 2000.

²² Su radicalismo individual intenta salvar al individuo de la influencia perniciosa de la masa. Esto le lleva a realizar una crítica radical de la democracia moderna, acusando al sistema democrático de ser la forma histórica más efectiva de empequeñecimiento y aniquilamiento de la personalidad individual. Para él, es demasiado evidente que los hombres no son por naturaleza iguales, como reza el dogma liberal, ni tampoco todos disfrutaban de la misma dignidad. DELEUZE, G., *Nietzsche y la filosofía*, trad. Carmen Artal, Barcelona, Anagrama, 1971; ENGUITA Esteban y QUESADA, J. (comp.) *Política, Historia y verdad en la obra de F. Nietzsche*, Burgos, Huerga e Fierro editores, 2000; CONILL, Jesús: *El poder de la mentira (Nietzsche y la política de la transvaloración)*, Madrid, Tecnos, 2001; GUERVÓS, Santiago, *Arte y poder (Aproximación a la estética de Nietzsche)*, Madrid, Ed. Trotta, 2004.

duradero y hondamente enfermo, entre todos los animales enfermos?"²³

En oposición a estas concepciones antropológicas, Rorty señala que se ha producido un importante avance intelectual; hemos eludido la pregunta: ¿cuál es nuestra naturaleza? y la hemos sustituido por ¿qué podemos hacer de nosotros mismos? Somos menos proclives a tomarnos en serio las "teorías de la naturaleza humana" y tendemos a pensar en nosotros mismo como "animales flexibles, proteicos, maleables"²⁴, que se dan su propia forma, más que como animales racionales o crueles. Nada nos separa a los hombres de los animales excepto hechos históricos, contingentes, culturales.

Rorty concibe y reinterpreta el *yo moral* no como la encarnación de la racionalidad (electores originales²⁵ de Rawls, alguien que puede distinguir en sí mismo entre sus talentos e intereses y la concepción sobre el bien), sino el yo como una red de creencias, deseos y emociones, sin trasunto alguno, sin substrato subyacente a los atributos. El sujeto es una red que constantemente se vuelve a tejer a sí misma al estilo quineano²⁶, no por referencia a criterios generales (principios morales), sino de forma aleatoria cómo las células se reajustan a sí mismas para hacer frente a las presiones del entorno. La concepción quineana interpreta la conducta racional como deliberación y la conversación moral como una conducta adaptativa.

²³ NIETZSCHE, F.: *La genealogía de la moral*, Madrid, Alianza Editorial, 1979, p.99. El problema fundamental de la civilización occidental es su decadencia y nihilismo, dado que los más altos valores de la civilización occidental han perdido su vigencia condenando al hombre a la desnudez y la intemperie más radical y absoluta. El problema de la decadencia de la cultura occidental responde a su la indeterminación, la alteración, el miedo y cobardía del ser humano y, sobre todo, como los valores decadentes y débiles han triunfado en nuestra sociedad. Véase para ampliar AGUILERA PORTALES, Rafael, "El horizonte ético-político de F. Nietzsche" en CASTILLA, Antonio, *Nietzsche y el espíritu de ligereza*, México, Editorial Plaza y Valdés, 2006.

²⁴ RORTY, R., *Batallas éticas* (con Abraham T. y Badiou A.) Buenos Aires, Nueva Visión, 1995. Nuestra tradición occidental ha insistido en la concepción racional del ser humano concepción determinista y teleológica en oposición a esta visión siempre ha habido propuestas transgresoras como la de Pico Della Mirandola, filósofo humanista del siglo XV, entendía que el ser humano, *ist quamodo omnia, de algún modo es todas las cosas*. Es decir que no tiene una naturaleza fija e inamovible, sino que es un proyecto abierto, libre e inacabado. En su obra, *Ser y nada* afirma: *la existencia precede a la esencia*, en el sentido de que el hombre primero existe, esto es, se encuentra en el mundo, y después se define por lo que es o quiere ser. Igualmente, Ortega y Gasset aseveraba: *el hombre no tiene naturaleza, tiene historia*, o sea, somos pura indeterminación, un proyecto en blanco, en absoluta desnudez, sin vinculación alguna que nos ate con esencia alguna. Esta afirmación es la negación de toda visión determinista del ser humano.

²⁵ RAWLS, John, *El liberalismo político* Barcelona, Gedisa, 1996.

²⁶ SANDEL, Michael: (1982) *Liberalism and the limits of Justice*. Cambridge University Press, 1982; SANDEL, Michael, *Liberalism and its critics.*, 1987.

Michael Sandel afirma que no podemos considerarnos sujetos kantianos "capaces de constituir el significado por nuestra cuenta"²⁷ como electores ralsianos.

El valor de la dignidad²⁸ puede ser visto desde distintos enfoques debido a su enorme riqueza conceptual. Desde el ámbito de la Filosofía del Derecho, Filosofía política y Antropología jurídica este concepto fundamental aporta un alto grado de confusión en lo que respecta a su tratamiento técnico-jurídico como principio fundacional clave de los derechos humanos porque exige dilucidar, reflexionar y precisar de qué concepto de dignidad humana estamos hablando. Pero, sin lugar a dudas, esta pluralidad de enfoques y perspectivas no nos deben llevar a desdeñar y rechazar un valor eje sobre el cual articulamos el germen, fundamento y reconocimiento de los derechos humanos actuales.

La noción de dignidad humana²⁹, según Richard Rorty, hay que entenderla en sentido de comunidad y no individual. En este sentido: un niño superviviente de una nación masacrada cuya cultura ha sido expoliada y extinguida no participa de la dignidad humana. La existencia derechos humanos (debate metaético e iusfilosófico), como la existencia de Dios, tiene poca relevancia para nuestro trato con el niño y la reparación del daño causado.

Por consiguiente, el fundacionalismo de los derechos humanos³⁰ sobre principios filosóficos como dignidad, libertad, autonomía se torna irrelevante, absurdo y anacrónico para Rorty. No vale la pena plantear si los seres humanos realmente tienen los derechos

²⁷ SANDEL, Michael, *op. Cit.*, p. 234.

²⁸ DE ASÍS, Rafael, *Las paradojas de los derechos fundamentales como límites al poder*, Debate, Madrid, 1992, De Asís, R., (2001), *Concepto y fundamento de los derechos: Una aproximación dualista*, Cuadernos Bartolomé de las Casas, 17, Dykinson, Madrid. Fernández, E., (2001), *Dignidad humana y ciudadanía cosmopolita*, Cuadernos Bartolomé de las Casas, 21, Dykinson, Madrid.

²⁹ RORTY, R.,: "Derechos humanos, racionalidad y sentimentalidad" en SHUTE S. y HURLEY S. (comp.) *De los derechos humanos*. Madrid, Trotta, 1998, p.132. Richard Rorty aunque suscribe abiertamente el liberalismo político, sin embargo, en este aspecto simpatiza con una fundamentación comunitarista de los derechos humanos. Los comunitaristas argumentan que la teoría liberal desfiguran la vida social y política desde una concepción excesivamente individualista de derechos humanos. No podemos entender un mundo donde hombres y mujeres estén desligados de todo tipo de relaciones sociales, literalmente sin compromisos. Para ampliar más véase mi trabajo "*Entre la Ética y la política: debate contemporáneo entre liberales y comunitaristas*" en VALDÉS C. y SÁNCHEZ BENÍTEZ, Roberto, *Ética, Política y Cultura desde Cuba* publicado en Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo (México) y Universidad de la Habana (Cuba), 2005 pp. 69-85.

³⁰ RORTY se apoya en el antifundacionalismo defendido por el jurista y filósofo Eduardo RABOSI en su artículo "los derechos humanos naturalizados" defiende al carácter irrelevante y anacrónico del fundacionalismo de los mismos, así mismo, los filósofos deben pensar el cambio cultural actual como un hecho nuevo y positivo del mundo posterior al holocausto.

humanos enumerados en la Declaración de Helsinki. Nuestra cultura occidental, cultura de los derechos humanos, cultura con la cual nos identificamos en democracia, es moralmente superior a otras culturas; pero esta superioridad no implica la existencia de una naturaleza humana universal.

“Consideramos que nuestra tarea consiste en hacer nuestra cultura, la cultura de los derechos humanos más consciente de sí y más poderosa, en lugar de demostrar su superioridad sobre otras culturas mediante la apelación a alguna realidad transcultural.”³¹

El pragmatista quiere librarse de la concepción kantiana de obligación moral incondicional, y un buen ejemplo de ello lo ofrece la problemática de los derechos humanos. De este modo, su planteamiento se opone al planteamiento de Ronald Dworkin, para quien tales derechos están por encima de toda consideración de la eficiencia y la conveniencia social. Rorty ataca la idea misma de razonamiento fundacional en materia de moralidad política. En su ensayo *The priority of Democracy to Philosophy* sostiene que ninguna filosofía política sustenta la cultura pública explícita del Estado liberal; no existe fundamento, salvo el de tipo superficial que el “*consenso entrecruzado*” de Rawls puede suministrar. Solamente, existe la cultura pública misma. Como nos dice: “Desde el punto de vista del pragmatista, la noción de “*derechos humanos inalienables*”³² no es ni mejor ni peor que el eslogan de la “*obediencia a la voluntad divina*”. Cuando se los invoca como motores inmóviles, esos eslóganes son, sencillamente, una manera de decir que no va más allá, que hemos agotado nuestros recursos argumentativos. Hablar de voluntad de Dios o de los derechos del hombre, como hablar del honor de la familia o de la patria en peligro, no es algo que resulte apropiado para la crítica y el análisis filosóficos; es infructuoso mirar más allá de ellos. Ninguna de esas nociones debe analizarse porque todas son maneras de decir, aquí me paro: no puedo hacer otra cosa. No son

³¹ RORTY, R.: “Derechos humanos, racionalidad y sentimentalidad” en SHUTE S. y HURLEY S. (comp.) *De los derechos humanos*. Madrid, Trotta, 1998, p.121

³² RONALD DWORKIN considera los derechos humanos como inalienables y no da una respuesta correcta a los dilemas morales. La concepción iusnaturalista moderada de Dworkin se enfrenta a la posición positivista que sostiene que sólo son normas jurídicas aquellas que son reconocidas por su origen fáctico y perfectamente distinguibles de las normas morales. Su posición se apoya en la admisibilidad de ciertos tipos de estándares morales como parte del Derecho, el alcance de la discreción judicial y la posibilidad de justificar proposiciones jurídicas sobre la base de prácticas sociales. Estos tres elementos se enfrentan radicalmente a la visión positivista. Véase al respecto el trabajo NINO, Carlos Santiago, “Dworkin y la disolución de la controversia positivista versus iusnaturalismo” en SQUELLA Agustín, *Ronald Dworkin*, Revista de Ciencias sociales, Universidad de Valparaíso, Chile, n°38, pp. 495-528. DWORKIN, Ronald, *Talking Rights seriously*, Dordrecht, 1978, London, 2° ed. (existe trad. Cast. De M. Guastavino, con prólogo de A. Casamigila, Barcelona, Ariel, 1984).

razones para la acción, sino anuncios de que se ha pensado bien el problema y se ha tomado una decisión”³³

Desde este enfoque, el pragmatismo rortiano apuesta claramente por implementar la educación sentimental y renunciar de forma contundente al conocimiento moral y a las teorías de la naturaleza humana que históricamente ha manejado la antropología jurídica y filosófica. Rorty confía más en otras narrativas y géneros de discurso que en la filosofía. Los derechos del hombre no necesitan fundamento, sino propagación para mejorar el respeto universal a los derechos del hombre. La igualdad, dignidad, libertad y fraternidad no arraigan, emergen, ni surgen de ninguna “*esencia humana universal*”. Estos valores dependen más de la buena voluntad de los hombres, de su capacidad de apertura e integración a ciertas sociedades en el sentido de acogida de una diversidad humana más o menos vasta y multicultural³⁴.

La extensión de los derechos humanos dependerá de una paulatina ampliación sentimental del “*nosotros*”³⁵, es decir, de nuestra capacidad para captar al “*otro*” como uno de nosotros mediante relatos tristes y descripciones etnográficas, que nos obliguen a adoptar su punto de vista: “es un emigrante, como tú puedes serlo o como tú lo fuiste”. En este sentido, Rorty descarta y desconfía del planteamiento platónico y kantiano que fundamenta la moralidad en la racionalidad humana y suscribe abiertamente el fundamento material de la sentimentalidad. Para ello, sugiere que pensemos en la confianza y no en la obligación como la noción moral fundamental³⁶. Esto supone que la difusión de la cultura de los

³³ RORTY, R.: *¿Esperanza o conocimiento? Una introducción al pragmatismo*, Buenos Aires, F.C.E., 1997, p.95.

³⁴ AGUILERA PORTALES, Rafael, “El problema del etnocentrismo en el debate antropológico entre Clifford Geertz, Richard Rorty y Lévi-Strauss”, en *GACETA DE ANTROPOLOGÍA*, Granada, nº18, 2002.

³⁵ Como apunta Rafael DEL ÁGUILA, “el insuficiente tratamiento rortiano del nosotros es quizá uno de los puntos más débiles de su pragmatismo. Su ya aludida ingenuidad al ver en el nosotros el producto de una sola tradición, apoblematiza precisamente las decisiones más trágicas a las que nos vemos forzados en el seno de nuestra cultura occidental.” Véase DEL ÁGUILA, Rafael: “El caballero pragmático: Richard Rorty o el liberalismo con rostro humano” en *Isegoría*, nº8, 1993, pp 26-48, p.45. Véase también la crítica que realiza Martha NUSSBAUM, basándose en el cosmopolitismo estoico de Marco Aurelio, Cicerón y Séneca así como en Emerson y Thoreau, es fuertemente autocrítica con el etnocentrismo excluyente creciente. Nussbaum señala la apabullante ignorancia de su propio país (USA) en cuanto se refiere a la mayor parte del resto del mundo y aboga por una educación cosmopolita para aprender más acerca de nosotros mismos. NUSSBAUM, Martha C. (comp.) *Los límites del patriotismo. Identidad, pertenencia y ciudadanía mundial*. Paidós. Barcelona, 1999, p.26

³⁶ Rorty se está apoyando en el pensamiento moral de Annette BAIER, filósofa norteamericana contemporánea y una de las principales intelectuales feministas de Estados Unidos, que sigue la tradición emotivista y utilitarista de David Hume.

derechos humanos y de la solidaridad responde más a un “progreso de los sentimientos”, que a un mayor conocimiento de las exigencias de los principios morales. La tarea de ampliación de nuestras lealtades supondría un transformación sentimental (basada en emociones, amor, amistad, confianza, empatía o solidaridad) destinada a posibilitar un verdadero encuentro de las diferencias culturales.

La propagación de los derechos humanos no es un problema de racionalidad y obligación moral, sino más bien un problema que tiene que ver con emociones y sentimientos concretos³⁷. La estrategia iusnaturalista racionalista moderna fundacional de los derechos humanos que deshizo los fundamentalismos religiosos (guerras de religiones), estableció la tolerancia, el pluralismo, las libertades y los derechos individuales, según Rorty, ya no es apropiada e idónea para las sociedades postmodernas contemporáneas.

“La idea de que la razón es más fuerte que el sentimiento, que sólo la insistencia en la incondicionalidad de la obligación moral tiene el poder de cambiar a los seres humanos en forma positiva, es muy persistente”³⁸.

La idea de un componente humano central y universal llamado

Esta pensadora considera los sentimientos y la sentimentalidad como centrales de la conciencia moral. BAIER propone que sustituyamos como concepto moral fundamental la noción de “obligación” por la de “confianza apropiada”. De este modo nos dice: “para la filosofía moral el villano es el racionalista, la tradición de la ley fija, que opina que detrás de toda intuición moral yace una regla universal”. BAIER, Annette: *Postures of the Mind*, Minneapolis: University of Minnesota Press. HOOK, Sidney, *Pragmatism and the tragic sense of life*, Basic Books, Nueva York, 1974.

³⁷ En los últimos siglos el progreso moral se debe gracias a los especialistas de la particularidad, no de la generalidad (filósofos, teólogos, ect..). Especialistas de lo concreto y lo local, como historiadores, novelistas, etnógrafos, periodistas,.... Los especialistas de la universalidad como filósofos y teólogos en la formulación de principios morales generales han sido menos útiles para el desarrollo de las instituciones liberales. Nuestra sociedad ha renunciado tácitamente a la idea de que la teología o la filosofía van a proporcionar reglas para resolver estas cuestiones. RORTY, R., *Objetividad, relativismo y verdad. Escritos filosóficos 1* (trad. de J. Vigil Rubio). Barcelona, Paidós, 1993.

³⁸ RORTY, R.: “Derechos humanos, racionalidad y sentimentalidad” en SHUTE S. y HURLEY S. (comp.) *De los derechos humanos*. Madrid, Trotta, 1998, p.121P. 132. Esta “educación sentimental” en la que la gente se haga moralmente mejor con discursos banales y simples adolece de una enorme ingenuidad política, y no descubre las implicaciones sociales y políticas que tiene la ética personal. Como decía el profesor Aranguren: “ la virtud sola, por muy social que sea, no basta para la producción de una orden colectivo justo”. Y existe una eticidad positiva del estado y de la sociedad civil organizada. La moralización no puede ser confiada exclusivamente a los individuos, sino que se requiere ser institucionalmente convertida en una función, en una servicio público. Para hacer mejores objetivamente a los ciudadanos necesitamos también instituciones liberales, no sólo actitudes individuales bondadosas o virtuosas.

“razón”, una facultad fuente de nuestras obligaciones, es una idea que fue de mucha utilidad para la creación de las modernas sociedades democráticas; pero hoy en día es algo de lo que hay que prescindir si queremos construir una utopía liberal postmoderna.

Los neokantianos como Habermas insisten que la justicia surge de la razón y no de la lealtad del sentimiento. La razón impone obligaciones morales universales e incondicionales de donde surgen la obligación de ser justos y equitativos. Jünger Habermas trata de no oscurecer la demarcación entre razón y sentimiento o entre validez universal y consenso histórico. Otros filósofos contemporáneos que se alejan de Kant, bien en la dirección de Hume (Annette Baier), bien en la de Hegel (Charles Taylor), bien en la de Aristóteles (Alasdair MacIntyre) aportan igualmente esta objeción al pensamiento kantiano.

Rawls y Habermas invocan la noción de “razón” transcultural mientras que Walzer casi nunca lo hace. En Habermas esa noción siempre esta ligada a validez independiente del contexto³⁹. Rawls distingue entre lo razonable y lo racional; pero ambos planteamientos descansan en la concepción kantiana de la razón práctica. Para ambos existe una facultad humana universalmente repartida llamada razón práctica, que existe antes y trabaja independientemente de la reciente historia de Occidente. Esta razón haría el trabajo de detectar la validez moral transcultural en todo contexto social y político concreto.

“Si dejamos de pensar en la razón como una fuente de autoridad, y pensamos en la simplemente como un proceso de consecución de acuerdos mediante la persuasión, entonces la dicotomía platónica y kantiana entre razón y sentimientos comienza a desvanecerse.”⁴⁰

Habermas sustituye la razón centrada en el sujeto, por la razón

³⁹ Para ANNETTE BAIER la moralidad comienza, no como obligación, sino como una relación de confianza entre los miembros de un grupo estrechamente vinculado, tal como una familia o un clan. Así las familias se confederan en tribus, y las tribus en naciones. Kant lo describiría como una conflicto entre obligación moral y sentimiento, según una visión no kantiana, sería un conflicto entre un conjunto de lealtades y otro. Rorty se apoya en la distinción realizada por Michael Walzer entre moralidad densa y moralidad tenue, o sea el contraste entre historias concretas y detalladas que pueden estar cerca y próximas a nosotros, y una historia esquemática, distante y abstracta que puedes contar como ciudadano del mundo. WALZER, Michael: *Moralidad en ámbito local e internacional*. Madrid, Alianza, 1996, *Las esferas de la justicia*. México. F.C.E., 1993

⁴⁰ RORTY, R.: *¿Esperanza o conocimiento? Una introducción al pragmatismo*, Buenos Aires, FCE, 1997. Ibid. p. 121.

comunicativa⁴¹ es una forma de sustituir el qué por el cómo. Y se centra en la diferencia entre fuerza y persuasión, en lugar de hacerlo como Platón o Kant, en la diferencia entre dos partes del ser humano: la parte buena racional y la parte dudosa, pasional o sensual.

“La idea de obligación moral universal de respeto a la dignidad humana es reemplazada por la idea de lealtad a un grupo muy amplio: la especie humana”⁴²

4. El problema de la universalidad de los derechos humanos.

Rorty desconfía e impugna todo universalismo político y jurídico. En contraposición a Habermas que insiste que es necesario pensar en términos universalistas y se pregunta: ¿cómo es posible hablar de derechos humanos y no pensar en términos universalistas? “El pragmatismo deja a un lado esa suposición e insta a considerar que la noción de humanidad carece de límites fijos, que la palabra humano nombra un proyecto impreciso pero prometedor, no una esencia.”⁴³

No obstante, la universalidad de los derechos humanos pese a la opinión de Rorty es un ingrediente básico e inherente de la formación histórica del concepto actual de derechos humanos. Como afirma el profesor Antonio Enrique Pérez Luño: “El gran invento jurídico-político de la modernidad reside, precisamente, en haber ampliado la titularidad de las posiciones jurídicas activas, o sea, de los derechos a todos los hombres, y, en consecuencia, de haber formulado el concepto de los derechos humanos”⁴⁴

⁴¹ Para HABERMAS el “mundo de vida” son los mundos socioculturales de la vida, donde se encuentran la interacción de los individuos. Habermas trata de investigar desde su pragmática universal los “universales del habla”. En este sentido conecta con los programas de investigación de Chomsky sobre la “gramática universal” desde una perspectiva innatista, y con los programas de investigación de Piaget y Kohlberg sobre “competencias universales de la especie” desde una perspectiva evolutiva. HABERMAS, J.: *Teoría de la acción comunicativa*. Taurus, Madrid, 1983. Habermas, J., *Ensayos políticos*, (trad. de R. García Cotarelo), Península, Barcelona, 1988.

⁴² RORTY; R.: *Pragmatismo y política* (trad. Rafael Del Águila) Barcelona, Paidós, 1998, p. 102. Rorty nos plantea dilemas morales como conflictos entre lealtad y justicia, donde tenemos que decidir entre la lealtad expresada como sentimiento y la justicia expresada como el ideal de lo que sería mejor, basada en la razón. Conflictos entre grupos más pequeños o más amplios. Véase también RORTY, R., *Forjar un país. El pensamiento de izquierdas en los Estados Unidos del siglo XX*. Barcelona, Paidós.

⁴³ RORTY, R.: *¿Esperanza o conocimiento? Una introducción al pragmatismo*, Buenos Aires, F.C.E., 1997, p.50.

⁴⁴ PEREZ LUÑO, Antonio Enrique, *Trayectorias contemporáneas de la Filosofía y Teoría del Derecho*, Lima, Palestra, 4° ed., 2005, p. 23

Los derechos humanos, desde el inicio de la modernidad, han significado un conjunto de facultades jurídicas básicas comunes a todos los hombres. Por consiguiente, un rasgo fundamental que marca el origen de los derechos humanos es su carácter universal. Como señala el profesor Truyol y Serra: "La conciencia clara y universal de los derechos humanos es moderna; es en la modernidad cuando a la conciencia universalista de dignidad, una vez hecho el recorrido desde los medievales "derechos estamentales" hasta los "derechos del hombre", se añade la reivindicación de la protección jurídico-política de los derechos que a dicha dignidad corresponden"⁴⁵

Sin lugar a dudas, los derechos humanos precisan de mayor clarificación y dilucidación conceptual. Dentro del proceso irreductible de la globalización nos encontramos con dos tendencias opuestas entre universalidad y diferencialidad que nos están sometiendo a todo tipo de dilemas y contradicciones que de alguna forma tenemos que afrontar (tradicción comunitarista y liberal).⁴⁶

La Declaración de 1948 no se limitó sólo a fundamentar los derechos humanos en una lógica estrictamente iusnaturalista, sino que también comenzó a utilizar la categoría de consenso como referente fundante de los mismos. Como dice el profesor Xavier Etxeberria: "[...] un mínimo de "iusnaturalismo deontológico", un mínimo ideal de valores que gire en torno a la "esencial" dignidad de la persona humana es imprescindible como revulsivo *permanente* y *universal* contra toda legalidad y todo poder negador de la misma."⁴⁷

Peter Häberle desarrolla plantea la tesis de la dignidad humana como "*premisa antropológica-cultural*"⁴⁸ del Estado Constitucional y la democracia como su consecuencia organizativa. De esta forma, el conjunto de derechos y deberes permiten al ser humano llegar a ser persona, serlo y seguir siéndolo. El cómo es que el ser humano llega

⁴⁵ TRUYOL Y SERRA, Antonio, *Los derechos humanos*, Madrid, Tecnos, 1984, 12 Rorty critica el enorme grado de abstracción del cristianismo trasladado al universalismo ético secular. Para Kant, no debemos sentirnos obligados hacia alguien porque es milanés o norteamericano, sino porque es un ser racional. Rorty critica esta actitud universalista tanto en su versión secular como en su versión religiosa. Para Rorty existe un progreso moral, y ese progreso se orienta en realidad en dirección de una mayor solidaridad humana.

⁴⁶ THIEBAUT, Carlos, *Los límites de la comunidad*. Centro de estudios constitucionales, Madrid, 1992; THIEBAUT, C. *Vindicación del ciudadano*, Paidós, Barcelona, 1998.

⁴⁷ ETXEBARRIA, Xavier, "Universalismo ético y derechos humanos" en RUBIO CARRACEDO, J. L. *Retos pendientes en Ética y política* Revista Malacitana, nº5. Consúltese este trabajo donde desarrollo más extensamente esta problemática. AGUILERA PORTALES, Rafael, "Multiculturalismo, derechos humanos y ciudadanía cosmopolita" en *Revista LETRAS JURÍDICAS*, Universidad de Guadalajara, México, nº3, Otoño, 2006, pp. 1-29, p. 17.

⁴⁸ Véase HÄBERLE, Peter, *El Estado constitucional*, (trad. Hécor Fix-Fierro) Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2001. p. 169.

a ser persona nos ofrece indicios de lo que sea la "dignidad humana", y aquí debemos distinguir dos cuestiones: cómo se forma la identidad humana en una sociedad, y en qué medida puede partirse de un concepto válido entre culturas y, por tanto, universal.

Igualmente, David Hume en su *Investigación sobre los principios de la moral* nos habla de los "sentimientos de humanidad"⁴⁹, barajando una idea o concepto de dignidad humana presente en todo hombre cuando se produce un atropello de los derechos humanos. Estos sentimientos de humanidad compartidos y universales nos permiten levantar un muro frente a la brutalidad, la injusticia y el sufrimiento. Y la razón, algo que olvida frecuentemente Rorty, trabaja para el sentimiento, a fin de no caer en un sentimentalismo banal, manipulación emocional, engaño, ilusión o fantasía. La razón, por tanto, juega un papel importante en la elaboración de un juicio moral, el mismo Hume era consciente de que teníamos que dilucidar y reflexionar en torno a las circunstancias que rodean un determinado hecho o una experiencia.

Si tratamos de defender un universalismo ético, político y jurídico podemos acudir a la experiencia común universal a todos los seres humanos como es el sentimiento de indignación o repulsa ética. En la experiencia de indignación ética o de lo intolerable como *¡no hay derecho!* reconocemos la verdad transhistórica de la común dignidad⁵⁰ de los humanos, desde la que podemos exigirnos deberes comunes. Esta categoría contingente e histórica de la dignidad humana nos muestra la convicción de cómo el ser humano no puede ser usado como puro medio o instrumento, aunque también podemos reconocer la contingencia histórica de cómo la esclavitud fue una práctica generalizada normal en nuestra civilización hace siglos, así como la subordinación de la mujer.

La exigencia de universalidad sigue siendo una condición imprescindible y necesaria para el reconocimiento de unos derechos inherentes a todos los seres humanos excluyendo todo tipo de discriminación o marginación.

⁴⁹ David Hume (1711-1776) defiende un escepticismo moderado y racional, no caprichoso y arbitrario, un escepticismo consecuente, fruto de un análisis serio sobre nuestras facultades intelectuales y los límites de nuestro conocimiento. Con todo esto, Hume nos quiere hacer ver que no es la razón quien guía nuestra vida, sino que es la creencia o el hábito; pero esto no quiere decir que Hume niegue la importancia de la razón, aunque es cierto que la relativiza notablemente. HUME, David: *Tratado de la naturaleza humana*, Aguilar, Buenos Aires, 1973.

⁵⁰ CAMPS, V., "El descubrimiento de los Derechos humanos" en MUGUERZA, J.: *El Fundamento de los derechos humanos*, ed. Debate, Madrid, 1989. FARIÑAS, M. J., *Globalización, ciudadanía y derechos humanos*, Cuadernos Bartolomé de las Casas, Dykinson, Madrid, 2000.

5. Crítica al fundacionalismo de los derechos humanos.

El problema de la fundamentación de los derechos humanos, para Rorty, es una cuestión filosófica trasnochada, pasada de moda, que guarda un cierto sabor a metafísica rancia, caduca y dogmática. Sólo debemos atender a su utilidad social y política, nunca a su fundamentación. Richard Rorty, como detractor de los discursos fundacionalistas, afirma la inutilidad de la pregunta ¿por qué ser solidario y no cruel? Sólo los teólogos y los metafísicos piensan que hay respuestas teóricas suficientes y satisfactorias a preguntas como esta. Por el contrario de lo que se trata es de afirmar que tenemos la obligación de sentirnos solidarios⁵¹ con todos los seres humanos y reconocer nuestra "*común humanidad*". Explicar en qué consiste ser solidario es tratar de descubrir una esencia de lo humano, sino en insistir en restar importancia a las diferencias de raza, sexo, religión, edad en comparación al sufrimiento, humillación y crueldad a la que están sometidos amplias mayorías de seres humanos, sin renunciar al nosotros que nos contiene a todos.

Pero, desde este pragmatismo⁵² basado en la eficacia, podríamos preguntarle a Rorty: ¿Cómo difundir los derechos humanos si no cabe argumentación racional en su defensa?, ¿cómo podemos difundir y propagar los derechos humanos de forma eficaz si no podemos ejercer la crítica racional contra la vulneración y conculcación de los mismos?, ¿cómo propagar los derechos humanos sin un apoyo sólido y firme que posibilite y explique su elección preferencial?, ¿cómo articular una mayor protección jurídica de los derechos humanos si no podemos articular estrategias fundacionales que ayuden a comprender su enorme valor axiológico-deontológico

⁵¹ Rorty está planteando una nueva concepción de solidaridad como el intento de ampliar el ámbito del nosotros tanto como podamos, viendo similitudes entre el "ellos" y el "nosotros". No podemos partir del lugar en el que no estamos, como hacen las éticas universalistas, cuando hablan de entes abstractos como "la humanidad", "todos los seres racionales", porque nadie puede llegar a una identificación con estas abstracciones. La solidaridad sería, pues, la habilidad para restar importancia a las diferencias tradicionales y disminuir su peso cuando se comparan con el sufrimiento y la humillación de los seres humanos. Esta definición es semejante a la que Habermas da, cuando define lo que es una identidad post-tradicional, cuando se relativiza la propia forma de existencia, atendiendo a las pretensiones legítimas de las demás formas de vida. RORTY, R., *Contingencia, ironía y solidaridad* (trad. de A. E. Sinnott), Barcelona, Paidós, 1991. Consultar también DE LUCAS, J., *El concepto de solidaridad*, Fontamara, México, 1993.

⁵² En este sentido, según Rorty, deberíamos traducir la idea de "*objetividad*" como intersubjetividad o solidaridad y conocimiento como solidaridad. Debemos traducir el deseo de objetividad como el deseo de alcanzar el mayor acuerdo intersubjetivo posible. "*Objetividad*" ha de entenderse, en definitiva, como "*acuerdo*" entre los miembros de nuestra comunidad epistémica y otras comunidades, sólo así podrá lograrse un diálogo y comunicación entre todos los participantes. RORTY, R., *La filosofía y el espejo de la naturaleza* (trad. de J.M. Esteban), Madrid, Tecnos, 1989.

(ético), político-legitimador (sociológico) y valorativo-interpretativo (iusfilosófico)?

Rorty huye de toda categoría y teoría que posibilite argumentar y generar una cultura sólida y profunda de los derechos humanos. Su miedo antiesencialista le impide ver que precisamos de nociones como humano e inhumano, dignidad, persona que nos permitan distinguir un mayor o menor nivel de reconocimiento, respeto y protección de los derechos humanos. Estas nociones nos sirven para profundizar, argumentar y difundir la cultura de los derechos humanos.

Rorty está reduciendo la difusión y propagación de los derechos humanos a una simple cuestión de mera sentimentalidad, despojándolos de su fuerte carácter cognitivo, educativo, valorativo y racional desde una ética banal y frívola como: "Producir generaciones de estudiantes amables, tolerantes, prósperos, seguros y respetuosos con los demás en todas partes del mundo es justamente lo que se necesita para alcanzar una utopía ilustrada. Mientras más jóvenes así podamos criar, más fuerte y más global será nuestra cultura de los derechos humanos"⁵³.

Como señala el profesor J. L. Rubio Carracedo: "[...] Rorty ha denunciado todos los intentos planteados, por sustentarse más o menos directamente en el cognitivismo. Pero la denuncia de los abusos cognitivistas no legitima el arrojarse en brazos del irracionalismo y declarar, como hace Rorty, que la solución está en la educación de los sentimientos.[...]"⁵⁴

Considero que incluso dentro de una concepción pragmática de nuestras instituciones políticas podemos concebir una fundamentación teórica que las legitime y justifique. Y esta es la tarea y función de la filosofía moral, política y del Derecho: la de servir de instancia fundamentadora de nuestras instituciones políticas y jurídicas.

Cuando hablamos de fundamentación de los derechos humanos no entendemos esta expresión en un sentido "fundamentalista", como sinónimo de "búsqueda de un primer principio indemostrable, a partir del cual pueda deducirse un conjunto de normas morales", sino

⁵³ RORTY, R.: "Derechos humanos, racionalidad y sentimentalidad" en SHUTE S. y HURLEY S., op. Cit., p. 130.

⁵⁴ RUBIO CARRACEDO, J.L., "Globalización y Diferencialidad en los Derechos humanos" en Revista ALFA Ética y Responsabilidad. El futuro de los derechos humanos, año IV, N°8, pp. 69-91. p. 83. También se puede consultar la reflexión crítica del profesor PANEA MÁRQUEZ, José Manuel.- "¿Una ética sin obligaciones universales? Rorty y los derechos humanos" Isegoría, Madrid, n° 22, 2000, pág. 181-196.

más bien en un sentido “*holista*”, esto es, atento a la totalidad de las condiciones que hacen posible el fenómeno de fundamentar. Este tipo de fundamentación es el que predicó Kant cuando buscaba las “*condiciones de posibilidad*” del *faktum* de la moral.⁵⁵

El propio Norberto Bobbio asevera que es inútil buscar un fundamento absoluto⁵⁶ de los derechos humanos, aduciendo cuatro razones para justificar su postura, la vaguedad de la expresión, la variabilidad histórica de los mismos, su heterogeneidad y las antinomias que aparecen entre los derechos invocados por los distintos sujetos. Como bien señala el fundamento absoluto no es sólo una ilusión, sino que a veces ha sido un pretexto para defender posiciones reaccionarias. Aunque como él dice, nos se trata de llegar a un fundamento absoluto, sino hallar los diversos fundamentos posibles. Por tanto, no hay que renunciar a distintos intentos limitados y plurales de argumentación racional en defensa de los derechos humanos en general y, en particular, tampoco a buscar una adaptación y extensión de los mismos a los nuevos contextos de la sociedad contemporánea.

Todos los filósofos morales, políticos y jurídicos han resaltado este carácter práctico de la problemática de la fundamentación, en la que la reflexión filosófica parte y hace un seguimiento a la situación política concreta en la que nos hallamos inmersos. Sin duda, es probable que la vieja idea de Platón del filósofo-rey que pusiera en práctica algunos planes cuidadosamente pensados es un cuento de hadas inventado por la aristocracia terrateniente ateniense⁵⁸. Y existe una evidente desconexión entre teoría y praxis, en cuanto a su plasmación y a su realización. Pero todas las revoluciones políticas han partido y han surgido de planes racionales, ideas, sueños, emociones, pasiones, que evidencian la necesidad de un cambio de rumbo. Las ideas filosóficas han ejercido un notable influjo en la historia y han sido causas de relevantes acontecimientos históricos, políticos y sociales. La historia nos demuestra la conexión e implicación entre las distintas formulaciones filosóficas como el movimiento intelectual de la Ilustración y su realización sociopolítica e histórica concreta en acontecimientos como la revolución Gloriosa (1688), la Revolución Francesa (1789) y en la Revolución

⁵⁵ VEASE CORTINA, A. y Martínez Navarro, E.: *Ética*, Akal, Madrid, 1996.

⁵⁶ BOBBIO, Norberto. “sobre el fundamento de los derechos del hombre”, incluido en su libro *El problema de la guerra y las vías de la paz*, Gedisa, Barcelona, 1982, pp. 117-128.

⁵⁸ LEWIS, Sian, *News and Society in the Greek Polis (Studies in the History of Greece and Rome)*. The University of North Carolina Press, Chapel Hill, 1996. VERNANT, Jean-Pierre, y Pierre VIDAL-NAQUET, *Myth and tragedy in ancient Greece*, trad. Ing. Janet Lloyd, Nueva York, Zone Books, 1980. BLOOM, Allan, *The Republic of Plato*, Nueva York, Basic Books, 1968.

americana.⁵⁹ La filosofía pragmatista clásica de John Dewey es una respuesta a la pregunta: ¿Qué puede hacer la filosofía por los Estados Unidos? No podemos negar que las construcciones teóricas e intelectuales ejercen su influjo sobre la realidad sociopolítica. El reconocimiento y emergencia de los derechos humanos no sólo se debe, como piensa Rorty, a narrativas tristes y sentimentales, sino al desarrollo progresivo de una cultura sólida y fuerte sobre los derechos humanos y una mayor investigación y conocimiento ético, jurídico y político sobre los mismos.

Ernesto Laclau suscribe la posición de Rorty de que la ética no puede proporcionar ninguna clase de fundamento del tipo "filosofía primera". Los valores éticos están sólo "conversacionalmente" fundados es decir, que son social y discursivamente contruidos; pero el proceso de persuasión, por ejemplo, puede ser resultado de presiones demagógicas, sin que tengan que apelar a ningún principio fundacional. Así Ernesto Laclau resalta que Rorty no ha explorado suficientemente el espectro de prácticas posibles que son compatibles con su "fundamentación re-descriptiva"⁶⁰ y que se ha acoplado con demasiada rapidez a un "conversacionalismo" simple que es ciertamente afín a sus preferencias liberales, pero que es sólo uno de los juegos de lenguaje existente. El conversacionalismo rortiano admite que éste se puede llevar a cabo a través del proceso de persuasión. Y que puede ser resultado de presiones demagógicas sin que tengan necesidad de apelar a ningún principio funcionalista. Este conversacionalismo pragmático rortiano⁶¹ de iniciar la conversación sin saber el rumbo al que nos dirigimos me parece falaz y peligroso.

Rorty admira a Rawls porque permanece en la superficie, filosóficamente hablando, y no busca fundamentos filosóficos que justifiquen el modelo democrático. Para Rorty, "una teoría de la Justicia" no debe ofrecer una interpretación del ser humano, sino una descripción histórico-sociológica de la forma política en que vivimos. En este sentido, nuestras instituciones políticas y jurídicas son vistas más desde una perspectiva más política que metafísica.

Rawls no desea una visión deontológica completa, que explicase

⁵⁹ BERNSTEIN, R. J., *Praxis y acción*, Madrid, Alianza, 1979, (e. original ; *Praxis and Action*) Pennsylvania: University of Pennsylvania Press. Inc. 1971) y BERNSTEIN, R. J., *La reestructuración de la teoría social y política*. México, Fondo de Cultura Económica, 1983.

⁶⁰ LACLAU, E., "Deconstrucción, pragmatismo y hegemonía" en MOUFFE, C. (comp.) *Deconstrucción y pragmatismo*, Buenos Aires, 1998, Paidós, p.126

⁶¹ HABERMAS, J.: "El giro pragmático de Rorty" (Trad. Pere Fabra) en *Isegoría* nº 17, 1995, pp 5-36, p.5. La única salida que nos brinda Rorty es una salida privada e individual, basada en la recreación simbólica o poética. Una salida únicamente válida para nosotros a nivel privado, nunca como sujetos activos inmersos en una comunidad política. Nuestra tarea es más poética que política, más estética que ética, más re-descriptiva que constructiva.

por qué debemos dar a la justicia la prioridad sobre nuestra concepción del bien. A Rawls no se interesa por las condiciones de la identidad del yo o localizar una determinada visión antropológica de cómo es el hombre, sino solamente por las condiciones de la ciudadanía en una sociedad liberal. Rawls no trata de proporcionar un fundamento filosófico a las instituciones democráticas, sino que simplemente intenta sistematizar los principios e intuiciones característicos de los liberales norteamericanos.

"[...] estos derechos no dependen de ninguna doctrina moral comprensiva o concepción filosófica de la naturaleza humana según la cual, por ejemplo, todos los seres humanos son personas morales y tienen igual dignidad u ostentan ciertos poderes morales e intelectuales particulares que los invisten de esos derechos"⁶².

John Rawls ha contribuido positivamente a insistir en que en las sociedades democráticas, en las que no existe un bien común y único, sino que lo central es el pluralismo y la diversidad de ideas y cosmovisiones. La concepción de justicia no puede derivar de una concepción religiosa, moral o política de vida buena determinada y particular. Los comunitaristas se equivocan en tratar de fundar una comunidad política unificada por un orden moral objetivo. Existe de una relevante diferencia entre ¿cómo quiero vivir? y la pregunta ¿cómo queremos vivir? Rawls habla en este sentido, de un "consenso entrecruzado" (*overlapping consensus*)⁶³.

6. La Modernidad como proyecto político y jurídico universal.

El desacuerdo entre Rorty, Habermas y Rawls, es más teórico (búsqueda de fundamentos), que político (proyecto moderno); todos comparten el proyecto político de la Ilustración, la cultura de los derechos humanos y la democracia; pero disienten drásticamente en la visión que tienen de cómo hay que realizar dicho proyecto⁶⁴. Para Habermas, habría que conservar al menos un eje seguro para no abandonar la "crítica racional de las instituciones existentes", considerando que todo el que abandone tal enfoque es irracionalista, porque desecha las nociones que se han utilizado para justificar las diversas reformas de la historia de las democracias occidentales desde la Ilustración. Abandonar esta perspectiva "universalista" es traicionar las esperanzas sociales que han sido nucleares en la política liberal. Rawls, en cambio ocupa una posición intermedia entre

⁶² RAWLS John, "The Law of People", en S. SHUTE Y S. HURLEY (comps.) *On Human Rights*, 1993, Nueva York, Basic Books, p. 71

⁶³ RAWLS, J., *El liberalismo político*, (trad. cast. A. Doménech), Crítica, 1996, pp.165 ss.

⁶⁴ BERCIANO VILLALIBRE, Modesto, *Debate en torno a la postmodernidad*, Madrid, Editorial Síntesis, 1998. Rorty, R.: *Forjar un país. El pensamiento de izquierdas en los Estados Unidos del siglo XX*, Barcelona, Paidós, 1999

Habermas y Rorty.

Considero que pensadores postmodernos como Foucault, Derrida, Rorty deberían distinguir entre confort metafísico proporcionado por nuestra tradición filosófica y los fundamentos políticos de nuestras instituciones sociales y jurídicas. Es cierto que, hay un enorme lastre metafísico del racionalismo ilustrado; pero no veo tan fácil deshacernos de esta metafísica ilustrada cuando precisamente ésta impregna y contagia las concepciones de derechos humanos, ciudadanía y Estado Constitucional que hemos conformado históricamente. Por otro, lado la Ilustración posibilita una renovación y revisión crítica constante de léxicos y prácticas lingüísticas, discursivas y políticas. Estamos ante una proyecto incompleto e inacabado, todavía no concluido, como sugiere Habermas, que indudablemente precisa de una heterogeneidad y pluralidad de prácticas variadas posibles, fundacionales, pragmáticas, argumentativas y discursivas. Soy escéptico y dudo que podamos desprendernos de la retórica y el paradigma ilustrado cuando éste invade e inunda todas nuestras instituciones políticas y jurídicas y, sobre todo, nuestro léxico actual. Si, como dice Gadamer: “*somos tradición*” y tenemos que dialogar con la tradición: ¿Cómo desprendernos de lo que nos ha conformado y constituido?, ¿cómo despojarnos de una tradición ilustrada que ha construido nuestro pensamiento y nuestra crítica? ¿cómo deshacernos de nuestra propia piel una visión de la realidad que ha conformado nuestros valores, principios e sentimientos? Albrecht Wellmer ha denominado a esta situación “la persistencia de la modernidad”⁶⁵.

La tradición constituye, para Gadamer, el sujeto propio del comprender, pues ella determina nuestros planteamientos, prejuicios y nuestra propia conceptualidad. De aquí, una hermenéutica filosófica definida como comprensión de “lo que acontece con nosotros por encima de nuestro querer y hacer”⁶⁶ (La comprensión es el modo de ser fundamental del *Dasein* (*ahí del ser*). La realidad de la historia y de la tradición determina todo acto de comprensión. El verdadero sujeto de la comprensión es la tradición porque su acción nos determina, “actúa” en nosotros, nos envuelve como un horizonte en el que nos movemos y existimos. No podemos pensar en la tradición moderna desde una distancia alienante, ni desde una oposición ilustrada indiferente y radical. Como “seres históricos” nos encontramos inmersos siempre en tradiciones, es decir, nos envuelve siempre ese acontecer que es la tradición. De esta forma, podemos decir que *somos-en-la-tradición* en el mismo sentido que Heidegger

⁶⁵ WELLMER, Albrecht: “Modelos de libertad en el mundo moderno” en THIEBAUT, C. (eds.) *La herencia crítica de la Ilustración*, Barcelona, Crítica, 1991.

⁶⁶ GADAMER, *Verdad y Método II*, Salamanca, Sígueme, 1992. p10.

definía el Dasein como "ser-en-el-mundo"⁶⁷. Somos un producto de la historia."En verdad-dice Gadamer- no es la historia la que nos pertenece, somos nosotros los que pertenecemos a ella"⁶⁸

Hilary Putnam y Habermas se unen a la condena del relativismo que ven tanto en Foucault y Derrida como en Rorty. Putnam señala que cuando se trata de romper totalmente con la tradición, como hizo Nietzsche al intentar una moral nueva, el resultado es una monstruosidad. Estos pensadores postmodernos evitan hablar de cómo serán las cosas después de que las deconstrucciones genealógicas destruyan de una vez para siempre la gran tradición ilustrada. Se niegan a explicar lo que hay más allá de nuestra tradición (que también es la suya). Y aceptan la idea de que hemos llegado a ser lo que somos por nuestra propia tradición histórica; pero quieren echar abajo su autoridad. Putnam en *La herencia del pragmatismo* nos dice: "no hay nada erróneo en los grandes valores de la Ilustración; es sólo el tipo de seguimiento que hace Occidente de esos valores lo que es defectuoso"⁶⁹

Considero que Rorty es excesivamente crítico cuando cuestiona las pretensiones de los filósofos de inspiración kantiana como Habermas, quien trata de encontrar un punto de vista que esté por encima de la política para legitimar y garantizar la superioridad de los derechos humanos. Rorty cree que este intento es vano, porque nuestros principios democráticos y liberales defienden un único juego de lenguaje posible entre otros. Es inútil buscar argumentos que no sean contexto-dependientes. No es posible derivar una filosofía moral universalista de la filosofía del lenguaje, como intentan Apel y Habermas, por tanto, es absurdo buscar una fundamentación externa a la sociedad liberal. Hay que fomentar la sociedad liberal por sí misma y dejar de dotarla de "fundamentos filosóficos", porque dotarla de fundamentos es presuponer y preestablecer un orden natural a la confrontación y discusión de léxicos. Desde su pragmatismo conversacionalista, una sociedad liberal es aquella que

⁶⁷ HEIDEGGER, Martín, *Ser y Tiempo*, México, Fondo de Cultura Económica, 1987.

⁶⁸ GADAMER, *Verdad y Método II*, Salamanca, Sígueme, 1992. p.344.

⁶⁹ PUTNAM, Hilary: (1995) *Pragmatism*, Cambridge, Mass: Blackwell, 1995, (edición en castellano, *La herencia del pragmatismo* Barcelona, Paidós, 1997). *La herencia del pragmatismo*. Barcelona, Paidós, 1995, p. 193 Habermas se pregunta: ¿está la modernidad tan caduca y agotada como afirman los postmodernos? ¿O, antes bien, resulta que la renombrada postmodernidad es únicamente algo pasajero? Habermas inicia *El discurso filosófico de la modernidad* (1985) considerando que la modernidad se ha convertido en tema filosófico ya desde finales del siglo XVIII. Distinguiendo entre la modernidad como idea y la modernidad como proyecto; mientras aquélla está estrechamente vinculada a la evolución del arte europeo, sobre todo durante el siglo XIX desde Baudelaire; se trataría de ampliar la mirada a todo el desarrollo cultural europeo, como ha hecho Max Weber. HABERMAS, J., *El discurso filosófico de la modernidad*. Madrid. Taurus, 1988. HABERMAS, J., "El giro pragmático de Rorty" *Isegoría* n°17, pp.5-36, 1997.

se limita a llamar "verdad" al resultado de combates, sea cual sea el resultado. Rorty está planteando una redescrición estética del liberalismo a través de la cultura liberal poetizada. En mi opinión, soy escéptico de que una cultura poetizada logre convencer a los nazis, neoliberales de mercado, marxistas ortodoxos, fundamentalistas de todo tipo del privilegio moral de la libertad sin acudir a fundamentos y argumentos racionales.

Para Rorty, no hay nada en la naturaleza del lenguaje que pueda servir de base para justificar la superioridad de nuestras instituciones políticas y jurídicas como los derechos humanos. Insiste en que conectar racionalidad y democracia es absurdo desde la perspectiva del evolucionismo cultural, como si la democracia fuera la solución racional al problema de la convivencia humana. Y que otros pueblos llamados "irracionales" adoptarán la democracia cuando dejan de ser "irracionales". Lo que se está debatiendo nada tiene que ver con la racionalidad, sino que es una cuestión de creencias compartidas. La acción democrática no requiere de una teoría de la verdad y nociones como incondicionalidad y validez universal, sino más bien una variedad de prácticas y movimientos pragmáticos destinados a persuadir a la gente que amplíe el campo de su compromiso con los demás, de que construyamos una comunidad más inclusiva. Esta es la razón por la que resulta falaz el intento de suplantar la fundamentación de los derechos humanos por una dimensión narrativa.⁷⁰

El pragmatismo rortiano otorga más importancia a los vocabularios compartidos para la difusión de los derechos humanos que a los argumentos sofisticados de las teorías morales universalistas y racionalistas. El verdadero camino no es encontrar argumentos para justificar la racionalidad y la universalidad de los derechos humanos, sino crear un *ethos democrático* en nuestros contextos existenciales. Un *ethos democrático* a través de una movilización de pasiones y sentimientos, una multiplicación de prácticas, instituciones y juegos de lenguaje.

Muchos teóricos liberales obvian este tipo de reflexión procedimentalista pues parten de una concepción metafísica que considera al individuo como previo a la sociedad, como poseedor de derechos naturales, como sujeto racional autosuficiente, como aislado de las relaciones sociales, de poder, de lenguaje, de cultura y que lo conforman. Rorty combate este tipo de liberalismo que busca una justificación racional y universal, y que cree que las instituciones

⁷⁰ Rorty considera que la literatura y otros géneros de discurso han desempeñado un papel más importante que los tratados filosóficos y jurídicos para promover el progreso moral y de los derechos humanos. Véase el trabajo de THIEBAUT, Carlos: "Filosofía y literatura: de la retórica a la poética" en *Isegoría* n°11,1985, pp. 81-107, p.85.

democráticas serán más estables si puede probarse que fueron elegidas por individuos racionales bajo el velo de ignorancia (Rawls) o en una situación de comunicación no distorsionada (Habermas). El teórico liberal está obligado a bajar al terreno de las prácticas y los problemas de la democracia para construir una ciudadanía democrática.

LA ESTAFA PROHIBICIONISTA: ANTECEDENTES, MANTENIMIENTO Y CONSECUENTES.

Francisco Javier López González*

RESUMEN

El presente artículo hace referencia a cómo la prohibición en materia de drogas agrava la situación actual. Pasa revista a la extracción de sus contextos desde la antigüedad. El mensaje que deja entrever es el de autoconocimiento, respeto a uno mismo y, en definitiva, también, ilustración farmacológica. Siendo consciente de que esto es incompatible con el actual *statu quo* de: adulteración, ambientes criminales, sobrepagos y desinformación. Lanza asimismo una interesante propuesta sobre cómo algunas personas meramente buscan en las drogas "autoconocimiento"; en el contexto de una revolución pareja también a la Darwiniana, Copernicana o la de Freud.

PALABRAS CLAVE

Estafa, drogas, prohibición, ebriedad, hipocresía social.

SUMARIO

Introducción. Planteamiento del ¿"problema"? ¿La gran revolución? ¿"Conclusiones"? Bibliografía

"Este esfuerzo por conseguir que cada cual apruebe aquello que uno ama u odia es, en realidad, ambición; y así vemos que cada cual apetece, por naturaleza, que los demás vivan según la índole propia de él. Pero como todos lo apetecen a la vez, a la vez se estorban unos a otros, y como todos quieren ser alabados y amados por todos, se tienen odio unos a otros".

Baruch Spinoza, *Ética* (III, Pr. XXXI, Esc.).

"Nuestra civilización sufre a causa de plantas cuya existencia se remonta a tiempos inmemoriales, y cuyas respectivas virtudes fueron explotadas a fondo por todas las grandes culturas. Hasta hace algunas décadas nadie se preocupaba de regular su siembra o recolección, mientras ahora, ese hecho botánico cobra dimensión de catástrofe planetaria. A tal punto es así que su amenaza reúne a capitalistas y comunistas, a cristianos, mahometanos y ateos, a ricos y pobres, en una cruzada por la salud mental y moral de la Humanidad".

Antonio Escohotado, *Historia general de las drogas* (Intr. pág 27).

"De la piel para dentro empieza mi exclusiva jurisdicción. Elijo yo aquello que puede o no cruzar esa frontera. Soy un estado soberano, y las lindes de mi piel me resultan mucho más sagradas que los confines políticos de cualquier país."

Anónimo contemporáneo.

A **Juan Carlos Usó Arnal**, por quitarme un puñado de telarañas de los ojos.

A **Emilio Pol Yanguas**, por su entrega al estudio de la farmacología.

INTRODUCCIÓN.

Hace varios años a propósito del milenio entrante, oí decir a **A. Escohotado** una propuesta un tanto peculiar en un ciclo de conferencias; a saber, **"que la ebriedad asuma sus**

* Psicólogo clínico y de la Salud (Alicante, España).

responsabilidades y entre en el catálogo de las bellas artes".

Desde luego, no podemos saber (aunque algunos ya conozcamos las tesis del mencionado autor), si esto lo lanzó en Oviedo en uno de sus tantos momentos de entusiasmo optimista; o tiene, desde luego a nuestro juicio, "*más razón que un santo*", aunque su aserto suene más bien a quimera.

Sin ebriedad..., o sea, la vida de "pura templanza", resultará para algunos –por no generalizar, un tanto aburrida; es decir, falta el entusiasmo Báquico. Esto ya lo decía el propio puritano Platón y luego, por supuesto todas las demás escuelas. Hay que permitirse ese relajamiento, ese desnudamiento del alma, que hace que los demás nos vean como realmente somos y hace también que nosotros nos veamos. Es lo de Noé, el primer cultivador -dice la Biblia- bebió de su fruto y se embriagó, luego se comportaron mejor o peor unos hijos suyos u otros y el maldijo a unos y bendijo a los otros.

También el programa más venerable de la Antigüedad ("*la Sobria Ebrietas*") recomendaba con gran acierto que el cultivador debe embriagarse, lo que sucede entonces es que debe embriagarse con un sentido muy elevado del amor propio..., o sea con criterios éticos y estéticos unidos como no, o que se deben complementar, con criterios "gnoseológicos", científicos si se prefiere o quiere, sobre qué beneficios o perjuicios le puede reportar tal o cual substancia.

Hoy en día seguimos comprendiendo por droga lo mismo que entendían nuestros ancestros paganos y padres de la medicina científica como Hipócrates o Galeno. Es decir, cualquier substancia que administrada por cualquier medio suscita cambios corporales modificando asimismo nuestro ánimo. O sea..., a diferencia de los alimentos –que nuestro organismo, "*vence*" o asimila, las drogas "*vencen*" a nuestro organismo. (Pudiendo desde luego asimilar hasta aniquilarlo).

Las drogas, se inventaron solas o nos cayeron del cielo dadas por los dioses, pero en cualquier caso, para aliviar la condición y el sufrimiento humano y por ello son el tesoro de la Medicina. ¿Qué haría un médico sin prescribir fármacos, sean estos psicoactivos, o no? Estaría desde luego y perogrullescamente atado de pies y manos. No podría ejercer la Medicina tan bien amparada por el marketing y gran negocio que representa para los laboratorios farmacéuticos.

En el Triángulo de Oro los *mehos* por ejemplo toman opio cuando ya pasan aproximadamente de los cincuenta años. Datos incontrovertibles nos indican que mientras la heroína y la cocaína por ejemplo estaban en las farmacias, alrededor del noventa por ciento de sus consumidores tenían más de cincuenta años, eran personas mayores socialmente integradas, capaces de tener vicios de morfina,

heroína y opio durante más de cuarenta años y tomaban esas drogas para vivir mejor..., para poder "*cumplir*"...; el uno era cirujano, el otro era farmacéutico, el otro abogado, el otro inventaba la anestesia troncular y el otro era Sigmund Freud.

Reiteramos la aseveración de que se vendían en la farmacia puras y, por lo tanto, posibles de medir y a un precio discreto. Ahora se venden en la calle, impuras, por lo tanto, imposibles de medir y a precios desorbitados. ¿Qué dirían si a ustedes o a sus abuelos se les hubiera vendido *en una esquina plagada de maleantes* una botella de "buen vino" con sólo un 5% de éste y el resto del litro mezclado con agua, (sucia, por cierto), a cinco o diez mil pesetas la botella?



Frascos de farmacia en los años 1900-1910 donde se conservaba cocaína en polvo (presumimos que con efectos anestésicos locales), uno español y otro alemán.

PLANTEAMIENTO DEL ¿"PROBLEMA"?

¿Por qué entonces tenemos un problema con el tema de las drogas? Sería una buena pregunta que iniciara la apertura en alguna forma de un debate al menos reflexivo de cada uno, para cada cual ¿Será por que están penalizados –en España, al menos- tanto su tenencia como su consumo en público? Vayamos abriendo frentes. Y digo bien "penalizados", ya que no cabría hablar de legalización, sino de despenalización; porque no se puede legalizar "algo" que ha sido legal durante toda la vida, sino despenalizarlo (ya que ha sido penado). Esto es, salvo error –y en España- todas las drogas hasta el año 1918 (siendo conservadores), años 30 para otros, estaban en la farmacia, en las droguerías o en herbolarios. Y decimos "*todas*", desde el inocente cáñamo (para algunos), hasta las más tóxicas daturas del tipo *metel* o *brugmansias*, pasando desde luego, por la morfina, heroína, éter, cocaína, cigarrillos de cáñamo hindú o resina/inflorescencias del mismo y, así, hasta un largo etc. ¿Increíble? Datos incontrovertibles nos indican lo aseverado. A las hemerotecas, frescos, grabados, restos fosilizados y tablillas sumerias cuneiformes del tercer milenio a.C –entre otros, me (les) remito.

El aserto o problema que nosotros pretendemos plantear es que *la prohibición agrava la situación actual*, cualesquiera que sean las causas de descrédito que la hayan podido provocar como, pérdida de valores, desesperanza en nuestros jóvenes, etc... La prohibición ¿es buena?

La prohibición no ha impedido, desde luego, el consumo de drogas; las gentes consumen drogas cuando y dónde quieren, inclusive en la cárcel (como también hemos apuntado de soslayo).

La prohibición no sirve –a nuestro parecer- para nada, ni para impedir esa caída de valores ni esa desesperanza o crisis.

A los más jóvenes de la Península Ibérica les puede resultar confusa la palabra “droguería” como digo, ya que, se preguntarán: ¿qué se vendía allí? Pues: sosa cáustica, lejía, perfumes, matarratas y, desde luego todos los productos anteriormente descritos, entre otras cosas; sin discriminaciones “*interquímicas*”. Y en el mismo delito, consecuentemente, habría incurrido el dispensador de un gramo de cocaína o heroína, que el de un gramo de estricnina o de cloro puro. Ya que como decimos, no se hacían distinciones. Venenos eran todos, al igual que remedios potenciales. Anverso y reverso, una vez más, de la misma moneda.

De hecho *pharmakeon* –fármaco o droga- vocablo griego, nos indica a la vez ambas cosas, no una u otra. Es decir, algo que a la vez puede curar pero asimismo matar. Considérese como por aquel entonces en la Grecia Clásica y sobre todo en Roma, los asesinatos y usos eutanásicos y terapéuticos atribuidos a las drogas con el presente fragmento de Teofrasto –discípulo directo de Aristóteles y primer autor de un libro de botánica- referido a la datura metel, un visionario muy tóxico:

“adminístrese una dracma si la persona ha de animarse y pensar bien de sí misma, se administrará el doble si debe quedar permanentemente loco, désele el triple si ha de morir”. (Hist. plant., IX, 11, 6).

Sólo de la dosis –entonces, dependerá que los beneficios o perjuicios deban ser atribuidos a determinadas substancias, no a la substancia en sí, elemento neutro por naturaleza.

Por poner sólo un ejemplo, el del opio, en España hasta épocas no muy lejanas en las que la Guardia Civil se puso manos a la obra en su labor de arrancar todas las plantas, crecía de forma silvestre -o por esmerado cultivo- en toda la cuenca mediterránea (con una pureza igualable al egipcio y muy superior al del Triángulo de Oro, al Turco o Hindú), y en cualquier huerto del mencionado litoral, español o no, se cultivaba -como el que sembraba patatas, ajos o tubérculos similares- con fines analgésicos e hipnóticos ya que no existían otros remedios; y se consideraba una pérdida de tiempo y de dinero acudir a cualquier curandero, diplomado o no, sin antes haber agotado todo el arsenal de remedios caseros que la Madre Naturaleza nos otorgó.

De hecho, se siguen cultivando por el Ministerio de Sanidad en zonas granadinas, cordobesas y manchegas por ejemplo –bien cercadas y custodiadas por el de Interior- con el fin de obtener morfina (como no) y codeína. La primera con receta oficial de

estupefacientes y para casos de dolor oncológico o de otro tipo, pero severo, y la segunda incluso ni tan siquiera con receta de ningún tipo, como inmejorable antitusígeno.

Pueden preguntarles a sus abuelos o bisabuelos si reconocen la palabra "amapola" "dormidera", "cascajo" o, "cascall" si es que viven en zonas de la península ibérica como Cataluña o Valencia.

¿Qué cambia entonces la bondad o maldad de una droga? ¿Existen pues, drogas buenas y drogas malas? La morfina –el más beneficioso alcaloide del opio, siguiendo con el ejemplo ¿cambia siendo "buena" si la prescribe o administra un médico diplomado, a ser una maldición si se consigue por medios no ortodoxos y se la (auto)administra la propia persona? La tan denostada marihuana ¿pierde sus indudables virtudes si la cultiva o la compra en un coffee-shop holandés o californiano por ejemplo, un desdichado afectado de leucemia, y deviene milagrosa si su THC (principal cannabinoide, aunque no único) viene prescrito por receta como en específicos como la "nabilona", aún no disponibles según creo, en nuestro país?



Publicidad del jarabe Bayer a la heroína (préstese atención a cómo se le prescribe a un niño, probablemente con tos o diarrea), entre otras de las virtudes que por aquella época se le atribuían y que, lamentablemente no se aprecian bien en la ilustración. Pero que son: todas las formas de tos: ferina, bronquitis, enfisema, tuberculosis, dolores varios, somnífero y antidiarreico. (Año 1905).

¿Se puede trans-substanciar una molécula tal y como hace el sacerdote con la hostia pre- y post-consagrada?

Dejémonos de dobles morales y seamos serios al menos en un tema de tan gran calado como este. Yo creo que ya ha llegado la hora de decir que no hay drogas buenas y drogas malas. De nuevo, *sólo hay dosis*. Es decir, el conocimiento de las dosis puede convertir a una sustancia en instrumento de salvación y el desconocimiento, hace lo inverso. Mata ¿O es que vamos a tener la osadía malhadada e inicua de decir que las drogas buenas son únicamente las administradas por los médicos? Pero... y ¿qué habría de decirse de ese cuanto de satisfacción adicional "inseparable" del consumo del producto, (aunque los químicos lo pretendan) más allá del esperado efecto terapéutico? ¿Qué suscita adicción en sujetos "predispuestos"? Si es así, ya tenemos el tan apreciado gremio de *drogoabusólogos* que nos brinda el Ministerio y que presta tratamiento gratuito –ya

que lo pagamos entre todos, y que representa para el citado una ingente suma de ingresos- de modo parejo al que practica deportes de riesgo y se rompe una pierna o la crisma. ¿Por qué no debían de tenerlo aquéllos, si lo "suyo" se considerara *deporte de riesgo*?

Si bien es cierto y en esto estarán de acuerdo conmigo, es que las drogas se han sacado de sus contextos: el *peyote* o la *ayahuasca* en los departamentos de Antropología Social y Cultural de las universidades, o de las comunidades de tales o cuales indios, la *LSD 25* de las facultades de Psicología (como el propagandista Thimoty Leary), el *opio* y sus derivados de las facultades de Medicina, la *MDMA* de los laboratorios bélicos alemanes al objeto de resistir más en tiempo de guerra...etc.

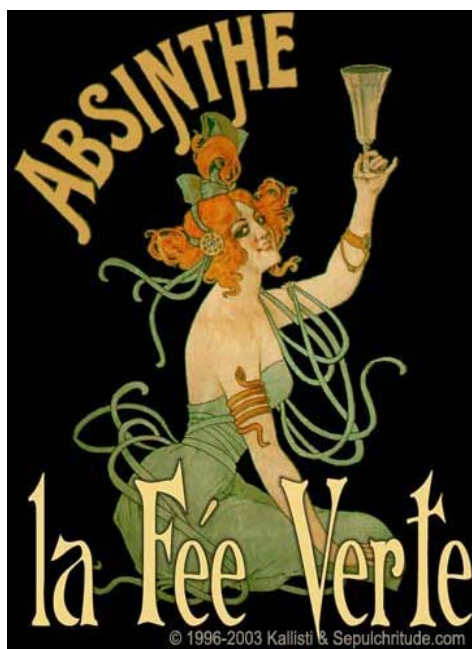
Llegados a este punto, y visto el desmán con el que nuestros hijos y nietos salen a la calle a atiborrarse de las más variadas cosas, en un momento como el actual en el que las drogas han perdido los contextos mítico/rituales que tenían; en este momento histórico, pues, en vez de lamentarnos por la pérdida de los contextos mencionados en los cuales se usaban estas drogas o aquellas, en el que han llegado a la calle de forma abrumadora con nuestra juventud, porque... la prohibición sólo está ya en los Códigos; es decir la oferta y la demanda es de tan calado, que cualquiera puede comprar lo que quiera, y si quiere consumir un poco más, sólo con convertirse en un pequeño "traficantillo", le viene dado... el mensaje – llegados aquí- a nuestra juventud podría ser algo más o menos como esto: "*conocimiento*", "*respétate a ti mismo*", "*amor propio*", que esto es tan "*arte*" como el beber, como el comer... "*Ilustración farmacológica*" en última instancia; en lugar de estas bobadas alarmistas y mendaces que se les cuelan vía mediática sobre si la "droga mata" o "siempre pasa factura". ¡Juega si quieres, pero juega limpio. En todo caso la decisión es tuya!

Comparando, y llevando al límite la coacción... ¿Serían nuestras jóvenes más prudentes en sus relaciones sexuales si se les impusiera la obligación de estar en casa a las once de la noche en lugar de más tarde? ¿Y si son atadas a la cama y agredidas si infringen la imperativa norma de sus padres? Esto puede parecer "*educación*" a muchos progenitores y hasta prevención idónea sin igual del sexo pre-marital, como comportamiento justificado por ser "*costumbre*" de toda la vida. Aludiendo, si es que se alude, a que la cópula no se puede efectuar antes o más allá de la hora mencionada. Porque... el que está interesado en algo al final (sea la hora que sea) va a por ello. Como la famosa frase de Oscar Wilde: "la única forma de no temer la tentación es cayendo en ella", con la que no estaría muy de acuerdo... pero bueno. *É cosí*.

Lo que sucede es que este tipo de mensajes –a mi juicio, y volviendo al tema que nos ocupa- son incompatibles con el actual *statu quo* de adulteración, corrupción, sobrepuestos, ambientes criminales, desinformación, etc...

¿Sabían ustedes que en el año 2004 se procesaron a –nada más y nada menos- 114 miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado Español implicados directa o indirectamente con el narcotráfico y todo lo que le rodea? Tan sólo hace una semana desde que escribo este artículo en que me he enterado por los medios (y bueno es que se sepa), que han desaparecido 500 kg. de cocaína de dependencias policiales (concretamente de una furgoneta de traslado), habiendo incoado expedientes Asuntos Internos a 4 agentes por ello.

Titulares tales como los recogidos concienzudamente por **J. C. Usó** en su libro resumen sobre su tesis doctoral (dirigida por autores de calado como Escotado y Savater) en un período comprendido entre 1990 y 1995, en España, aseveran disparates tales como que: "*es normal que los policías guarden hachis de recuerdo*"¹; "*desaparecen 150 kg. de cocaína de Irún (frontera española con Francia) y nadie lo investiga*"²; "*el Poder Judicial suspende de sus funciones a un juez relacionado presuntamente con el narcotráfico*"³; "*el Supremo [Tribunal] absuelve a cuatro condenados porque el tráfico de drogas lo provocó la Guardia Civil*"⁴; "*detenidos dos policías por robar 14 kg de cocaína del interior de la comisaría de Tenerife*"⁵; "*seis grupos mafiosos logran reorganizar el narcotráfico en la Ría de Arousa. Un concejal y un alcalde del PP, (Partido Popular) hombres de confianza de uno de los clanes*"⁶ (cfr., **Usó, 1995**).



Publicidad de absenta (bebida de más de 60 % de graduación de la época); y cómo sus destinatarias eran, en la mayoría, mujeres. Las tasas de alcoholismo en estratos socio-económicos medio-bajos, eran muchísimo menores que en la actualidad.

¹ Diario *El País*, 18/05/90, p. 24. España.

² Diario *El País*. 18/02/90, p. 16. España.

³ Diario *El País*. 02/08/90, p. 13. España.

⁴ Diario *El País*. 20/03/91, p. 27. España.

⁵ Diario *Las Provincias*, 27/11/94, p.16. Comunidad Valenciana. (España).

⁶ Diario *El Mundo*, 29/04/95, p. 1. España.

Sólo hemos recogido media docena de entre **151 titulares** de este tipo aparecidos en rotativos españoles de gran prestigio –y que se citan abajo- cual de ellos más espeluznante; ahora bien, no decimos nada original ya que *la prohibición* no significa que la droga pase a ser controlada por los médicos; sino por los jueces y por tanto la policía. Y en consecuencia, en última instancia, por el propio Gobierno. ¿Cómo tiene éste entonces la desfachatez (a través de las campañas “informativas” del Plan Nacional sobre Drogas, o de la Fundación de Ayuda contra la Drogadicción –FAD- por ejemplo), de decirles a nuestros jóvenes tras conocer estos “eventos”, que no se droguen, que la droga mata o vuelve loco al cuerdo? Tengamos en cuenta también que estamos hablando de un sector de población que difícilmente sustituye la experiencia por la advertencia.

¿LA GRAN REVOLUCIÓN?

Que nadie malinterprete este opúsculo, nuestra postura *no es defender ni dejar de defender el consumo de drogas* (entre otras cosas porque soy psicólogo), **sino “informar”** y que cada cual obre en consecuencia, la última palabra o capacidad de decisión la tiene el interesado –como hemos dicho.

Ahora bien, no puedo por más que comprender la postura de nuestros jóvenes. Si bien es cierto que por refuerzo negativo; es decir por alivio del malestar del tipo que éste sea, quede justificado y legitimado que se droguen (desconociendo otras opciones), es más cierto, aunque menos común, que algunos de ellos –y no sólo jóvenes- se droguen ocasionalmente a meros efectos de “auto-conocimiento” y no tengan problema alguno; obsérvese, -si es que no se había tenido en cuenta- que entre las drogas, también incluyo al alcohol (como no), a mi juicio, una de las más tóxicas y peligrosas. De hecho, por poner un ejemplo, salvo error nadie ha muerto nunca de un síndrome de abstinencia a la heroína, mientras sí que ha sucedido con el alcohol; además de dejar permanentemente delirante al que haya sufrido más de dos o tres “deliriums tremens” y quedando ciegos o paralíticos mas de treinta mil norteamericanos mientras duró la ley seca o Volstead Act, a causa de consumir alcohol *metílico* –proveniente de la fermentación de madera, no *etilico*. (Uno de los más, fieles espejos de aquel experimento prohibicionista, por no mencionar el gangsterismo y otros elementos más o menos parejos).

Retomando el epígrafe, esa **es la gran revolución** que está pendiente ahora, primero llegó la Copernicana que vino a decir: la tierra no es el centro del universo, luego hubo la Darwiniana que dijo, el hombre no es el centro de la Tierra, y luego vino Freud y dijo la

razón no es el centro del hombre; entonces, si no lo es... ¿Cuál es ese centro? El gran trabajo de ahora, más que manejar lo exterior, transformar lo exterior (que ya lo hemos hecho y con éxito), es transformar por dentro, es trabajar sobre el cerebro; o sea que la "gran revolución", van a ser los psicofármacos, va a ser cambiar la forma de funcionamiento del cerebro. Si cogemos la analogía con un ordenador, los *softwares* del cerebro, es lo que estamos o pretendemos cambiar y esto es lo que están haciendo los jóvenes, (y no tan jóvenes) que intentan experimentar con drogas de cualquier manera, mal y, que a veces se perjudican; pero "eso", es una apuesta de esa tendencia a buscar ya, de una vez por todas dentro y a transformar ese funcionamiento del cerebro con el que no se encuentran a gusto algunos.

Esto era lo que ya realizaban nuestros ancestros griegos – y su incipiente racionalismo- en el programa más antiguo y venerable de la Antigüedad como la Sobria Ebrietas y en Eleusis por ejemplo con el *kykeón*, (una embriaguez controlada) donde al iniciado se le daba una especie de masa verdosa –probablemente parasitizada por el cornezuelo del centeno- y dónde juraban guardar secreto sobre todo lo que allí acontecía y "*verían*". Por ello pensamos que la LSD forma parte (en referencia al cornezuelo) de lo que llamamos fármacos "*visionarios*" Posteriormente supimos que por la mencionada ciudad pasaron clásicos como Platón, Sócrates, Cicerón, etc

Esto es, si tomamos la comparación de la mente con la ya manida frase de la *metáfora del ordenador*, ésta actuaría con (o como) un complejo software en el cual, a través de nuestros sentidos captamos la realidad que nos viene dada tanto del mundo exterior como del interior, procesar esos datos, y utilizar el sistema en beneficio propio para transformar la realidad si se quiere. Esto, se podría decir que ya lo hemos conseguido en cierto modo: hemos sido capaces de subir a la Luna, construimos cohetes, coches, aviones etc. mediante sofisticados medios de conocimiento. Pero la realidad interior, la de cada cual, esa está todavía por venir (su modificación), y es tan grande –por no decir mayor- que la realidad exterior. Y este es el gran reto de este siglo. Modificar ese software interno que nos viene del paradigma racionalista de los griegos y con el que muchas personas no están de acuerdo, no les satisface, no les vale o no les basta. Y esto es lo que a nuestro juicio intentan hacer aunque lo hagan mal o de una forma poco correcta y se perjudiquen nuestras queridas criaturas. Esa, pensamos, es **la gran revolución**.

Lo que pasa es que es tan grande el mundo que hay dentro como el que hay fuera, eso es evidente y el mundo que hay dentro, se ha tocado muy poco. Ahora con los extraños progresos de la química de síntesis, pues se están desarrollando drogas verdaderamente "inteligentes", como la hydergina, un fármaco que

retrasa la senilidad o Alzheimer en las personas y, que tiene un leve efecto psicoactivo. (Milagrosamente ha escapado de los catálogos de drogas ilegales, no sólo la hydergina, sino algunos de sus equivalentes). Razón por la cual, está totalmente desaconsejada en personas con esquizofrenia o cualquier otro trastorno del tipo de las denominadas psicosis.

¿"CONCLUSIONES"?

Hasta ahora por tanto, (desde la prohibición) hemos vivido con el mensaje: "*drogas, igual a muerte*", esto... ¿ha servido para disuadir a las personas?, ¿ha servido para cambiar?, ¿ha servido para que nosotros y nuestros hijos mismos no las consuman?

Enlazado con lo anterior viene un aspecto crucial también a nuestro juicio. Y es que mientras sean prohibidas las drogas, habrá "*muertes accidentales*"; es decir que habrá personas "*que se maten sin querer*". En los aproximados treinta años de nuestro pasado siglo en los cuales las drogas eran libres, no hubo un solo caso de *sobredosis accidental*. (Otro tema es que se mataran queriendo; es decir que usaran las drogas –sobre todo opiáceas, setas y daturas– como método suicida, o sea "*queriendo*", como el que hoy usa una escopeta, puente o cuchillo).

Cuando los norteamericanos hicieron el sistema de alerta hospitalaria para personas que tomaban heroína, se llevaron la desagradable sorpresa de constatar que había 18.000 personas que voluntariamente pedían desintoxicación y 7.000.000 que tomaban la mencionada droga "*ocasionalmente*" sin pedir ayuda a nadie.

El sofisma principal es que nos ponemos maniqueos y decimos que las drogas son malas, como podríamos decir que es malo el cobre, las montañas o determinadas nubes. Entonces pensamos que como las drogas son la representación del mal, dentro de lo que cabe, pues será mejor que estén prohibidas. Nosotros desde luego, no pensamos lo mismo; como hemos mencionado más arriba, una vez más, sobre los que serían a nuestro entender los mensajes a la juventud..., y a los no tan jóvenes.

Lo que hace mal a las personas es tomar las drogas mal, desinformadamente, inadecuadamente, con dosis que no les corresponden.

Dado que llevamos alrededor de noventa años diciendo que "*las drogas son malas*" (¡y tenemos lo que tenemos!); es decir, diez veces más de usos incorrectos, que antes (de lanzar el mensaje), *sobredosis*, etc., tampoco digamos "*las drogas son buenas*", ya que como hemos reiterado, lo que hace tanto a un veneno, como a un

remedio milagroso, es su dosis. Pero tengamos entonces al menos la honradez moral e intelectual de no alimentar contumacias maniqueas e inicuas, anatemizándolas por temores a coger el rábano por dónde se debe, escindiendo su raíz y quedándonos con las hojas en la mano.

Las personas, tenemos el atrevimiento a decir se drogan – aceptando la simplificación que algunos pueden entrever- (y ya mencionadas de soslayo), por tres motivos fundamentales: “terapéuticos”, “lúdicos” y “sacramentales”. Es decir, se drogan para aliviar ciertas enfermedades, problemas o molestias; se drogan - como no- para divertirse; y se drogan por último, para entrar en estados particulares de conciencia que les relacionan con dioses, respectivamente.

Sucede entonces que por aquellas fechas remotas y desde la noche de los tiempos, las sociedades estaban preocupadas por otros temas. Guerras, pobreza masificada, hambrunas, tiranías varias, miedo a la inmigración, colonizaciones, y así un largo etc... y los productos sólo estaban al alcance de unos pocos: desde luego, pudientes (o sea personas acomodadas), golfos de cabaret y sobre todo personas ligadas al estamento terapéutico como médicos, enfermeros, y sus familiares. (De hecho, el primer heroinómano de la historia perteneció a la primera profesión descrita).

Sucede pues, que el perfil del consumidor de drogas “tipo” por aquel entonces, era el de una persona de nivel económico medio-alto, socialmente adaptado, con sus obligaciones cumplidas tanto para los suyos como para con la sociedad (aunque en muchos casos las utilizara para rendir más) y, no menor de cuarenta o cincuenta años, que escondía su vicio o costumbre como el que esconde el morderse las uñas, trasnochar desmedidamente o sus preferencias sexuales en la cama ya sea hetero u homosexual; y en su defensa, las utilizaba puras y por lo tanto con posibilidad de ser medidas y administradas cautelosamente. *Sola dosis facit venenum* de nuevo, (sólo la dosis hace al veneno), decía Paracelso con gran acierto empírico, ya que esto es un hecho.

Vuelvo a tener el atrevimiento de decir que el consumidor de “ahora” no sólo las utiliza sin conocimiento (al menos el noventa por ciento, calculo a ojo de buen botero); es un joven de catorce a treinta y pocos años (año arriba, año abajo), con sus obligaciones descuidadas, tanto social como personalmente; que no se quiere ni se conoce a sí mismo; que su nivel económico y social es medio-bajo; que alardea de su consumo y que desde luego toma las drogas impuras y por lo tanto imposibles de medir y, para corolario, utiliza su presunta adicción como justificación de su mal obrar o

comportamientos indignos de cualquier ser humano, contribuyendo a su propio embrutecimiento y al de su grupo.

¿De quién es la culpa, si es que existen culpables? ¿Quid pruo bono? ¿A quien beneficia el asunto? se preguntaban los romanos cuando un mal de tan calado campaba por sus respetos. (A las reseñas de los diarios arriba y abajo mencionados, les vuelvo a remitir).

Desde luego, como casi todas las cosas en este mundo las drogas es posible que nos hagan daño y justifiquen que actuemos de manera indigna. La cuerda que le sirve al alpinista para alcanzar la cumbre, le sirve al suicida para sus propósitos (ojo, no entro si en legítimos éstos o no. Esto sería otro tema, interesante, por lo demás). Pero lo que en puridad puede matar o herir no es en esencia el espíritu neutro -forzosamente- de tal o cual substancia en definitiva química ya sea por síntesis o, puramente vegetal; sino la ignorancia, la falta de conocimiento, el olvido sistemático de la ebriedad como una rama de las bellas artes; y, sobre todo, las bobadas alarmistas y mendaces que nos lanzan continuamente los medios de *¿¡comunicación e información!?*

La función de las leyes es defendernos “de los otros” no de “nosotros mismos”. Es el Padrenuestro el que dice “mas líbranos de tentación”. La función de las leyes no es librar a los seres humanos de la tentación. Cosa que si así fuere, las leyes reducirían al ser humano a un ser sin discernimiento y poco más o menos que descerebrado, el ser humano es libre y deliberante, por que si éste no tiene entendimiento ¿quién lo tiene? En definitiva, es la desinformación contraproducente la que nos hace acercarnos a las drogas con miedo, a la vez que con cierto deseo curioso, como no debemos acercarnos a las fieras, desde luego.

La estafa prohibicionista –cuyos intereses coinciden tan puntualmente con los del traficante- no ha logrado que los productos químicos de los que hablamos hayan dejado de interesar a la población, y mucho menos a los sectores más jóvenes. Tan sólo ha servido, entre otras cosas, para que el señor Escobar – que pretendía saldar la deuda externa de Colombia con el dinero del narcotráfico-Oubiña, Portabales y otros adláteres suyos (entre otros), mantengan su Imperio mientras la gente muere envenenada con polvo de ladrillo por las calles, que en vez de cocaína esnifen talco o estricnina con cafeína o fumen por hachís, estiércol de burro -por cierto, tan abundante en el norte de Marruecos, lo cual sugiere a algunos autores que la adulteración acontece ya en el origen, (Escohotado, 1999), unido a goma arábiga amalgamada y prensada astutamente con henna; es decir, se envenenen a unos precios desorbitantes, por

lo demás, alimentando tamaño negocio de lucro cesante y fuga de capital inmensa.

Tan solo ha conseguido –a nuestro juicio, que algunos asimilen los clichés propagandísticos y recurran a ellos para hacerse con una coartada psicológica y social, que cunda una histeria de masas fomentada por la desinformación, y que padezcamos la inermidad de vulgares cobayas para el inmenso negocio, crueles y necios los unos para con los otros.

BIBLIOGRAFÍA.

- Escohotado, Antonio. *"Historia general de las drogas"*. 1999. Barcelona. Ed. Espasa Calpe.
- Escohotado, Antonio. *"Las drogas. De los orígenes a la prohibición"*. 1994. Madrid. Alianza Edit.
- Jünger, Ernst. *"Acercamientos". Drogas y Ebriedad*. 2000. Barcelona (Traducción de Enrique Ocaña).. Tusquets.
- Legaz-Lacambra, Luís. *"Filosofía del Derecho"*. 1979. Barcelona. Ed. Bosch. (Quinta edición, revisada y aumentada).
- Silverman, Milton. *"Drogas Mágicas"*. 1942. Argentina. Edit. Sudamericana. (Traducción de Elvira Durán).
- Usó, J.C. *"Drogas y cultura de masas" (España 1855-1995)*. 1996. Madrid. Ed. Santillana- Taurus. (Tesis doctoral resumida).
- Usó, J.C. *"Spanish trip". (El viaje psiquedélico en España)*. 2002. Barcelona. Ediciones La Liebre de Marzo

Fotografías e ilustraciones cortesía de Juan Carlos Usó Arnal.

LOS DERECHOS EN EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS: UN ANÁLISIS

por **Sylvia Martí Sánchez, Javier Sánchez Sánchez y Tatiana Recoder Vallina***

RESUMEN

En este trabajo se presenta una selección de sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos con el objetivo de sacar a la luz las líneas jurisprudenciales básicas que permiten configurar la construcción que, sobre algunos de los derechos y principios vinculados a éstos, ha configurado dicho Tribunal.

En concreto, se abordan trece bloques temáticos, especificando el derecho o principio, la normativa afectada (tanto española como europea) y la sentencia que se toma como referencia, todo ello acompañado de un breve comentario

PALABRAS CLAVE Y SUMARIO

1.- Obligación de respetar los derechos humanos. 2.- Derecho a la vida. 3.- Interdicción de la tortura y de penas o tratos inhumanos o degradantes. 4.- Prohibición de la esclavitud y del trabajo forzado. 5.- Derecho a la libertad y a la seguridad. 6.- Derecho al proceso equitativo. 7.- Principio de legalidad penal. 8.- Derecho al respeto a la vida privada y familiar. 9.- Libertad de pensamiento, conciencia y religión. 10.- Libertad de expresión. 11.- Libertad de reunión y asociación. 12. Derecho a contraer matrimonio. 13.- Derecho a un recurso efectivo. 14.- Prohibición de discriminación

1.- OBLIGACIÓN DE RESPETAR LOS DERECHOS HUMANOS.

A) REFERENCIAS NORMATIVAS

Convenio de Roma (Convenio para la protección de los derechos y de las libertades fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950):

Artículo 1

Las Altas Partes Contratantes reconocen a toda persona dependiente de su jurisdicción los derechos y libertades definidos en el Título I del presente Convenio

B) LÍNEA JURISPRUDENCIAL PREVIA

El ejercicio de jurisdicción es condición necesaria para que un Estado contratante pueda ser declarado responsable por la violación de los derechos y libertades contemplados en el Convenio.

De la jurisprudencia se infiere que el concepto de "jurisdicción" a que se refiere el artículo 1 del Convenio debe interpretarse a la luz de lo que por tal se entiende en el Derecho Internacional Público. En este sentido hay que entender que la jurisdicción es fundamentalmente territorial y que el ejercicio de la misma se presume tiene lugar normalmente sobre el territorio del Estado (Decisión de 12 de diciembre de 2001, *Bankovic y otros c. 17 Estados contratantes*). Ahora bien, la jurisdicción no siempre se extiende exclusivamente sobre el territorio nacional de las partes contratantes, ya que en circunstancias excepcionales los actos extraterritoriales también pueden tener encaje en el artículo 1 (*STEDH Loizidou c. Turquía* de 18 de diciembre de

* Sylvia Martí Sánchez, Secretaria General de la Asamblea de Madrid. Javier Sánchez Sánchez y Tatiana Recoder Vallina, Letrados de la Asamblea de Madrid (España).

1996). Así sucede en los supuestos en los que, como consecuencia de una acción militar, el Estado ejerce un control efectivo sobre una zona situada fuera de un territorio nacional, de lo que deriva la obligación de asegurar el respeto de los derechos y libertades de los ciudadanos, con independencia de que el control se ejerza a través de sus fuerzas armadas o de una administración local subordinada. No es necesario determinar el grado de detalle del control sobre las políticas y acciones de las autoridades situadas fuera del territorio, basta que se demuestre, más allá de cualquier duda razonable, el control global del área STEDH Issa y otros c. Turquía de 16 de noviembre de 2004).

También puede declararse la responsabilidad del Estado contratante en supuestos de ejercicio extraterritorial de competencias delimitadas por el Derecho Internacional Público, como los actos de agentes diplomáticos o consulares o los cometidos a bordo de aeronaves o buques que naveguen bajo su pabellón. Se trata de evitar que, al amparo del artículo 1, un Estado cometa fuera de su territorio actos o acciones que no puede realizar en el suyo propio, pero sin hacer una interpretación demasiado amplia del artículo 1, ya que de haber deseado lo contrario, los autores del Convenio habrían adoptado un texto idéntico o semejante al recogido en las Convenciones de Ginebra de 1949.

2.- DERECHO A LA VIDA.

A) REFERENCIAS NORMATIVAS

Convenio de Roma

Artículo 2

1. El derecho de toda persona a la vida está protegido por la Ley. Nadie podrá ser privado de su vida intencionadamente, salvo en ejecución de una condena que imponga pena capital dictada por un tribunal al reo de un delito para el que la ley establece esa pena.

2. La muerte no se considerará infligida con infracción del presente artículo cuando se produzca como consecuencia de un recurso a la fuerza que sea absolutamente necesario:

- a) En defensa de una persona contra una agresión ilegítima.
- b) Para detener a una persona conforme a derecho o para impedir la evasión de un preso o detenido legalmente.
- c) Para reprimir, de acuerdo con la ley, una revuelta o insurrección.

Protocolo núm 6, de 28 de abril de 1983

Artículo 1. Queda abolida la pena de muerte. Nadie podrá ser condenado a tal pena ni ejecutado.

Artículo 2. Un Estado podrá prever en su legislación la pena de muerte por actos cometidos en tiempo de guerra o de peligro inminente

de guerra; dicha pena solamente se aplicará en los casos previstos por dicha legislación y con arreglo a lo dispuesto en la misma. Dicho Estado comunicará al Secretario General del Consejo de Europa las correspondientes disposiciones de la legislación que se trate.

Constitución española

Artículo 15

Todos tienen derecho 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. Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra.

Constitución europea

Artículo 11-2

- 1.- Toda persona tiene derecho a la vida.
- 2.- Nadie podrá ser condenado a la pena de muerte ni ejecutado.

Artículo 11-3

1. Toda persona tiene derecho a su integridad física y mental.
2. En el marco de la medicina y la biología se respetarán en particular:

- a) el consentimiento libre e informado de la persona que se trate, de acuerdo con la modalidades establecidas por la ley.
- b) la prohibición de las prácticas eugenésicas, en particular las que tienen como finalidad la selección de las personas.
- c) la prohibición del que el cuerpo humano o partes del mismo en cuanto tales se conviertan en objeto de lucro.
- d) la prohibición de clonación reproductora de seres humanos.

Artículo 11-4

Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes.

B) LÍNEA JURISPRUDENCIAL PREVIA

Delimitación del contenido

El artículo 2 consagra uno de los valores fundamentales de las sociedades democráticas que forman el Consejo de Europa (S McCannan contra Reino Unido, de 27 de septiembre de 1995). Los poderes públicos tienen el deber de no lesionar por sí mismos la vida humana y el deber de protegerla efectivamente frente a agresiones de los particulares. La obligación impuesta por el artículo 2 del Convenio va más allá del deber primordial de asegurar el derecho a la vida estableciendo una legislación penal concreta, disuadiendo de

cometer ataques contra la persona y basándose en un mecanismo de aplicación concebido para prevenir, reprimir y sancionar las violaciones. Puede asimismo implicar, en algunas circunstancias bien definidas, la obligación positiva para las autoridades de tomar preventivamente medidas de orden práctico para proteger al individuo cuya vida está amenazada por las actuaciones criminales ajenas, siempre que no sea una carga desproporcionada (S. Osman contra Reino Unido de 28-10-1998 y S. Mastromatteo contra Rep. Italiana de 24 de octubre de 2002). También se aplica a la situación de un detenido que padecía una enfermedad mental con signos que indicaban que podía atentar contra su vida (S. Keenan contra Reino Unido 2001,242, secc. 3, núm, 27229/1995). **El Estado tiene la obligación de realizar una investigación pública con examen completo, imparcial y profundo de las circunstancias en la que se ha cometido el homicidio** (S. McCann contra Reino Unido, de 27 de septiembre de 1995). El artículo 2 del Convenio no tiene ninguna relación con las cuestiones relativas a la calidad de vida o a lo que una persona ha escogido hacer con ella. No se puede interpretar en sentido de que confiere un derecho diametralmente opuesto, a saber el derecho a morir; tampoco puede crear un derecho a la autodeterminación en el sentido de que conceda a todo individuo el derecho a escoger la muerte antes que la vida. **No es posible deducir del artículo 2 un derecho a morir, ni de la mano de un tercero ni con la ayuda de la autoridad pública** (S. Diane P. contra Reino Unido de 29 de abril de 2002, secc 4ª, núm, 2346/2000). **Las excepciones del apartado segundo han de interpretarse siempre de manera restrictiva**, porque en el mismo no se enuncian situaciones en las que es legítimo ocasionar intencionadamente la muerte, sino circunstancias en las que cabe hacer legítimamente uso de la violencia, la cual puede desembocar, a su vez, en una muerte involuntaria; por ello se exige que el recurso a la fuerza sea absolutamente necesario, realizándose aquí no un juicio de proporcionalidad sino un "juicio de indispensabilidad" (S. McCann contra Reino Unido, de 27 de septiembre de 1995).

Titulares

En STEDH de 29 de octubre de 1992, el Tribunal no se pronuncia sobre si el derecho a la vida reconocido en el artículo 2 del Convenio es igualmente aplicable para el feto. Previamente el Informe de la Comisión nº 1315/1980, en relación con el Asunto 8416/1979, había señalado que la expresión "todos" del artículo 2 se refiere a las personas ya nacidas y no es aplicable al *nasciturus*.

Lesiones

Se declara la violación del artículo 2 del Convenio ante la ausencia de explicación de explicación razonable por las autoridades del Estado acerca de las heridas sufridas por la víctima durante su detención (S. Güneç contra Turquía, de 19 de junio de 2003). Se produce violación cuando existe falta de transparencia y efectividad en la investigación oficial sobre la muerte (STEDH de 4 de mayo de 2001 en asunto

37715/1997).

C) SENTENCIA ANALIZADA

Caso Estamirov y otros v. Rusia

Demanda nº 60272/00

Fecha del juicio: 12 de octubre de 2006

Hechos

La familia demandante vivía en Grozny (Chechenia) donde tenía dos casas unidas por un patio. Tras las hostilidades de los años 1994 - 1996, una de las casas se incendió y la otra fue alcanzada por un obús. La familia trató de obtener una compensación por la pérdida de su propiedad, pero no lo logró.

En noviembre de 1999, tres miembros de la familia abandonaron Grozny por Ingushetia a causa de la reanudación de las hostilidades. Cinco miembros de la familia permanecieron en Grozny para velar por sus propiedades.

En febrero de 2000, un pariente de esta familia viajó a Grozny, donde le comunicaron que los familiares que continuaban residiendo allí habían sido asesinados el 5 de febrero de ese mismo año por soldados rusos y en su propia casa. Todos los cuerpos tenían heridas de bala y habían desaparecido las joyas de las mujeres, así como el dinero y demás objetos de valor. El coche y el establo con dos terneros dentro habían sido quemados. Ese mismo día se enterraron los cuerpos en terrenos de la casa.

El 22 de febrero de 2000, los supervivientes de la familia solicitaron al Fiscal General que iniciara un procedimiento criminal por el asesinato de 5 miembros de la familia, una de ellos embarazada de 9 meses.

El 4 de abril de 2000, dos miembros de la familia regresaron a Grozny donde solicitaron permiso para exhumar los cuerpos y enterrarlos en el cementerio. Primero el permiso fue denegado por las autoridades, alegando que el cementerio podía estar minado, posteriormente, se autorizó la exhumación bajo supervisión policial. Cuando se realizó la exhumación, las ropas que envolvían los cuerpos fueron levantados sólo de los rostros para fotografiarlos. No presentaban patologías en ellos y no se realizó examen forense. Posteriormente, fueron nuevamente enterrados los cuerpos en el nuevo lugar. Tras la exhumación, la Policía quiso marcharse del lugar, pero el demandante intervino y les solicitó que examinaran el lugar en busca de pruebas. Se encontraron huellas de carros de combate frente a la casa, botellas vacías de bebidas alcohólicas y un par de zapatos en el patio. La policía elaboró un informe y tomó pruebas, como cartuchos y balas.

El 4 de julio de 2000, el Tribunal de Malgobek emitió a solicitud del actual demandante un certificado de defunción de sus familiares.

En agosto de 2000, el Registro Civil de Okyyabrski declaró

certificada la muerte de cuatro personas, con fecha 5 de febrero del mismo año.

Los demandantes alegan que otros civiles también fueron asesinados el mismo día en Novyo Aldy, un suburbio de Grozny situado a sólo 1,5 km de distancia de donde mataron a sus familiares. Todas estas muertes se recogieron en dos reportajes, uno elaborado por Human Rights Watch de junio de 2000, titulado "5 de febrero: el día de la masacre en Noy Aldy", que recogía la ejecución extrajudicial de 60 civiles en varios barrios de Grozny por fuerzas militares y la OMON rusa, y el otro realizado por Human Rights Centre Memorial, titulado "Operación limpieza. Solución de Navy Aldy, 5 de febrero de 2000 - crímenes deliberados contra civiles". En ambos se incluyó a las víctimas de la familia Estamirov.

El 21 de abril de 2000, la oficina del Fiscal Militar para la región Caucásica Norte escribió a la ONG Memorial estableciendo que el fiscal militar de la unidad militar nº 20102 había revisado la información relatada sobre los crímenes contra civiles cometidos el 5 de febrero de 2000, determinando que en esa fecha no se había ordenado ninguna operación militar en ese área. A la vista de ello, el 3 de marzo de 2000 se cerró el proceso criminal militar abierto sobre esta materia por ausencia de *corpus delicti*. Se concluyó que dichos crímenes podrían haber sido cometidos por los servicios de la OMON del Ministerio del Interior, sobre los cuales el fiscal militar no tenía competencia. El caso se envió al Fiscal de la ciudad de Grozny para que realizara las actuaciones competentes.

El 8 de agosto de 2000 se elevaron los hechos a la Corte Suprema de Rusia. Con fecha 31 de agosto de 2000, esta Corte rechazó el caso, remitiendo a los demandantes a la Corte competente.

El 16 de octubre de 2000, la ONG Human Rights Watch escribió al Fiscal General solicitándole información sobre los asesinatos de Novye Aldy. El 31 de octubre del mismo año, el Fiscal General respondió que dicha información debería solicitarse al Fiscal de la República de Chechenia, quien era competente en el mismo.

El 4 de diciembre de 2000, el Fiscal de Chechenia contestó a esta ONG que el 14 de abril de ese mismo año, el Fiscal de la ciudad de Grozny había abierto actuaciones para investigar estos crímenes.

El 8 de agosto de 2001, uno de los demandantes escribió al Fiscal de Chechenia preguntándole por el estado de la investigación, y solicitó que se le enviara la información que se tuviera al respecto. Su solicitud no fue atendida. Lo mismo ocurrió con el resto de personas y Organizaciones que hicieron la misma petición. Finalmente, el Fiscal General de Chechenia, les comunicó que la investigación seguía su curso y, erróneamente, se aludía a que las muertes habían tenido lugar en abril de 2000.

La investigación de los hechos fue abierta y cerrada en varias ocasiones, sin que se lograran resultados tangibles. Los hechos, según

el Fiscal de Grozny, parecían apuntar a que habían sido cometidos por fuerzas rusas, si bien cabían también otras opciones. No se identificó al destacamento que pudo haber cometido la matanza. Asimismo, no se estableció conexión entre la matanza de los Estamirov con las ocasionadas en Novye Aldy.

En marzo de 2003, uno de los actuales demandantes solicitó a la Corte del Distrito de Leninsky de Grozny que revisara el caso. En junio del mismo año, la demanda fue comunicada al Gobierno ruso, quien solicitó una copia del expediente, que le fue remitida en septiembre de ese año. En mayo de 2005 la Corte admitió a trámite la demanda y requirió al Gobierno para que reabriera la investigación.

El Gobierno respondió en agosto de 2005 que la investigación se estaba realizando, pero no era posible establecer conclusiones finales sobre la autoría de los crímenes. Asimismo se dijo que no podía determinarse que los asesinatos de los Estamirov hubieran sido cometidos por las mismas personas que los de Novye Aldy. Asimismo, el Gobierno sostuvo que algunos documentos de la investigación criminal podrían haber vulnerado el artículo 161 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, puesto que contenían información sensible militar o de seguridad, así como nombres y direcciones de testigos que habían participado en la lucha antiterrorista en Chechenia.

Legislación nacional aplicable

Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Ley de Enjuiciamiento Civil.

Fundamentos de Derecho

.- Alegaciones de las partes

a) Inadecuación del procedimiento

El Gobierno solicitó la declaración de inadmisión de la demanda al haber excedido las posibilidades previstas en la legislación nacional para ellos. Considera que las autoridades competentes estaban actuando de acuerdo con la legalidad vigente para solucionar el caso.

Los demandantes, por su lado, contestaron diciendo que las actuaciones oficiales no eran efectivas, en particular, que no se habían tomado el tiempo necesario para la búsqueda de evidencias necesarias, informar a los interesados del curso de la investigación y no se analizó la implicación de servicios federales en los asesinatos. En cuanto a las cuestiones civiles, los demandantes acudieron a la Corte Suprema para obtener una reparación por los daños causados, pero fue rechazado sin mayor consideración. Los demandantes consideraron que una reclamación económica civil en la Corte de Distrito no hubiera prosperado en ausencia de conclusiones en la investigación penal.

Para los demandantes el Gobierno no actuó correctamente al realizar la investigación sobre el asesinato de sus familiares. La investigación fue lenta y no se realizaron todos los pasos necesarios

para asegurar las pruebas y para identificar a los autores del crimen. Los demandantes no fueron considerados víctimas en el proceso y no fueron adecuadamente informados del progreso del mismo. Por todo ello, consideran que se ha vulnerado el artículo 2 de la Convención Europea de Derechos Humanos.

El Gobierno no está de acuerdo en que hubiera fallos en la investigación. Alude a la dificultad asociada con la realización del trabajo de investigación en Chechenia, incluyendo el hecho de que casi todos los residentes en el distrito habían huido en el momento de los hechos. El Gobierno hizo hincapié en que se aseguró a los demandantes el papel de víctimas en el proceso criminal.

b) Protección del derecho a la vida

Los demandantes consideran que existen evidencias suficientes para concluir que sus familiares habían sido privados de sus vidas por agentes estatales en circunstancias que violan el artículo 2 CEDH. Argumentan que fueron asesinados el 5 de febrero de 2000 en una operación de limpieza desarrollada en los distritos del sur de Grozny.

El Gobierno no discute el hecho de que los familiares han fallecido. Sin embargo, no encuentra posible responder a la cuestión de si ha existido en este caso violación del artículo 2 CEDH, mientras la investigación está en curso. Apuntó que no habían sido identificados testigos de los hechos, y que los demandantes basaban sus argumentaciones de implicación de militares en los asesinatos, sólo en habladurías de personas sin identificar. Asimismo, considera el Gobierno que la investigación de este caso no guarda relación con los crímenes de Novy Aldy.

.- Consideraciones del Tribunal

El TEDH considera que la regla del agotamiento de los cauces nacionales prevista en el artículo 35 de la Convención obliga a los demandantes primero a utilizar los remedios previstos por el sistema legal nacional antes de acudir a otras instancias internacionales. La existencia de estos mecanismos nacionales debe de ser suficientemente segura, en la teoría y en la práctica, en los sentidos de accesibilidad y efectividad. No obstante, el TEDH considera que la regla del agotamiento de los recursos internos debe de ser aplicada con un cierto grado de flexibilidad y sin excesivo formalismo. Si bien no es posible aplicar esta regla automáticamente, es esencial atender a las circunstancias del caso concreto. El TEDH parte de que los demandantes notificaron el crimen a las autoridades a finales de febrero de 2000. Los oficiales del Ministerio del Interior se presentaron en el lugar de los hechos a principios de abril del mismo año y la investigación se abrió una semana después. Ya este retraso sustancial en la apertura de la investigación en un crimen de tal envergadura, podría afectar a la futura efectividad del procedimiento. Una vez comenzada la investigación, continuó estando plagada de retrasos inexplicables. La mayoría de la documentación relacionada con el caso data de julio de 2003, tras haber

comunicado el mismo al Gobierno, y más de tres años después de que tanto los hechos como el procedimiento se abrieran. Los pasos dados en julio de 2003 incluyeron algunos tan importantes como la identificación e interrogatorio de testigos, un nuevo examen del lugar y medidas tendientes a identificar las unidades militares que podrían haber estado involucradas en los asesinatos. El resultado de los exámenes practicados por los expertos en balística fue enviado a las autoridades en julio de 2003, aunque ya estaba elaborado desde junio de 2000. Es obvio que éstas medidas, si se esperaba que dieran resultados significativos, tendrían que haberse tomado inmediatamente después de que se informara del crimen a las autoridades y tan pronto como comenzara la investigación. El TEDH reitera que es crucial en caso de muertes en situaciones bélicas o contenciosas que se realice pronto una investigación. El paso del tiempo erosiona inevitablemente la cantidad y calidad de las pruebas disponibles y la apariencia de falta de diligencia puede generar dudas sobre la buena fe en la investigación, así como alargar la terrible experiencia de los familiares. Este retraso injustificado no sólo demuestra el fracaso de las actuaciones de las autoridades, sino que constituye un quebrantamiento de su obligación de actuar con diligencia. Asimismo, el TEDH echa en falta que no se realizaran una serie de pasos claves en el procedimiento, tales como la autopsia e informe forense, el interrogatorio de los testigos o la no consideración de los demandantes como víctimas. Por todo ello, el TEDH considera que se ha producido una violación del artículo 2 en su vertiente procedimental.

En cuanto a la vulneración del artículo 2 de la Convención Europea de Derechos Humanos en su vertiente de protección de derecho a la vida, el Tribunal requirió al Gobierno ruso copia del expediente de julio de 2003 para poder pronunciarse. Cuando fue requerido para que lo actualizase a fecha de 2005, el Gobierno acudió al artículo 161 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para rechazarlo. Se limitó a decir que la investigación seguía su curso.

El TEDH reiteró su petición al considerarlo esencial para el procedimiento y aludió, además de al artículo 34 de la CEDH, por el cual los Estados se comprometen a facilitar y hacer posible que el procedimiento ante el TEDH sea efectivo. El TEDH reconoce que es inherente a este tipo de casos, cuando demandantes individuales acusan a agentes del Estado de violar derechos de la CEDH, que en ciertas instancias sólo el Gobierno tenga acceso a información capaz de corroborar o refutar estas alegaciones. La negativa del Gobierno a presentar ese informe que está en sus manos sin dar una explicación satisfactoria, puede no sólo interferir en el procedimiento, sino que también refleja negativamente la posición del Estado en el cumplimiento de sus obligaciones internacionales.

El TEDH considera que las previsiones del artículo 161 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal relativas a la clasificación de documentos en un proceso de investigación ha de tener límites (como se dejó en el *caso*

Mikheyev v. Rusia de 26 de enero de 2006). El Gobierno no especificó la naturaleza de los documentos clasificados y las razones de ello. En otros casos, el TEDH ha hecho requerimientos similares al Gobierno ruso y esos documentos se han entregado sin acudir al citado precepto (*Kashiyev y Akayeva v. Rusia*). Por ello el TEDH considera injustificado el proceder actual.

Con independencia de lo anterior, la importancia del caso es determinar si el Gobierno debe ser o no declarado responsable de los crímenes. El Tribunal apunta que la investigación del caso nunca fue completada y que los responsables individuales nunca fueron identificados. La versión de los hechos sugerida por los demandantes recibió alguna atención por la investigación desarrollada en 2003 sobre la posible participación en combate de fuerzas militares en ese área. No está claro si se logró algún resultado, fundamentalmente por la confusión de fechas. También consta que la investigación tuvo en cuenta otras versiones de los crímenes, como su posible conexión con actividades ilegales o que estuvieran envueltos en enemistades personales, si embargo, dichas insinuaciones no tuvieron soporte testifical o de otro tipo. El Gobierno no proveyó ninguna alternativa más convincente. Los mismos demandantes, comenzando desde el 22 de febrero de 2000, y otros testigos sostuvieron consistentemente dentro del marco de los procedimientos, que los asesinatos habían sido perpetrados por miembros del ejército o fuerzas policiales. Aunque no se pudieron identificar testigos presenciales, la investigación podría haber utilizado otros medios para verificar esta versión. No puede explicarse por qué no se realizó ninguna acción en esta dirección hasta más de tres años después del inicio de la investigación. Una vez tomadas medidas, la Corte no fue informada de su resultado. No hay información relativa a la identificación de los cartuchos y balas encontrados en el lugar del crimen o sobre si se llevó a cabo alguna operación militar o de seguridad en el área en aquellas fechas.

El TEDH señala que las autoridades locales aceptaron la fecha del 5 de febrero de 2000 como la de la muerte, la misma que la señalada por el caso de las acaecida en Aldy. No puede excluirse, indica el Tribunal, por este y otros datos, que todos los crímenes fueran cometidos por los mismos sujetos, aunque el Gobierno lo rechace sin justificación. El TEDH es consciente de la dificultad de probar estos vínculos, sin es que existieron, entre otras cosas porque el Gobierno ruso no aporta cierta documentación.

Sobre la base de todo lo anterior, el TEDH considera que la muerte de los familiares de los demandantes puede ser atribuida al Estado. En ausencia de justificación alguna sobre el uso de fuerza letal por sus agentes, el TEDH encuentra que se ha producido violación del artículo 2 CEDH.

Fallo

El TEDH considera que se ha producido violación del artículo 2 de

la Convención Europea de Derechos Humanos.

Comentario

El TEDH insiste en la necesidad de que el Estado investigue imparcial y exhaustivamente las muertes acaecidas en su territorio, sin importar quién pueda haber sido el autor de los hechos, lo que tiene especial importancia en un caso en el que parece que pueden estar implicados los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado. En relación con lo anterior, el Tribunal hace especial hincapié en la necesidad de que se tramite una investigación pormenorizada de los hechos, la cual conviene, además, que se realice tan pronto como se tenga noticia de las muertes.

3.- INTERDICCIÓN DE LA TORTURA Y DE PENAS O TRATOS INHUMANOS O DEGRADANTES.

A) REFERENCIAS NORMATIVAS

Constitución europea

Artículo 11- 4

Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes.

Convenio de Roma

Artículo 3

Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes.

Constitución española

Artículo 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 o tratos inhumanos o degradantes. Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra.

B) LÍNEA JURISPRUDENCIAL PREVIA

Aunque la redacción del artículo 3 omite el sujeto agente de la oración, la prohibición compromete la responsabilidad de los Estados parte, pudiendo afirmarse que surgen para ellos dos obligaciones genéricas que consisten en no cometer ninguno de los actos prohibidos y en no consentir que éstos se lleven a cabo. Así, este derecho impone al Estado un deber de investigar las denuncias de tortura y de tratos inhumanos o degradantes, incluso cuando han sido infligidos por particulares (STEDH Indelicato c. Italia de 18 de octubre de 2001). Desde un punto de vista territorial, bastará decir que el Tribunal ha afirmado que las obligaciones del Estado únicamente existen en relación con las acciones cometidas dentro de su jurisdicción (Al-Adsani c. Reino

Unido de 21 de noviembre de 2001).

Con los términos "tortura" y "tratos inhumanos o degradantes" no se hace referencia a fenómenos cualitativamente diferentes, sino que se trata de nociones graduadas dentro de una misma escala (STEDH Irlanda c. Reino Unido de 18 de enero de 1978). La conducta contemplada consiste, en todo caso, en infligir un sufrimiento físico o psíquico tendente bien a humillar a la víctima ante los demás o ante sí misma (tratos degradantes), bien a doblegar su voluntad forzándola a actuar contra su conciencia (tratos inhumanos). Así, en esta perspectiva gradualista, la tortura no sería sino la forma agravada y más cruel de los tratos inhumanos o degradantes.

También se reputa tortura toda forma de expulsión, -incluidas la extradición así como la denegación de asilo- a un país donde el expulsado corra el riesgo de ser condenado a la pena de muerte (STEDH Soering c. Reino Unido de 7 de julio de 1989).

No se estima prohibida en sí misma la cadena perpetua, salvo que provoque un grave deterioro del estado de salud del reo, ni se establecen límites para la tipificación interna de las penas privativas de libertad. En este sentido, se ha considerado compatible con el artículo 3 la tipificación de una pena de privación de libertad de duración indeterminada, durante el tiempo que plazca a Su Majestad (during Her Majesty Pleasure) así como el sistema de periodos punitivos que conlleva.

Los malos tratos policiales son injustificables en términos absolutos, por lo que no cabe hacer consideraciones de proporcionalidad ni ponderaciones con otros bienes jurídicos en juego, ni siquiera con intereses vitales del Estado como puede ocurrir en el contexto de la lucha antiterrorista (STEDH Selmounic c. Turquía de 28 de julio de 1999). Cuando hay indicios de malos tratos policiales (heridas, contusiones..) pesa sobre la policía la carga de demostrar la corrección de su actuación (STEDH Ribitsch c. Austria de 4 de diciembre de 1995).

El artículo 3 comprende el derecho de los detenidos a que las condiciones de la privación de libertad sean dignas, de manera que no se someta al interesado a una prueba que exceda del nivel inevitable de sufrimiento inherente a cualquier detención. En este contexto se enmarca la exigencia de cuidados médicos, con especial atención a las personas con problemas mentales (STEDH Slimani c. Francia de 27 de julio de 2004).

El derecho del artículo 3 también puede ponerse en conexión con el artículo 2 del Convenio, que impone a los Estados contratantes no solamente la obligación de no matar, sino también la de adoptar las medidas necesarias para proteger la vida de las personas en el ámbito de su jurisdicción (L.C.B. c. Reino Unido de 9 de junio de 1998). Esta obligación de los Estados contratantes adquiere una dimensión particular cuando se trata de personas detenidas que, por estar bajo el completo control de las autoridades, son especialmente vulnerables. De

ahí que las autoridades tengan el deber de ofrecer explicaciones convincentes en cuanto al origen de las lesiones de los detenidos, obligación especialmente estricta cuando se trata del fallecimiento del detenido. El artículo 3 exige de los Estados la protección de la salud e integridad física de las personas privadas de libertad, especialmente en lo que a la obtención de cuidados médicos respecta. Por eso, el fallecimiento de un detenido en condiciones sospechosas exige la realización de una investigación efectiva. La efectividad requiere en primer lugar que las personas responsables de la investigación sean independientes de las implicadas en los hechos, lo que implica que aquéllas no estén subordinadas jerárquicamente a las últimas. En este sentido y en relación con España, el TEDH ha considerado que el médico forense es un funcionario de la Administración y por lo tanto no independiente (STEDH Martínez Sala y otros c. España de 2 de noviembre de 2004). En segundo lugar, se contribuye a la efectividad cuando las autoridades toman todas las medidas razonables para la obtención de pruebas, ya se trate de testimonios testificales o informes periciales, incluso la realización de autopsias (STEDH Slimani c. Francia de 27 de junio de 2004).

Al amparo de este precepto el TEDH también excluyó que los castigos corporales pudieran ser empleados como sanción penal (STEDH Tyrer c. Reino Unido de 25 de abril de 1978).

Asimismo queda proscrita toda norma que permita el castigo físico en las escuelas (STEDH Campbell c. Reino Unido de 25 de marzo de 1993).

Las conductas contempladas en este precepto no son exclusivamente castigos corporales, ya que el Tribunal también ha considerado trato inhumano prender fuego a la vivienda de una persona, en presencia de su familia y obligándola a abandonar su hogar (STEDH Altun c. Turquía de 1 de junio de 2004).

El tribunal ha estimado que la desaparición de una persona, aun cuando en sí misma no llegue a constituir violación del artículo 3, puede considerarse trato inhumano y degradante en relación con su madre (STEDH Kurt, de 25 de mayo de 1998). Que un familiar de un desaparecido sea o no víctima de un tratamiento contrario al artículo 3 dependerá de factores específicos como la proximidad del parentesco, las circunstancias particulares de la relación, el grado de participación en los hechos y en la búsqueda de información y, sobre todo, la manera en que las autoridades reaccionan ante la angustia e incertidumbre del demandante (STEDH Akdeniz y otros de 31 de mayo de 2001).

C) SENTENCIA ANALIZADA

Título e identificación oficial

Martin c. Reino Unido

40426/98

24 de octubre de 2006

Antecedentes

El caso tiene su origen en una demanda presentada por un nacional del Reino Unido por haber sido juzgado y condenado por un Tribunal Militar. En febrero de 1994 el demandante residía con su familia en Alemania, dónde estaba destinado su padre como miembro del ejército británico. El 8 de febrero de 1994 el demandante fue acusado del asesinato de una joven civil cuyo cuerpo fue hallado en las inmediaciones de la base militar. Según el Convenio entre los Estados Partes del Tratado del Atlántico Norte relativo al estatuto de sus Fuerzas, de 19 de junio de 1951 y la Ley de las Fuerzas Armadas de 1955, como familiar residente con un miembro de las mismas, el demandante estaba sujeto a la ley y a la jurisdicción militar. Antes del comienzo del juicio, el padre del demandante fue destinado a Inglaterra a dónde también regresó este último y donde fue detenido. El padre abandonó las Fuerzas Armadas en noviembre de 1994. El demandante fue trasladado a Alemania para el comienzo del juicio ante el Tribunal Militar que lo condenó por asesinato. Las sucesivas apelaciones, llegando incluso a la Cámara de los Lores, fueron rechazadas, a la vista de lo cual el demandante acudió al Tribunal Europeo de Derechos Humanos alegando la vulneración de los arts. 3 y 6 del Convenio.

Fallo

El Tribunal desestima el recurso en cuanto a la aplicación del artículo 3 y lo estima por considerar vulnerado el artículo 6 del Convenio.

Comentario

Desde el primer momento el demandante sostiene que el enjuiciamiento de un joven civil por un Tribunal militar es injusto, opresivo y constituye un abuso de las reglas de procedimiento. La atmósfera creada ante un Tribunal militar nada tiene que ver con la que impera en un Tribunal ordinario, máxime si se acude al juicio por jurado en el que se requiere una mayoría de doce votos a dos para ser condenado frente a la mayoría simple que basta en un Tribunal militar. A mayor abundamiento, carece de toda lógica hacer regresar al justiciable a Alemania sin que su familia resida ya ahí. Las decisiones de los Tribunales ingleses reconocen una simpatía inicial hacia la causa del demandante, pero todas ellas terminan por reconocer que el procedimiento se ajustaba a Derecho, y tanto nacional como internacional, y que además tiene su lógica en el intento de evitar que los familiares de los militares tengan que cumplir sus condenas en un país que no es el propio. En este caso, el hecho de que el juicio se desarrollara en Alemania, aunque ante un Tribunal militar del Reino Unido, se justificó en los numerosos testigos que no se podían desplazar a otro país simplemente para testificar. Es verdad que el demandante alega ciertas vulneraciones de procedimiento en las que aquí no podemos entrar y por las que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos estima la vulneración del artículo 6 del Convenio. Lo que aquí

destacamos es que según el TEDH el enjuiciamiento de un civil ante un Tribunal militar no implica de por sí un trato inhumano o degradante desde el punto de vista del artículo 3 del Convenio. La demanda no se considera fundada y por lo tanto en este punto se desestima.

4.- PROHIBICIÓN DE LA ESCLAVITUD Y DEL TRABAJO FORZADO.

A) REFERENCIAS NORMATIVAS

Convenio de Roma

Artículo 4

1. Nadie podrá ser sometido a esclavitud o servidumbre.
2. Nadie podrá ser constreñido a realizar un trabajo forzado u obligatorio.
3. No se considerará como trabajo forzado u obligatorio en el sentido del presente artículo:
 - a) Todo trabajo exigido normalmente a una persona privada de libertad en las condiciones previstas por el artículo 5 del presente Convenio o durante su libertad condicional.
 - b) Todo trabajo de carácter militar o, en el caso de objetores de conciencia en los países en que la objeción de conciencia sea reconocida como legítima, cualquier otro servicio sustitutivo del servicio militar obligatorio.
 - c) Todo servicio exigido cuando alguna emergencia o calamidad amenacen la vida o el bienestar de la comunidad.
 - d) Todo trabajo o servicio que forme parte de las obligaciones cívicas normales.

Constitución española

Artículo 25.2

Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados. El condenado a pena de prisión que estuviera cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este Capítulo, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria. En todo caso, tendrá derecho a un trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes a la Seguridad Social, así como al acceso a la cultura y al desarrollo integral de su personalidad.

Constitución europea

Artículo 11-5

1. Nadie podrá ser sometido a esclavitud o servidumbre.

2. Nadie podrá ser constreñido a realizar un trabajo forzado u obligatorio.

3. Se prohíbe la trata de seres humanos.

B) LÍNEA JURISPRUDENCIAL PREVIA

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos no se ha ocupado con frecuencia del análisis detallado del artículo 4 del Convenio, por lo que no se ha generado una jurisprudencia que haya precisado los diferentes ámbitos de su contenido. No obstante, sí ha establecido al respecto que no es contraria al Convenio la exigencia impuesta a los abogados para prestar asistencia jurídica obligatoria o de oficio en los supuestos previstos en las leyes procesales nacionales (Sentencia de 26 y 27 de octubre de 1983 en el asunto Van der Mussele contra Bélgica) y, en la misma línea que tampoco es contraria al artículo 4 la exigencia de realización de trabajos a una persona privada legalmente de libertad siempre que las tareas no excedan de los límites “normales” en la materia y se orienten a facilitar la reinserción social del condenado y siempre que se cuente con base legal suficiente (Sentencia de 24 de junio de 1982 en el asunto Van Droogenbroeck contra Bélgica).

No se ha dictado recientemente ninguna sentencia destacable en relación con este artículo.

5.- DERECHO A LA LIBERTAD Y A LA SEGURIDAD.

A) REFERENCIAS NORMATIVAS

Constitución europea

Artículo 11-6

Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad

Convenio de Roma

Artículo 5

1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, salvo en los casos siguientes y con arreglo al procedimiento establecido por la ley:

- a) Si ha sido privado de libertad legalmente en virtud de una sentencia dictada por un tribunal competente;
- b) Si ha sido detenido o privado de libertad, conforme a derecho, por desobediencia a una orden judicial o para asegurar el cumplimiento de una obligación establecida por la ley;
- c) Si ha sido detenido y privado de libertad, conforme a derecho, para hacerle comparecer ante la autoridad judicial competente, cuando existan indicios racionales de que ha cometido una infracción o que huya después de haberla cometido;

d) Si se trata de la privación de libertad de un menor en virtud de una orden legalmente acordada con el fin de vigilar su educación o de su detención, conforme a derecho, con el fin de hacerle comparecer ante la autoridad competente;

e) Si se trata de la privación de libertad, conforme a derecho, de una persona susceptible de propagar una enfermedad contagiosa, de un enajenado, de un alcohólico, de un toxicómano o de un vagabundo;

f) Si se trata de la detención o de la privación de libertad, conforme a derecho, de una persona para impedir que su entrada ilegal en el territorio o contra la cual esté en curso un procedimiento de expulsión o extradición.

2. Toda persona detenida debe ser informada, en el plazo más breve posible y en una lengua que comprenda, de los motivos de su detención y de cualquier acusación formulada contra ella.

3. Toda persona detenida o privada de libertad en las condiciones previstas en el párrafo 1.c. del presente artículo deberá ser conducida sin dilación a presencia de un juez o de otra autoridad habilitada por la ley para ejercer poderes judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada en un plazo razonable o ser puesta en libertad durante el procedimiento. La puesta en libertad puede ser condicionada a una garantía que asegure la comparecencia del interesado a juicio.

4. Toda persona privada de su libertad mediante detención o internamiento tendrá derecho a presentar un recurso ante un órgano judicial, a fin de que se pronuncie en breve plazo sobre la legalidad de su privación de libertad y ordene su puesta en libertad si fuera ilegal.

5. Toda persona víctima de detención o de una privación de libertad contrarias a las disposiciones de este artículo tendrá derecho a una reparación.

Constitución española

Artículo 17

1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la ley.

2. La detención preventiva no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos, y, en todo caso, en el plazo máximo de setenta y dos horas, el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial.

3. Toda persona detenida debe ser informada de forma inmediata, y de modo que le sea comprensible, de sus derechos y de las razones de su detención, no pudiendo ser obligada a declarar. Se garantiza la

asistencia de abogado al detenido en las diligencias policiales y judiciales, en los términos que la ley establezca.

4. La ley regulará un procedimiento de "habeas corpus" para producir la inmediata puesta a disposición judicial de toda persona detenida ilegalmente. Asimismo, por ley se determinará el plazo máximo de duración de la prisión provisional.

B) LÍNEA JURISPRUDENCIAL PREVIA

Delimitación del contenido

El objetivo principal del artículo 5.1 es la protección frente a las privaciones arbitrarias de libertad en el sentido clásico de libertad física (**STEDH Engel c. Países Bajos de 8 de junio de 1976**). La noción de seguridad que el mismo precepto contempla no ha sido objeto de una interpretación independiente, por lo que el Tribunal considera que la inseguridad generada en las circunstancias personales del demandante cuando no hay un supuesto de privación de libertad no cae dentro del ámbito de aplicación del artículo 5 (**STEDH Altun c. Turquía de 1 de junio de 2004** en relación con el incendio provocado de la vivienda del demandante).

El legislador debe fijar con suficiente precisión y accesibilidad los supuestos y la duración de la privación de libertad. De aquí se sigue que, aunque hayan sido autorizadas o ratificadas por un juez, son ilícitas las privaciones de libertad carentes de cobertura legal (**STEDH Riera Blume c. España de 14 de octubre de 1999**)

El artículo 5.1 contiene una lista exhaustiva de motivos por los que una persona puede ser privada de su libertad. No obstante, nada impide que una detención no pueda encontrar justificación en más de un subapartado (**STEDH Eriksen c. Noruega de 27 de mayo de 1997**). En relación con esto se plantea el problema de las condiciones de la privación de libertad. El TEDH ha venido manteniendo tradicionalmente que tiene que existir una relación entre los motivos de privación de libertad y las condiciones de dicha privación, por lo que en principio, una persona que ha sido considerada enferma mental al amparo del subapartado e) nada más podría ser detenida para ingresar en un hospital, clínica u otra institución apropiada (**STEDH Hutchison Reid c. Reino Unido**). Sin embargo, el Tribunal ha ido matizando al entender que la imposibilidad de ingresar al detenido en una clínica no convierte automáticamente su detención en ilegal, ya que no siempre las autoridades pueden garantizar la existencia de plazas en instituciones apropiadas. Habrá que valorar las circunstancias de cada caso y el equilibrio entre la gestión de los recursos públicos y la necesidad de internamiento (**STEDH Morsink c. Países Bajos de 11 de mayo de 2004**).

En relación con la detención preventiva (artículo 5c) CEDH), indicios racionales son aquéllos idóneos para persuadir a un observador objetivo de que la persona en cuestión puede haber cometido el delito (**STEDH Fox, Campbell y Hartley c. Reino Unido de 30 de agosto**

de 1990).

Por lo que respecta al artículo 5.1 e), la jurisprudencia del TEDH entiende que el término "alcohólico" no puede interpretarse en el sentido estricto y técnico del término, por lo que este precepto también ampara las detenciones de personas que, aunque no hayan sido diagnosticadas como "alcohólicas", con su conducta y comportamiento bajo la influencia del alcohol, pueden representar una amenaza para el orden público o para ellas mismas. Lo que no permite este precepto es la detención por la mera ingestión de alcohol, por lo que la conducta del detenido se constituye en el aspecto decisivo. Para que la detención se ajuste al Convenio no solamente es necesario que no sea arbitraria, sino que se requiere además que no haya sido posible la adopción de medidas menos severas (**STEDH Hilda Hofsteindottir c. Islandia de 8 de junio de 2004**).

Por lo que respecta al internamiento por razones psiquiátricas, el TEDH exige que las órdenes de internamiento sean revisadas periódicamente (**STEDH Matter c. Eslovaquia de 5 de julio de 1999**). Recuerda que el cumplimiento del artículo 5.1 e) del Convenio requiere que la enajenación del afectado se haya constatado previamente, salvo casos de urgencia, por un informe médico objetivo, sin que quepa prolongar la privación de libertad más allá de la subsistencia del problema (STEDH Johnson c. Reino Unido de 24 de octubre de 1997). Solamente en supuestos en los que la detención se haya producido por un comportamiento violento resulta aceptable que la consulta médica se efectúe inmediatamente después de la detención. Asimismo se acepta que ante la negativa del interesado a presentarse al examen médico el informe se realice a partir de la información que conste en el expediente (STEDH R.L. et M.-J.D. c. Francia de 19 de mayo de 2004).

La ausencia de datos registrados, tales como la fecha, la hora y el lugar de la detención, el nombre del detenido, así como los motivos de la privación de libertad y el nombre de la persona que la realizó muestran la naturaleza imprecisa y poco fiable de los registros de detención preventiva, lo que debe considerarse incompatible con el fin mismo del artículo 5 del Convenio (**STEDH Ipek c. Turquía de 17 de febrero de 2004**).

La duración de la detención preventiva no puede durar más del tiempo estrictamente necesario para el esclarecimiento de los hechos (**STEDH Günay c. Turquía de 27 de septiembre de 2001**).

El párrafo tercero, garantiza el control judicial de la detención al señalar que la persona detenida "deberá ser conducida sin dilación a presencia de un juez o de otra autoridad habilitada por la ley para ejercer poderes judiciales". La "dilación" ha de valorarse en cada caso, a pesar de lo cual los Estados apenas tienen margen de interpretación. En algunos casos, como en materia terrorista, el Tribunal ha sido comprensivo con las dificultades que plantea la investigación, pero

siempre subrayando que los Estados no tienen carta blanca (**STEDH Murray c. Reino Unido de 28 de octubre de 1994**).

Por otro lado, el TEDH señala que el hecho de que el detenido no sea conducido a disposición judicial no significa que se haya vulnerado el artículo 5.3, ya que no puede haber violación de dicho precepto si el detenido ha sido liberado con celeridad. El Tribunal ha considerado que la liberación después de tres días de detención sin control judicial no infringe el artículo 5.3 (**STEDH Ikincisoy c. Turquía de 24 de julio de 2004**), mientras que cuatro días y seis horas de detención sin control judicial sí que supone la vulneración del artículo 5.3 (**STEDH Brogan y otros c. Reino Unido de 29 de noviembre de 1998**). En general, lo razonable del período de detención no puede afirmarse in abstracto, ya que depende de las circunstancias del caso, de la motivación de las decisiones de las autoridades domésticas y de la prueba de los hechos alegados por el recurrente. La detención continuada únicamente puede justificarse por razones de interés público y buscando el equilibrio con el respeto de la libertad individual (**STEDH Cevizovic c. Alemania de 29 de julio de 2004**).

En cuanto a la prisión provisional, cualquier opción legislativa en cuanto a su duración habrá de superar el principio de proporcionalidad y, en concreto, deberá tomar en consideración la gravedad del delito imputado y, probablemente, graduar la duración máxima según la gravedad de los distintos delitos (**STEDH Neumeister c. Austria de 27 de junio de 1968**). La gravedad del delito debe ser por lo tanto un elemento modulador de la prisión provisional, pero no puede ser el factor determinante de la misma. En la sentencia **Ilijkov c. Bulgaria de 26 de julio de 2001** el Tribunal declaró contrarias al Convenio la legislación y práctica forense estableciendo la necesidad de acordar la prisión provisional siempre que la pena superase una cierta gravedad, salvo circunstancias muy excepcionales cuya concurrencia había de ser probada por el reo. Así ha vuelto a apreciarlo el TEDH en la sentencia **Nikolova c. Bulgaria de 30 de septiembre de 2004**, en la que además el Tribunal subraya que el arresto domiciliario está sometido a las condiciones del artículo 5.3 del Convenio.

Aunque no siempre es necesario que el procedimiento a que se refiere el artículo 5.4 del Convenio vaya acompañado de las mismas garantías que el procedimiento enmarcable en el artículo 6, sí que es esencial que la persona afectada haya tenido la oportunidad de ser oída, ya sea ella misma o a través de representante, sin que la posibilidad de apelar sustituya la necesidad de dicha audiencia (**STEDH Frommelt c. Liechtenstein de 24 de junio de 2004**), la cual es especialmente necesaria cuando el motivo de revisión es el mal estado de salud del detenido (**STEDH M.B. c. Polonia de 27 de abril de 2004**). Además, el procedimiento en cuestión tiene que tener un carácter judicial, ser contradictorio y garantizar la igualdad de armas.

El artículo 5.4 ampara asimismo la revisión de condena (**Hill c. Reino Unido de 27 de abril de 2004**).

Este precepto guarda además relación con el artículo 5.3, ya que si no se constata vulneración de este último por haber sido liberado el detenido en un plazo razonable, tampoco será de aplicación el artículo 5.4 (**STEDH Ikincisoy c. Turquía de 27 de julio de 2004**).

En general en cuanto a los supuestos de privación de libertad, el TEDH no sólo exige que se respete el *numerus clausus* del artículo 5 del CEDH, sino que exige, además, que en el caso concreto sea respetado el principio de proporcionalidad.

La reparación a que se refiere el artículo 5.5 únicamente procede en aquellos supuestos en los que se haya constatado una detención contraria a lo dispuesto en algunos de los restantes apartados del artículo 5 (**STEDH Benham c. Reino Unido de 10 de junio de 1996**).

C) SENTENCIA ANALIZADA

Título e identificación oficial

Komarova c. Rusia.

19126/02.

2 de noviembre de 2006.

Antecedentes

Entre 1991 y 1998, la demandante, ciudadana de la Federación Rusa, trabajó como contable en la compañía privada Gatchina. El 2 de julio de 1998 la policía local abrió una investigación contra el demandante por apropiación indebida de haberes de la empresa. El 24 de julio de ese mismo año se presentaron los cargos formalmente. El 22 de julio se ordenó la detención de la demandante durante el desarrollo de la investigación. El 22 de junio de 1999 prosperan los recursos de la demandante, sustituyendo por motivos de salud la detención por la obligación de no abandonar su lugar de residencia. El 13 de junio de 1999 el instructor abre una nueva investigación criminal que se acumula a la anterior, aunque esta vez por fraude. A partir del 29 de marzo del año 2000 la investigación se suspende en diversas ocasiones por hospitalización de la demandante, quien no puede empezar con el estudio del expediente hasta octubre. El 27 de octubre el instructor, temiendo que la demandante genere un excesivo retraso, fija como fecha tope para el estudio del expediente el 27 de diciembre, plazo que se amplía al 24 de febrero de 2001. El 28 de febrero se da por finalizada la instrucción y el 1 de marzo se da traslado del caso al Tribunal de Distrito de Yaroslavl acusándose a la demandante de fraude. El procedimiento dura más de cuatro años ya que el 28 de julio de 2005 el Tribunal de Distrito dicta sentencia condenatoria y el 28 de octubre el Tribunal Regional dicta sentencia estimando el recurso de apelación y devolviendo los autos al tribunal de instancia para nuevo examen. En el momento de dictarse esta sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos el proceso seguía pendiente. El demandante alega principalmente la vulneración del artículo 6 del Convenio, pero también de los artículos 3 y 5.

Fallo

El Tribunal estima la demanda en lo que respecta al artículo 6, pero la desestima en cuanto a los artículos 3 y 5.

Comentario

Llama la atención esta sentencia por la breve y escueta argumentación desestimando la queja de vulneración del artículo 5. La situación, como hemos expuesto en los antecedentes, es esencialmente la de una imputada que es puesta en libertad por motivos de salud, adoptando posteriormente el Estado una medida más liviana como es la prohibición de abandonar el lugar de residencia, lo que todavía duraba hasta la fecha de la sentencia del TEDH, es decir, por lo menos siete años y dos meses. Pues bien, desde el punto de vista del Tribunal, estamos ante una medida mínimamente restrictiva de la libertad, por lo que, unido al hecho de que la demandante en ningún momento presentó una solicitud para abandonar su lugar de residencia y unido también a la consideración de que la duración de esta medida no puede considerarse injustificadamente larga, no hay vulneración del artículo 5.

6.- DERECHO AL PROCESO EQUITATIVO.

A) REFERENCIAS NORMATIVAS

Convenio europeo

Artículo 6

1. Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella. La sentencia debe ser pronunciada públicamente, pero el acceso a la sala de audiencia puede ser prohibido a la prensa y al público durante la totalidad o parte del proceso en interés de la moralidad, del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes en el proceso así lo exijan o en la medida considerada necesaria por el tribunal, cuando en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia.

2. Toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada.

3. Todo acusado tiene, como mínimo, los siguientes derechos:

- a) A ser informado en el más breve plazo, en una lengua que comprenda y detalladamente, de la naturaleza y de la causa de la acusación formulada contra él.
- b) A disponer del tiempo y de las facilidades necesarias para la preparación de su defensa.

- c) A defenderse por sí mismo o a ser asistido por un defensor de su elección y, si no tiene medios para pagarlo, poder ser asistido gratuitamente por un abogado de oficio, cuando los intereses de la justicia lo exijan.
- d) A interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren contra él y a obtener la citación y el interrogatorio de los testigos que declaren en su favor en las mismas condiciones que los testigos que lo hagan en su contra.
- e) A ser asistido gratuitamente de un intérprete si no comprende o no habla la lengua empleada en la audiencia.

Constitución española

Artículo 24

1. Todas las personas tienen el derecho a obtener la tutela judicial efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso pueda producirse indefensión.

2. Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia.

La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos.

Constitución europea

Artículo 11-47

Toda persona cuyos derechos y libertades garantizados por el Derecho de la Unión hayan sido violados tiene derecho a la tutela judicial efectiva en las condiciones establecidas en el presente artículo.

Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa y públicamente y dentro de un plazo razonable por un juez independiente e imparcial, establecido previamente por la ley. Toda persona podrá hacerse aconsejar, defender y representar.

Se prestará asistencia jurídica gratuita a quienes no dispongan de recursos suficientes siempre y cuando dicha asistencia sea necesaria para garantizar la efectividad del acceso a la justicia.

Artículo 11-48

1. Todo acusado se presume inocente mientras su culpabilidad no haya sido declarada legalmente.

2. Se garantiza a todo acusado el respeto de los derechos de defensa.

B) LÍNEA JURISPRUDENCIAL PREVIA

Delimitación del contenido

1. Tutela judicial efectiva. Acceso a la jurisdicción: Todo derecho o interés legítimo debe poder hacerse valer, llegado el caso, en un proceso ante un verdadero tribunal que se caracteriza en el sentido material por su papel jurisdiccional: resolver, basándose en normas de derecho y al final de un procedimiento organizado, toda cuestión que dependa de su competencia. (S. de 27 de agosto de 1991, asunto Demicoli contra Malta). De ello se deriva el principio *pro actione*, que establece el deber de interpretar y aplicar las leyes procesales de la manera más favorable para la efectiva iniciación del proceso, evitándose los formalismos enervantes. (S. de 15 de octubre de 2002, asunto Cañete Goñi contra España). No obstante, el derecho de acceso a un tribunal no es absoluto y se presta a limitaciones implícitamente admitidas, si bien exigen una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el fin contemplado. (S. de 28 de octubre de 1998, en demanda 23452/1994 de varios ciudadanos británicos contra el Reino Unido). **Prohibición de indefensión:** Sería contrario al derecho a un proceso equitativo que el Estado alterara las normas jurídicas aplicables a un proceso en curso, especialmente cuando él mismo es parte (Sentencia Zielinski contra Francia de 28 de octubre de 1999). Pueden exigirse garantías procesales especiales para proteger a los que debido a sus trastornos mentales no son completamente capaces de obrar por cuenta propia (Sentencia Vaudelle contra Francia de 30 de enero de 2001). Se produce indefensión cuando un primer abogado de oficio y luego un sustituto no realizaron una defensa concreta y efectiva; en el primer caso por inactividad, y en el segundo, por conocer su designación pocos días antes de la apertura de un proceso para un asunto grave y complejo (Sentencia nº 795/1998, de 21 de abril, en asunto 22600/1993). **Derecho a la utilización de los recursos existentes en las leyes procesales:** El Convenio no obliga a los Estados contratantes a crear tribunales de apelación o de casación: si existen, son aplicables las garantías del artículo 6. El derecho de acceso a un tribunal no es absoluto y se presta a limitaciones implícitamente admitidas, sobre todo en cuanto a las condiciones de admisibilidad de un recurso: exigen una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el fin contemplado. Se produce vulneración del artículo 6 cuando se exige consignación previa de la cantidad de la condena a quien había solicitado el beneficio de justicia gratuita, no otorgado en tiempo útil por negligencia judicial, inadmitiéndole el recurso (Sentencia García Manibardo contra España, de 15 de febrero de 2000). No se produce violación del Convenio cuando se deniega la asistencia jurídica para recurrir en casación debido a la ausencia de un motivo de casación serio (Sentencia de 26 de febrero de 2002, en asunto nº 49384/1999). **Intangibilidad de las resoluciones judiciales:** La intangibilidad del fallo judicial es un elemento esencial de la preeminencia del derecho y exige que la solución dada de forma

definitiva a todos los litigios por los Tribunales no sea puesta en discusión. Se produce violación del artículo 6 con la anulación de una sentencia con efecto de cosa juzgada que restituía la propiedad de una vivienda previamente nacionalizada (Sentencia de 28 de octubre de 1999, en asunto nº 28342/1995 contra República de Rumanía).

II. Garantías genéricas de todo proceso. Imparcialidad del Tribunal: Un Tribunal se caracteriza en el sentido material por su papel jurisdiccional (...) y también debe reunir otra serie de condiciones - independencia, concretamente respecto del ejecutivo, la imparcialidad, duración del mandato de los miembros, garantías del procedimiento- que muchas de ellas figuran en el propio texto del artículo 6.1 (Sentencia de 27 de agosto de 1991, asunto Demicoli contra Malta). Para establecer si un Tribunal puede ser considerado independiente, la Sentencia Thaler contra Austria de 3 de febrero de 2005 establece que se deben tener en cuenta, entre otras cosas, la forma en que se designan sus miembros, la duración del cargo, la existencia de garantías contra presiones externas y la cuestión de si el organismo tiene una apariencia de independencia. Se produce violación del Convenio por falta de imparcialidad del Tribunal dado el importante papel jugado por un juez militar al juzgar a un civil por un delito de difusión de propaganda tendente a perjudicar la integridad del Estado (Sentencia de 8 de julio de 1999, en asunto nº 26682/1995 en demanda de un ciudadano turco contra Turquía). La noción de imparcialidad tiene una doble vertiente: *subjetiva*, que trata de averiguar la relación personal de un juez concreto en una determinada circunstancia y *objetiva*, tendente a asegurar que el Tribunal ofrece las garantías suficientes para excluir cualquier duda razonable (Sentencia de 4 de abril de 2000, asunto nº 30342/1996, en demanda de empresa navieras griegas contra Grecia). En el supuesto de la existencia en la composición de un Tribunal de un juez militar en juicio por delito de difusión de propaganda tendente a perjudicar la integridad del Estado, se producen dudas razonables y objetivamente justificadas sobre la imparcialidad e independencia del Tribunal y, por lo tanto, existe violación del Convenio (Sentencia de 7 de febrero de 2002, en asunto nº 28496/1995, en demanda de un ciudadana turca contra Turquía). El principio de preeminencia del derecho y la noción del proceso justo impiden la injerencia del poder legislativo en la Administración de la justicia con el fin de influir en el desenlace de un litigio en el que el Estado es parte (Sentencia de 28 de marzo de 2000, asunto Georgiadis contra Grecia). La *teoría de las apariencias* ha de ser tenida en cuenta: al expresarse públicamente sobre el rechazo o admisión de los medios presentados por una de las partes, podría legítimamente considerarse que... (un juez)... ha tomado partido por una de las partes (Sentencia de 21 de marzo de 2002, asunto APBP contra Francia). No es imparcial el juez que participa en la elaboración de normas, incluso de rango reglamentario (Sentencia Mc Gonnell contra Reino Unido, de 8 de febrero de 2000). No es imparcial un juez que ha sido nombrado por una autoridad militar que puede rehusar su sentencia (Sentencia

Wilkinson y Allen contra Reino Unido, de 6 de febrero de 2001). Se vulnera la imparcialidad e independencia cuando los miembros de un Consejo Regional eran nombrados por órganos a los que estaban estrechamente vinculados, órganos que habían llegado a un acuerdo sobre las orientaciones impugnadas en aquel asunto (Sentencia Thaler contra Austria). **Derecho a la publicidad del proceso:** El legislador sólo podrá permitir que ciertas actuaciones judiciales sean secretas en la medida en que así lo exijan otros derechos fundamentales o valores constitucionales relevantes (Sentencia Guisset contra Francia de 26 de septiembre de 2000). **Derecho a la asistencia de abogado:** El nombramiento de un abogado no garantiza, por sí mismo, la efectividad de la asistencia que puede proporcionar al acusado (Sentencia de 21 de abril de 1998, asunto nº 22600/1993, en demanda de un ciudadano argentino contra Portugal). Cuando está en juego la privación de libertad, el interés de la justicia exige en principio la representación letrada (Sentencia Beet y otros contra Reino Unido, de 1 de marzo de 2005). Incluso los que se hallan en rebeldía tienen derecho a la asistencia letrada (Sentencia Karatas y Sari contra Francia, de 16 de mayo de 2002). No hay violación del artículo 6 cuando el demandante contribuyó en gran medida a crear la situación que le impidió comparecer ante el Tribunal que le condenó en rebeldía, estando representado por sus abogados (Sentencia Medenica contra Suiza, de 14 de julio de 2001). **Derecho a un proceso sin dilaciones indebidas:** Sobre la apreciación de un plazo razonable en la duración del proceso es necesario tomar en consideración tres factores: complejidad del asunto, comportamiento del litigante y de los órganos judiciales (*Sentencia de 8 de febrero de 2000 contra República Eslovena en Demanda nº 28400/1995*). En materia penal, el período a considerar desde el punto de vista del "plazo razonable" del artículo 6.1 se inicia en el instante en que una persona es "acusada"; se puede tratar de una fecha anterior a la de la interposición de un asunto ante el tribunal sentenciador, principalmente la de arresto, la de la acusación o la de la apertura de diligencia previas. La "acusación" en el sentido del artículo 6.1 puede definirse "como la notificación oficial, que emana de una autoridad competente, del reproche de haber llevado a cabo una infracción penal", idea que corresponde también a la noción de "repercusiones importantes sobre la situación" del sospecho (*Sentencia de 27 de noviembre de 2003, en asunto Slimane-Kaid contra Francia*). Especial importancia tiene el retraso provocado por el Tribunal de Vigilancia Penitenciaria a la hora de resolver un recurso interpuesto por un sujeto que se encuentra en régimen de prisión especial, pues incide sobre los derechos del preso y afecta a la validez limitada en el tiempo de la decisión recurrida (*Sentencia Bifulco contra Italia, de 8 de febrero de 2005*). Los períodos de inactividad de las autoridades pueden repercutir de forma considerable en la duración del procedimiento y, por tanto, violar el artículo 6.1 (*Sentencia Beller contra Polonia de 1 de febrero de 2005*). En todo caso, el derecho amparado por el artículo 6.1 del Convenio exige que los Estados introduzcan en su legislación un

“recurso efectivo” frente a las dilaciones indebidas (*Sentencia de 26 de octubre de 2000, en asunto Kudla contra Polonia*). **Derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa:** La admisibilidad de las pruebas depende, en primer lugar, de las reglas del derecho interno: la tarea del Tribunal consiste en averiguar si el procedimiento examinado en su conjunto, teniendo también en cuenta el modo de presentación de los medios de prueba, ha revestido un carácter equitativo (*Sentencia nú, 828/1997, de 9 de junio, contra Portugal, en Demanda núm. 25829/1994*). Existe violación del Convenio en una condena basada en declaraciones de la denunciante recogidas por la policía y no por el juez, que ni el acusado ni su abogado tuvieron ocasión de rebatir (*Sentencia de 19 de diciembre de 1990, contra Francia, en demanda núm. 11444/1985*).

III. Garantías específicas del proceso penal. Medios de prueba obtenidos ilícitamente: Mientras que el derecho a permanecer en silencio frente a la acusación está en principio destinado a proteger contra la coacción incorrecta por parte de las autoridades y la obtención de pruebas mediante métodos de coacción o de opresión en contra de la voluntad del acusado, el ámbito del derecho no está limitado a los casos en que se ha ejercido coacción contra sobre el acusado o en los que la voluntad del acusado no ha sido tenida en cuenta. El derecho, que el Tribunal ha señalado anteriormente que se encuentra en el núcleo de la noción de juicio equitativo, sirve en principio para proteger la libertad de un sospechoso a elegir si hablar o permanecer en silencio ante un interrogatorio de la policía. Dicha libertad de elección no es efectivamente respetada en el caso en que, habiendo el sospecho optado por permanecer en silencio durante el interrogatorio las autoridades utilizan un subterfugio para provocar por parte del sospechoso confesiones u otras afirmaciones de naturaleza incriminatoria que no han podido obtener durante los interrogatorios y cuando las confesiones o afirmaciones así obtenidas son presentadas como pruebas en juicio (*Sentencia de 5 de noviembre de 1999, en el asunto Allan contra el Reino Unido*). Respecto a lo obtención e pruebas mediante “agentes infiltrados” ha de señalarse que el Convenio no impide apoyarse, en la fase de la instrucción preparatoria y siempre que la naturaleza de la infracción lo pueda justificar, sobre medios tales como confidentes ocultos, pero su posterior utilización por el Juez para justificar una condena representa un problema diferente; las exigencias generales de equidad consagradas en el artículo 6 se aplican a los procedimientos relativos a todos los tipos de infracción criminal, de la más simple a la más compleja: el interés público no podría justificar la utilización de elementos de prueba reunidos tras una provocación policial (*Sentencia 828/1997, de 9 de junio, contra Portugal, en demanda núm. 25829/1994*). **Pruebas de referencia:** El “testimonio del coimputado” sólo es admisible como prueba de cargo cuando existe algún otro medio de prueba que lo corrobore (*Sentencia de 5 de diciembre de 2002, en asunto Craxi contra República Italiana*). **Principio acusatorio:** El principio acusatorio impide condenar cuando

el tribunal penal cambia la calificación que el acusador ha dado a los hechos sin informar previamente al acusado y, por tanto, sin darle la posibilidad de defenderse)Sentencia de 21 de marzo de 1999, en asunto Pelissier contra Francia).

C) SENTENCIA ANALIZADA

Sentencia de 18 de octubre de 2006 en el caso Hermi v. Italia.
Demanda nº 18114/02.

Hechos

El 28 de noviembre de 1999, el demandante, ciudadano tunecino, fue descubierto en posesión de un paquete que contenía 485 gramos de heroína, razón por la que fue arrestado por los carabinieri de Roma. Se instruyó un procedimiento contra él por tráfico de drogas. El 23 de diciembre de 1999, el demandante nombró dos abogados de su propia elección, el Sr. Marini y la Sra. Puccinelli.

El acusado tenía antecedentes penales puesto que había sido identificado por las autoridades policiales romanas por primera vez el 15 de septiembre de 1990 en conexión con una investigación de tráfico de drogas. Posteriormente, la Policía había tomado sus huellas al menos en siete ocasiones más, la última el 26 de abril de 1999, cuando fue arrestado por conducir un vehículo robado.

El 25 de febrero de 2000, el demandante mantuvo una entrevista privada con sus abogados antes de la audiencia pública. La grabación de aquella audiencia muestra que no hubo ningún intérprete presente. El hoy demandante mantuvo que había entendido los cargos imputados y las pruebas contra él y que sabía hablar italiano. Por todo ello, él solicitó la adopción del procedimiento sumario previsto en los artículos 430 a 443 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECr). Sus abogados pidieron que la detención de su cliente previa a la celebración del juicio fuera reemplazada por arresto domiciliario. El juez que celebró la audiencia preliminar, a la vista de los cargos y pruebas, determinó que se siguiera el procedimiento sumario.

Hubo una audiencia posterior, el 24 de marzo de 2000, en la que el demandante estuvo presente con sus abogados. La grabación de la misma muestra que el demandante habla italiano, circunstancia que quedó acreditada también al tenerse conocimiento de varias cartas manuscritas por él en italiano y enviadas al Tribunal de Viterbo y a la Corte de Casación (esta en marzo de 2004).

Uno de sus abogados solicitó que su cliente fuera puesto en libertad, puesto que las drogas encontradas eran para su consumo personal. En el juicio se sentenció al demandante a seis años de prisión y una multa de 20.658 euros, sobre la base de que la cantidad de drogas permitida para consumo personal no debe exceder de la necesaria para el consumo inmediato. En el momento del arresto, sin embargo, el demandante tenía en su poder una cantidad

correspondiente a más de 8.000 dosis.

Esta sentencia fue apelada por el demandante, quien reiteró los argumentos aducidos en primera instancia. Consideró que interpretar la ley de drogas en el sentido de penalizar al consumidor de las mismas es contrario a lo previsto en la Constitución italiana.

El 1 de septiembre de 2000, se notificó al abogado Marini que la audiencia de apelación se celebraría el 3 de noviembre de 2000. El demandante, que estaba en la prisión de Roma, fue también notificado el mismo día, mediante una carta titulada "decreto de citación para el juicio de apelación ante la Corte en Consejo". Entre el 1 de septiembre de 2000 y el día de la audiencia, el demandante no tuvo contacto con sus abogados. El 23 de octubre del mismo año, los abogados presentaron un alegato ante la Corte de Apelación de Roma. En él sostuvieron que no existían pruebas de que las drogas estuvieran destinadas a la venta, por lo que los jueces deberían haber aceptado la afirmación del demandante de que eran para su consumo personal. Además, los análisis químicos de las drogas se hicieron por la policía sin que los abogados del demandante estuvieran presentes, por lo que eran nulos. El juicio en primera instancia también omitió pronunciarse sobre la objeción de inconstitucionalidad alegada. Todo lo anterior llevó a los abogados a solicitar una reducción de la pena.

En la audiencia de 3 de noviembre de 2000, el abogado Marini solicitó una suspensión de la audiencia, sobre la base de que la otra abogada estaba enferma. La Corte de Apelación rechazó la solicitud. El Sr. Marini se opuso a la continuación del procedimiento en tanto no estuviera presente su cliente. También la Corte de Apelación rechazó esta solicitud, pues consideró que el hoy demandante no había informado a las autoridades que deseaba participar directamente en el procedimiento de apelación. La apelación concluyó con la confirmación de la sentencia de primera instancia.

El demandante recurrió en casación, alegando, *inter alia*, que los jueces de apelación no le permitieron acudir al juicio y que la notificación para comparecer no se había traducido al árabe.

En juicio celebrado el 24 de enero de 2002, la Corte de Casación desestimó la apelación. Consideró que ni la CEDH ni la LECr requerían que los documentos procesales fueran traducidos a la lengua del acusado en Italia. Sin embargo, el hoy demandante tenía el derecho de estar asistido gratuitamente por un intérprete, a los efectos de comprender los cargos formulados contra él y seguir el progreso del procedimiento. Asimismo, la Corte de Casación observó que la presencia del demandante no era necesaria en un procedimiento sumario y más cuando el hoy demandante no había formulado su deseo de comparecer.

El 4 de julio de 2003, el Tribunal de Roma responsable de la ejecución de la sentencia, autorizó al ahora demandante que cumpliera lo que le quedaba de pena bajo arresto domiciliario. En esta ocasión, él firmó el informe aceptando los términos de su arresto domiciliario.

Legislación nacional aplicable

Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Fundamentos de Derecho

a) Alegaciones de las partes

El demandante sostiene que cualquier procedimiento debe ser público y debe realizarse en presencia del inculcado para que pueda defenderse. Asimismo, considera que deberían haberse admitido las nuevas pruebas propuestas en la apelación y que debería habersele notificado la celebración de la audiencia en un documento escrito en alguna de las lenguas que el entonces acusado decía entender. Por todo ello, opina que se ha vulnerado el artículo 6 de la CEDH.

El Gobierno apuntó que el procedimiento de apelación había seguido los trámites del proceso sumario, un tipo simplificado y que presenta ciertas ventajas para el acusado, si bien la presencia del inculcado en el juicio se reduce. Bajo la legislación italiana, los derechos de defensa no pueden ser ejercidos conjuntamente por el demandado y sus representantes, la defensa técnica sostenida por el abogado se consideró de la mayor importancia. Esto es particularmente cierto en casos como este en los que el acusado ha sido arrestado en flagrante delito. El acusado nunca intentó negar el delito y no protestó por la adopción del procedimiento sumario.

b) Apreciaciones del Tribunal

El TEDH constata que el acusado estuvo presente en las audiencias del procedimiento en primera instancia, que si bien no fueron públicas, siguieron los cauces previstos para el procedimiento sumario solicitado por el acusado. El Tribunal considera que el acusado, asesorado por dos abogados libremente elegidos, conoció en todo momento lo que implicaba este tipo de procedimiento. Es más, el TEDH opina que el caso no suscitaba ninguna cuestión de interés público que requiriese más garantías. Por todo lo anterior, el Tribunal dice que el hecho de que las audiencias celebradas en primera y segunda instancia no fueran públicas, y por ello no asistieran otras personas, no puede llevar a concluir que se ha vulnerado la Convención Europea de Derechos Humanos.

En cuanto a si era necesaria la presencia del hoy demandante en la audiencia de 3 de noviembre de 2000 ante la Corte de Apelación, el TEDH dijo que conforme a la legislación italiana podía haber estado, siempre y cuando lo hubiera solicitado. Ahora bien, esto no implica que la presencia de los acusados en los procesos de apelación sea un requisito requerido por el artículo 6 de la CEDH. En el presente caso, además, la apelación se limitó a los mismos argumentos dados en la primera instancia.

Finalmente, el TEDH opina que a la vista de las pruebas presentadas, el entonces acusado hablaba suficientemente bien el italiano para poder comprender lo que se le decía en la citación para la

audiencia de apelación. Recuerda el Tribunal que el artículo 6 de la Convención reconoce el derecho de toda persona de defenderse ante cualquier acusación criminal, bien personalmente, bien por medio de abogado. Deja que la legislación de cada Estado determine la forma de defensa, siempre y cuando la misma sea efectiva. Si el acusado había nombrado abogados, no puede hacerse al Estado responsable de los defectos de la defensa efectuada.. En el presente caso, el acusado en ningún momento alertó a las autoridades de las dificultades encontradas en la preparación de su defensa.

Fallo

Por todo ello, el TEDH concluye que no se ha producido una violación del artículo 6 de la Convención Europea de Derechos Humanos.

Comentario

El TEDH es firme en reconocer la necesidad de que los Estados garanticen a los acusados los mecanismos necesarios para que puedan realizar una defensa efectiva de sus derechos. Recuerda que si bien la publicidad de las audiencias ante los Tribunales ha de ser la norma general, pueden establecerse excepciones justificadas a esta regla, siempre y cuando no mermen los derechos fundamentales de los implicados. También considera esencial que el acusado entienda los cargos y actuaciones que se realizan en todo proceso judicial, para lo cual bastará con que o bien entienda la lengua del procedimiento, o bien se le faciliten los medios para que sean traducidas dichas actuaciones si fuera solicitado.

7.- PRINCIPIO DE LEGALIDAD PENAL.

A) REFERENCIAS NORMATIVAS

Constitución europea

Artículo 11- 49

1. Nadie podrá ser condenado por una acción u omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el Derecho interno o el Derecho internacional. Del mismo modo no podrá imponerse una pena más grave que la aplicable en el momento en que la infracción haya sido cometida. Si con posterioridad a la infracción la ley dispone una pena más leve, deberá aplicarse ésta.

2. El presente artículo se aplicará sin perjuicio de que se juzgue y castigue a una persona culpable de una acción o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, fuera constitutiva de delito según los principios generales reconocidos por el conjunto de las naciones.

3. La intensidad de las penas no deberá ser desproporcionada en relación con la infracción.

Convenio de Roma

Artículo 7

1. Nadie podrá ser condenado por una acción u omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el derecho nacional o internacional. Igualmente no podrá ser impuesta una pena más grave que la aplicable en el momento en que la infracción haya sido cometida.

2. El presente artículo no impedirá el juicio o la condena de una persona culpable de una acción o de una omisión que, en el momento de su comisión, constituía delito según los principios generales del Derecho reconocidos por las naciones civilizadas.

Protocolo núm. 7, artículo 4

“Nadie podrá ser perseguido o castigado penalmente por los tribunales del mismo Estado en razón de una infracción por la que hubiese sido ya absuelto o condenado por sentencia firme conforme a la Ley y al procedimiento penal de ese Estado”

Constitución española

Artículo 25

1. Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento.

B) LÍNEA JURISPRUDENCIAL PREVIA

Delimitación del contenido

La garantía que consagra el artículo 7, elemento esencial de la preeminencia del Derecho, ocupa un lugar primordial en el sistema de protección del Convenio, como atestigua el hecho de que el artículo 15 no autoriza ninguna derogación del mismo en tiempo de guerra u otro peligro público. Como se deriva de su objeto y de su finalidad, debe ser interpretado y aplicado de manera que se garantice una protección efectiva contra las diligencias, las condenas y las sanciones arbitrarias.

No se limita a prohibir la aplicación retroactiva del derecho penal con desventaja para el acusado, sino que consagra de manera más general el principio de la legalidad de los delitos y las penas (“*nullum crimen, nulla poena sine lege*”) y el que ordena no aplicar la Ley penal de manera extensiva en desventaja del acusado, principalmente por analogía. De ello resulta que un delito debe estar claramente definido por la Ley. Esta condición se encuentra cumplida cuando el justiciable puede saber, a partir de la redacción de la disposición pertinente y, si fuera necesario, con ayuda de su interpretación por parte de los Tribunales, qué actos u omisiones comprometen su responsabilidad penal. El tribunal ha indicado que la noción de “Derecho” (law) utilizada en el artículo 7 corresponde a la de “Ley” que figura en otros artículos del Convenio, noción que engloba el Derecho escrito y el no escrito e implica condiciones cualitativas, entre otras las de accesibilidad y previsibilidad, todo ello sin perjuicio de que en ocasiones haya que

acudir al asesoramiento de profesionales para evaluar de forma razonable las consecuencias de un determinado acto (**STEDH Tolstoy Miloslavsky c. Reino Unido de 13 de julio de 1995**). Por otro lado, está sólidamente establecido en la tradición jurídica de los Estados partes del Convenio que la jurisprudencia, en tanto que fuente del Derecho, contribuye necesariamente a la evolución progresiva del Derecho penal, por lo que no se puede interpretar el artículo 7 del Convenio como proscribiendo la clarificación gradual de las normas de responsabilidad penal mediante la interpretación judicial de un asunto a otro, a condición de que el resultado sea coherente con la sustancia de la infracción y razonablemente previsible. Esta noción se aplica en principio a la evolución progresiva de la jurisprudencia en un mismo Estado de Derecho y bajo un mismo régimen democrático, pero conserva todo su valor cuando hay sucesión de Estados. En este sentido el Tribunal considera que es legítimo para un estado iniciar diligencias penales contra personas que han sido culpables de crímenes bajo un régimen anterior; así mismo, no se podría reprochar a los tribunales del Estado que sucedieron a los existentes anteriormente, aplicar e interpretar las disposiciones legales existentes en la época de los hechos a la luz de los principios que rigen un Estado de Derecho (**STEDH Streletz, Kessler y Krenz c. Alemania de 22 de marzo de 2001**).

Admitiendo que la jurisprudencia puede integrar las deficiencias de taxatividad de la ley penal, habrá que concluir que será exigible de los cambios jurisprudenciales idéntica irretroactividad que de la propia ley penal (**STEDH S.W c. Reino Unido de 22 de noviembre de 1995**).

El principio non bis in idem, consagrado en el artículo 4 del Protocolo núm.7, no excluye que hechos que ya han sido objeto de una sanción administrativa puedan ser perseguidos en vía penal (**STEDH W.F. c. Austria de 30 de mayo de 2002 y Saider c. Austria de 6 de junio de 2002**). Según el Tribunal el texto del artículo 4 del Protocolo núm.7 (*"Nadie podrá ser perseguido o castigado penalmente por los tribunales del mismo Estado en razón de una infracción por la que hubiese sido ya absuelto o condenado por sentencia firme conforme a la Ley y al procedimiento penal de ese Estado"*) no se refiere al "mismo delito", sino más bien a ser castigado y juzgado otra vez por un delito por el que el demandante ya había sido firmemente declarado inocente o culpable.

Desde el punto de vista de la reincidencia, el Tribunal considera que si se introducen nuevas reglas sobre la misma, es suficiente con que la segunda infracción haya sido cometida con posterioridad a la entrada en vigor de las mismas. No hay retroactividad de la ley penal, porque ésta se está aplicando a la segunda infracción (**STEDH Achour c. Francia, 29 de marzo de 2006, Gran Sala**).

C) SENTENCIA ANALIZADA

Título e identificación oficial

Pessino c. Francia

40403/02

10 de octubre de 2006

Antecedentes

El 27 de octubre de 1992 la sociedad inmobiliaria de la que el demandante es gerente obtiene del Alcalde de Cannes una licencia para la edificación de un hotel. Casi un año más tarde, el 11 de octubre de 1992, el Tribunal Administrativo de Niza dicta una orden suspendiendo la ejecución, lo que se comunica por carta certificada el 25 de octubre a la sociedad inmobiliaria, la cual recurre de forma inmediata. El 2 de noviembre un agente jurado de Cannes constata la continuación de los trabajos. La empresa obtiene un nuevo permiso el 6 de octubre de 1994, pero el Tribunal Administrativo de Niza anula nuevamente la concesión de la licencia. En junio de 1995, tras una denuncia presentada por una asociación, se abre un plazo de información durante el cual los expertos constatan que desde el 28 de octubre de 1993 los trabajos habían consistido básicamente en asentar la estructura del piso en el que se estaba trabajando para evitar la degradación de la obra por el paso del tiempo. El 9 de febrero de 2000 el Tribunal de Gran Instancia de Grasse declara al demandante culpable de ejecución de obra a pesar de la orden de suspensión de 11 de octubre de 1993, imponiendo junto a la demolición de lo ejecutado irregularmente una importante multa pecuniaria. Todo ello en virtud de lo previsto en los artículos L 480-4 y L 480-7 del Código de Urbanismo. El 3 de julio de 2001 el Tribunal de Apelación de Aix-en-Provence recalifica los hechos entendiendo que el demandante ha cometido un delito previsto en los arts. L 421-1, L 480-1, L 480-4, L 480-5 y L 480-7 del Código de Urbanismo. El demandante recurre en casación por entender que la ley penal ha de ser interpretada siempre de manera estricta sin que la continuación de los trabajos mediando exclusivamente una orden del juez administrativo de suspensión de licencia de edificación no supone una infracción penal. El Tribunal de Casación se pronuncia el 6 de mayo de 2002 desestimando el recurso. Sí es importante señalar que la condena se produce por un cambio de jurisprudencia en la interpretación de los mencionados preceptos.

Fallo

El Tribunal estima el recurso entendiendo que se ha conculcado el artículo 7 del Convenio.

Comentario

Hemos elegido esta sentencia para ilustrar el papel que en ocasiones desempeña el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. La lectura de la misma no es sencilla, pues nos arrastra el torbellino de la aplicación del Derecho Urbanístico, en este caso en Francia. Una primera impresión podría llevarnos a afirmar que la sentencia que nos ocupa parece una sentencia de un Tribunal de Apelación francés con folios y

folios dedicados a la interpretación de unos cuantos artículos del Código de Urbanismo. Y es que formalmente es una sentencia compleja. En cuanto al fondo, por mucho que diga el Tribunal lo contrario, lo que ha hecho nuestro TEDH es entrar a analizar si la interpretación de una norma interna de carácter penal efectuada por los Tribunales franceses se ajusta o no al principio de legalidad penal en el sentido de que las normas penales deben ser interpretadas de forma estricta. Es decir, que ha evaluado si los hechos encajaban o no en el tipo aplicado por los Tribunales franceses. Se trata nada más y nada menos que de una cuestión de calificación. Podría decirse que no es una tarea que corresponda al Tribunal de Derechos Humanos, pero también es verdad que si éste no analiza las interpretaciones que de la ley penal hacen los Tribunales internos, en gran medida el artículo 7 quedaría vacío de contenido. Sobre todo es que, como reiteradamente ha señalado el TEDH, la calificación debe hacerse a la luz del principio de legalidad penal, entendiendo por *ley* no solamente lo que dice el texto escrito, sino también la interpretación que del mismo hace la jurisprudencia, de forma que teniendo en cuenta todos estos elementos el ciudadano sepa a qué atenerse, ha de concurrir la previsibilidad propia de un Estado de Derecho. En este caso, es en gran medida este elemento el que falla, pues la condena se produce merced a un cambio de jurisprudencia en la interpretación de los mencionados preceptos del Código de Urbanismo. Por lo tanto, la calificación no es la adecuada porque no cumple con el requisito de previsibilidad que exige el artículo 7 del Convenio para entender satisfecho el principio de legalidad recogido en el mismo.

8.- DERECHO AL RESPETO A LA VIDA PRIVADA Y FAMILIAR.

A) REFERENCIAS NORMATIVAS

Convenio de Roma

Artículo 8

1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.

2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.

Constitución española

Artículo 18

1. Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

2. El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá

hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo caso de flagrante delito.

3. Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial.

4. La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos.

Constitución europea

Artículo 11.7

Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de sus comunicaciones.

Artículo 11.8

1. Toda persona tiene derecho a la protección de los datos personales que la conciernan.

2. Estos datos se tratarán de modo leal, para fines concretos y previo consentimiento de la persona de que se trate o en virtud de otro fundamento previsto legítimo previsto por la ley. Toda persona tiene derecho a acceder a los datos recogidos que la conciernan y a obtener su rectificación.

3. El respeto de estas normas estará sujeto al control de una autoridad independiente.

B) LÍNEA JURISPRUDENCIAL PREVIA

Intimidad

El derecho a la intimidad comprende y ampara el derecho a la libre elección y práctica de la orientación sexual, resultando inadmisibles cualesquiera normas que la repriman (STEDH *Dudgeon contra Reino Unido de 23 de octubre de 1981*). Así, se reputa contraria al derecho a la intimidad la exclusión de los homosexuales de las Fuerzas Armadas (STEDH *Smith y Grady contra Reino Unido, de 27 de septiembre de 1999*). La protección del derecho a la intimidad obliga a los Estados a proteger específicamente a los menores e incapaces, sancionando las agresiones sexuales que puedan producirse contra los mismos (STEDH *X e Y contra Países Bajos, de 26 de marzo de 1985*). Vulnera el derecho a la intimidad la prohibición de que los transexuales no puedan cambiar de nombre y de mención en el Registro Civil, así como la prohibición de que los mismos puedan contraer matrimonio (SETDH *B. contra Francia, de 25 de marzo de 1992*).

Vida familiar

La protección de la vida familiar garantizada en el artículo 8 del Convenio no puede limitarse a la familia basada en el matrimonio, sino que debe extenderse a un reconocimiento legal por parte del Estado de la relación familiar extramatrimonial, que incluirá no sólo la relación entre madre natural e hija, sino también entre ésta y la familia de

aquella (*STEDH Marchx contra Bélgica, de 13 de junio de 1979*). El Tribunal prima el interés del futuro niño sobre el deseo de los padres en los casos de peticiones de reproducción asistida (*STEDH Dickson v. Reino Unido*). Del derecho a la intimidad familiar se deriva el derecho de visita y contacto de los progenitores con sus hijos, aun cuando éstos sean extramatrimoniales (*STEDH E.P. contra Italia, de 16 de noviembre de 1999* y *Sommerfeld contra Alemania, de 11 de octubre de 2001*). Del respeto al artículo 8 del Convenio, se deriva la exigencia de que los padres deban ser oídos en los procedimientos judiciales en los que se ventila la privación de la patria potestad (*STEDH Venema contra Países Bajos, de 17 de diciembre de 2002*).

Protección del domicilio

La protección de la morada se extiende a la protección de las personas que la habitan frente a molestias externas de extraordinaria necesidad que la hagan difícilmente habitable (*STEDH López Ostra contra España, de 9 de diciembre de 1994*), molestias entre las que cabe incluir a los ruidos excesivos (*STEDH Hatton contra Reino Unido, de 2 de diciembre de 2001*). En virtud del artículo 8 del Convenio, los Estados asumen la obligación positiva de proteger la forma de vida y asentamiento tradicional de determinados colectivos raciales y culturales, sin que de ello pueda derivarse para éstos el derecho de establecer excepciones en las reglas urbanísticas y medioambientales generales (*STEDH Coster contra Reino Unido, de 18 de enero de 2001*). Por otra parte, el Tribunal ha establecido que las personas jurídicas no pueden oponer la inviolabilidad del domicilio frente a la ejecución del derecho comunitario (*STEDH Hoecsht contra Comisión, de 21 de septiembre de 1989*).

Secreto de las comunicaciones

La interceptación de las comunicaciones por parte de las autoridades estatales exige, en aplicación del Convenio, además de que se realice con autorización judicial que ésta tenga suficiente cobertura legal (*STEDH Valenzuela Contreras contra España, de 30 de julio de 1998*). Es decir, el juez sólo podrá dar una autorización para interceptar una comunicación entre particulares en aplicación de una norma legal (*STEDH Rinzivillo contra Italia, de 21 de diciembre de 2000*), incluso de que se las comunicaciones intervenidas se produzcan en el interior de dependencias policiales (*STEDH P.G. contra reino Unido, de 25 de septiembre de 2001*). No obstante, la violación del derecho al secreto de las comunicaciones, no siempre supone una invalidación automática de las pruebas así obtenidas, manteniéndose por parte del Tribunal una posición flexible en los supuestos en que son objeto de investigación delitos graves (*SETDH Luidi contra Suiza, de 15 de junio de 1992*). Ha establecido también el Tribunal que el artículo 8 del Convenio protege no sólo la comunicación en sí misma, sino que también resultan protegidas por el secreto las circunstancias de la comunicación, tales como el momento, la duración o la identidad de los comunicantes (*STEDH Malone contra Reino Unido, de 2 de agosto de 1984*).

Protección de datos personales

La limitación impuesta a los Estados sobre el tratamiento informatizado de datos de carácter personal tiene dos facetas: negativamente impone topes a la recogida de datos por parte de los poderes públicos; positivamente, permite que el interesado acceda a esos datos y, en su caso, se oponga a su utilización abusiva (*SETDH Rotaru contra Rumanía, de 4 de mayo de 2000*); así, se reconoce expresamente el derecho de un individuo, que pasó su infancia en orfanatos, a acceder a aquellos registros que le permitan reconstruir su trayectoria vital y sus conexiones familiares (*STEDH M.G. contra Reino Unido, de 24 de septiembre de 2002*). En la misma línea, se afirma que no es lícita la pura conservación, sin finalidad concreta, de fichas personales por parte de los servicios secretos estatales (*STEDH Amman contra Suiza, de 16 de febrero de 2000*). Cabe, sin embargo, el tratamiento de datos médicos, como los relativos a los enfermos seropositivos, siempre que sea necesario para la adecuada gestión sanitaria y se garantice al máximo la intimidad de los afectados (*STEDH Z. contra Finlandia, de 25 de febrero de 1997*).

C) SENTENCIA ANALIZADA

CASO PAULIK v. ESLOVAQUIA

Nº 10699/05

10 de octubre de 2006

Hechos

En el presente caso el TEDH ha de hacer frente a un caso relacionado con una impugnación de paternidad.

En 1966, el demandante tuvo relaciones sexuales con una mujer, quien dio a luz una niña, I., el 17 de diciembre de ese mismo año. Como el ahora demandante negó ser el padre, la madre inició un procedimiento de reclamación de paternidad ante la Corte Regional de Bratislava.

El 31 de enero de 1967, la madre contrajo matrimonio con otro hombre.

El 2 de febrero de 1970, la Corte Regional determinó la paternidad del demandante y le ordenó contribuir al mantenimiento de I. La Corte llegó a esta conclusión tras oír los testimonios de varios testigos, así como valorar las evidencias documentales y los resultados de un test sanguíneo y el informe preparado por un sexólogo. A la vista de todo ello, se estableció que el demandante había tenido relaciones sexuales con la madre en algún momento entre 180 y 300 días antes del nacimiento de I. En esos casos, el artículo 54 del Código de Familia establece una presunción de paternidad, salvo que existiera alguna razón importante que eliminara la presunción. En este supuesto no podían apreciarse dichas eximentes. Tras este pronunciamiento judicial,

el ahora demandante no volvió a tener más contacto con la niña, al oponerse la madre.

I. no tuvo conocimiento de la existencia del demandante hasta que tuvo su primer documento de identidad. Poco antes de que ella terminara la escuela secundaria se vieron padre e hija por vez primera. A partir de entonces lo hicieron con frecuencia. El demandante apoyó económica y emocionalmente a I., y tras el matrimonio de ésta, también a su familia.

En 2004, el demandante e I. tuvieron una pelea por motivos económicos, derivado de lo cual, I. propuso que se volviera a comprobar la paternidad del demandante. Todos los implicados se sometieron voluntariamente a un test sanguíneo de DNA, consecuencia del cual, el informe de 18 de marzo de 2004, determinó que el demandante no era el padre de I. A partir de entonces, I. y su familia rompieron todo contacto con el demandante.

A la vista de los nuevos hechos, el demandante solicitó a las autoridades que reconocieran la nueva situación, a la luz del artículo 62 del Código de Familia. Pese a que los avances tecnológicos habían permitido dilucidar definitivamente que no era el padre de I., y a que ésta última dijo no tener ningún inconveniente en que se corrigiera la filiación, desde un punto de vista jurídico se plantearon problemas. En efecto, la fiscalía consideró que la determinación de la paternidad era cosa juzgada y que no existían recursos para revisar el caso por la Corte. El 4 de marzo de 2005, el demandante escribió al Presidente del Consejo Nacional de la República y al Presidente de la Comisión de Asuntos Constitucionales y al Consejo Nacional para que adoptasen las medidas legislativas necesarias para asegurar la efectiva protección de sus derechos. En respuesta, el Presidente del Consejo Nacional pidió al Fiscal General que se revisara la sentencia de 1970 por una apelación extraordinaria.

El 7 de marzo de 2005, el demandante interpuso un recurso ante el Tribunal Constitucional en base al artículo 127 de la Constitución, dirigiéndose contra todos los niveles de la Fiscalía y el Consejo Nacional, argumentando que ninguno tenía interés legítimo en mantener la situación. A la inversa, él sí tenía claro interés en asegurar que se correspondieran la situación legal y la biológica. Al haber sido considerado erróneamente padre biológico de I., así aparecía en los distintos documentos y registros públicos. Asimismo, esta información constaba en sus informes médicos y laborales. Su identidad, por tanto se veía afectada por este hecho y no se le concedía ningún medio para rectificarlo. Además, por ley se estaba relacionando al demandante con la familia de I., lo que podía implicar que, en caso de necesidad, se le pudiera obligar a contribuir a su mantenimiento, viéndose, además, afectada su libertad de disposición testamentaria.

El Tribunal Constitucional examinó el recurso con prioridad y el 17 de marzo de 2005 lo declaró inadmisibile. Consideró que la Fiscalía no

era culpable de ninguna falta de diligencia en la gestión de la reclamación del demandante. Aunque el resultado no había sido satisfactorio para el demandante, los fiscales actuaron de acuerdo con la legislación vigente.

Fundamentos de Derecho

a) El Derecho interno

- Código de Familia: artículos 51, 54, 57, 61, 62 y 96.
- Ley de Enjuiciamiento Civil
- Código Civil

b) Alegaciones de las partes

El Gobierno consideró que la demanda había sido interpuesta fuera del plazo de seis meses legalmente previsto, a contar a partir del descubrimiento de que no es el padre biológico de I.. El demandante rebate esta objeción preliminar diciendo que fueron los constantes obstáculos burocráticos los que le impidieron cumplirlo.

El demandante sostuvo que el Estado violó su obligación positiva de asegurar el respeto a su vida privada y familiar, en particular al no haberle facilitado legalmente la posibilidad de cambiar la atribución de la paternidad de I., tras enterarse él en 2004 que no era el padre biológico.

4.2.3. Las consideraciones del Tribunal

El TEDH ha examinado casos de maridos que abren procedimientos judiciales para rebatir la paternidad que se le atribuye de un hijo. En estos casos, la cuestión es dejada abierta mientras se tramita el procedimiento paternidad que se dirija a la disolución legal de los vínculos familiares existentes, al preocuparse por la vida familiar del demandante pues, en cualquier caso, la determinación de las relaciones legales del padre con su hijo putativo afectan a su vida privada (v. Yildirim v. Austria nº 34308, 19 octubre 1999 y Rasmussen v. Dinamarca 28 noviembre 1984).

En el presente caso, el demandante buscó cambiar la declaración de paternidad sobre la base de evidencias biológicas. Sostuvo que el hecho de que no sea el padre de I., tenía implicaciones directas para su vida privada y afectaba a temas relacionados con su estado civil e informes médicos y laborales, así como a su identidad social. De acuerdo con todo ello, el caso se incardina en las previsiones del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

El TEDH reitera nuevamente que el objeto esencial del artículo 8 es proteger al individuo frente a injerencias arbitrarias de las autoridades públicas. Sin embargo, ello no quiere decir que el Estado deba abstenerse de estas injerencias. Existen muchas obligaciones positivas inherentes para que se respete efectivamente la vida privada y familiar. Los límites entre las obligaciones positivas y negativas del Estado no siempre permiten una definición precisa. Debe existir un

equilibrio entre los intereses individuales y los de la comunidad y en este contexto ha de reconocerse al Estado algún margen de apreciación.

Reconoce el TEDH que con la aplicación de la legislación nacional eslovaca, no existía posibilidad de cambiar el fallo judicial que atribuía la paternidad al demandante. No obstante, el Tribunal puede aceptar que la carencia de mecanismo legal que posibilite al demandante para proteger su derecho de respeto a la vida familiar puede ser explicado por el "interés legítimo" de asegurar certeza y seguridad legal de las relaciones familiares y proteger el interés de los menores. En las concretas circunstancias de este caso el equilibrio entre el interés general y el del demandante no se ve afectado. En el momento de interposición de la demanda, I. tenía casi cuarenta años, tenía su propia familia y no dependía del demandante (lo que contrasta con el caso *Yildirim*). El interés general en proteger sus derechos es menor a si ella fuera una niña. Además, no puede olvidarse que ella se mostró favorable a deshacer legalmente el supuesto vínculo de paternidad.

Fallo

El TEDH concluye que, en este caso, no se rompe el equilibrio entre el derecho del demandante y el interés general de la sociedad. Lo que existe es un fallo del sistema legal eslovaco que no tenía prevista una solución para estos supuestos, ocasionando, por ello, una violación del artículo 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos.

Comentario

Nuevamente el TEDH juega con el mantenimiento del equilibrio entre el interés particular y el de la sociedad, en este caso representado por la protección de los más indefensos. No encuentra inconveniente en que se pueda revisar un caso como el presente, ante la aparición de nuevas pruebas, siempre y cuando no existan menores o incapaces que pudieran verse perjudicados por la nueva decisión. No obstante, el Tribunal alude a que la otra parte afectada (la "hija") era mayor de edad, había creado su propia familia y no necesitaba del sustento paterno. Queda la duda de que hubiera determinado el Tribunal si dándose los dos primeros supuestos, I. no hubiera contado con medios económicos suficientes ¿hubiera primado un derecho de alimentos sobre una determinación probada de la inexistencia de paternidad biológica? La cuestión hubiera sido más compleja pues, recordemos, que el demandante asumió la paternidad involuntariamente, obligado por una sentencia de 1970.

9.- LIBERTAD DE PENSAMIENTO, CONCIENCIA Y RELIGIÓN.

A) REFERENCIAS NORMATIVAS

Constitución europea

Artículo II-11

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras.

2. Se respetarán la libertad de los medios de comunicación y su pluralismo.

Convenio de Roma

Artículo. 9

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho implica la libertad de cambiar de religión o de convicciones, así como la libertad de manifestar su religión o sus convicciones individual o colectivamente, en público o en privado, por medio del culto, la enseñanza, las prácticas y la observancia de los ritos.

2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral públicas, o la protección de los derechos o las libertades de los demás.

Constitución española

Artículo. 16

1. Se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las Comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley.

2. Nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias.

3. Ninguna confesión tendrá carácter estatal. Los poderes públicos tendrán en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española y mantendrán las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia Católica y las demás confesiones.

B) LÍNEA JURISPRUDENCIAL PREVIA

Estas libertades tienen una manifestación interna que ha de respetarse. Así, no cabe privar de las facultades inherentes a la patria potestad sólo por ser miembro de una secta minoritaria, distinta de la religión originaria del hijo (STEDH Hoffmann c. Austria de 23 de junio de 1993).

El artículo 9 de la Convención enumera diversas de la libertad religiosa y de creencias, como el culto, la enseñanza o las prácticas y la observancia de los ritos, pero no protege cualquier acto motivado o inspirado por una religión, creencia o convicción. Así, no se apreció

vulneración del artículo 9 cuando un militar oficial fundamentalista fue apartado del servicio por quebrantamiento de la disciplina (STEDH *Kalaç c. Turquía* de 1 de julio de 1997) o cuando un empleado público fue despedido por incumplimiento del contrato al haberse ausentado del trabajo invocando respeto del Sabbath (*Konttinen c. Finlandia*, nº24949/94, Decisión de la Comisión de 3 de diciembre de 1996).

El Tribunal reconoce que los Estados disponen de la facultad de controlar si un movimiento o una asociación desarrolla, con fines pretendidamente religiosos, actividades perjudiciales para la población. La labor del Tribunal consiste en determinar si las medidas adoptadas a nivel nacional están justificadas y son proporcionadas, para lo cual ha de analizar el caso en su conjunto.

La prohibición del sacrificio privado de animales no vulnera la libertad religiosa de una determinada comunidad, ya que se trata de una limitación claramente respaldada por razones sanitarias, máxime cuando es posible adquirir dicho producto en establecimientos públicos que reúnen todas las condiciones exigidas por dicha confesión (STEDH *Tsedek c. Francia* de 27 de abril de 2000).

También en relación con el sacrificio, el Tribunal ha considerado legítimo, en defensa del interés general, que el sacrificio ritual se reserve sólo a matarifes habilitados. Se estima así que al establecerse una excepción a la regla general del aturdimiento previo de los animales, el Derecho interno introduce un compromiso positivo del Estado para asegurar el respeto efectivo de la libertad de religión. Sobre esta cuestión el TEDH también ha destacado que el artículo 9 del Convenio no engloba el derecho de proceder personalmente al sacrificio ritual. Únicamente habría injerencia en la libertad de practicar su religión si la prohibición de llevar a cabo legalmente este sacrificio condujese a la imposibilidad para los creyentes ultra-ortodoxos de comer carne procedente de animales sacrificados según las prescripciones religiosas aplicables en la materia (STEDH *Cha´are Shalom Ve Tsedek c. Francia*, de 27 de junio de 2000).

En relación con la manifestación de ideas y creencias que repugnan a una amplia mayoría de la sociedad, la jurisprudencia ha tendido a considerar que pueden limitarse para proteger la tranquilidad moral de dicha mayoría (STEDH *Otto-Preminger Institut c. Austria* de 20 de septiembre de 1994).

Es ilícito el proselitismo que ofrece ventajas materiales o sociales, o hace presión sobre personas en dificultad, o ejerce presiones psicológicas (STEDH *Kokkinakis c. Grecia* de 25 de mayo de 1993).

El derecho a la libertad de religión tal como lo entiende el Convenio excluye cualquier apreciación por parte del Estado sobre la legitimidad de las creencias religiosas o sobre las modalidades de expresión de éstas. Por tanto, el Tribunal estima que el sistema de autorización no encaja con el artículo 9 del Convenio mas que en la medida en que se dirija a asegurar un control ministerial sobre la

conurrencia de condiciones formales (STEDH Manoussakis y otros c. Grecia de 26 de septiembre de 1996). No estamos ante un sistema autorizatorio en los casos en los que el demandante exige la derogación de una norma neutra, como una norma urbanística, al amparo de la libertad religiosa. En estos supuestos la libertad religiosa ha de ser confrontada con el interés público en la ordenación racional del territorio, a cuyo efecto el criterio cuantitativo es válido para verificar si efectivamente concurre la necesidad social de modificar el planeamiento (STEDH Vergos c. Grecia de 24 de junio de 2004).

Desde el punto de vista del Convenio no se cuestiona la válida existencia de una religión oficial, pero lo que no es aceptable es establecer para su sustento un impuesto que grave a todos los ciudadanos (STEDH Darby c. Suecia de 23 de octubre de 1990).

Cualquiera que sea el régimen de relación del Estado con las confesiones religiosas, el respeto por la libertad religiosa en sentido estricto excluye las intervenciones estatales desproporcionadas en la vida interna de las confesiones religiosas. Así, la STEDH Serif c. Grecia de 14 de diciembre de 1999 consideró excesiva la pretensión de las autoridades griegas de utilizar sus potestades de participación en el nombramiento de dignatarios musulmanes a fin de lograr una dirección unificada de dicha confesión en territorio helénico. En el mismo sentido se pronuncia el Tribunal en la Sentencia Alto Consejo Espiritual de la Comunidad Musulmana c. Bulgaria de 16 de diciembre de 2004).

Aunque el Convenio no impone la cooperación con las confesiones religiosas, el Estado que las prevea no puede discriminar entre ellas. En este sentido no procede la denegación de reconocimiento de una confesión religiosa basada en que favorece el secesionismo de una parte del territorio (STEDH Iglesia Metropolitana de Bessarabia c. Moldavia de 13 de diciembre de 2001). No hay discriminación cuando la diferencia de trato tiene una justificación objetiva y razonable.

C) SENTENCIA ANALIZADA

Título e identificación oficial

Vincent c. Francia

6253/03

24 de octubre de 2006

Antecedentes

El demandante, Olivier Vincent, parapléjico desde 1989, fue condenado en marzo de 2004, por el secuestro de un menor, un niño de siete meses, a catorce años de reclusión, pena que se rebajó en marzo de 2006 a diez años. En el momento de dictarse la sentencia que nos ocupa, el demandante estaba cumpliendo su pena en el centro de internamiento de Villepinte. Del 25 de noviembre de 2002 al 17 de febrero de 2003, el demandante estuvo cumpliendo su pena en el centro de Haute-de-Seine en Nanterres, dónde alega haberse encontrado con

problemas de accesibilidad en el día a día por la falta de adaptación de las instalaciones. El 17 de febrero de 2003 el demandante fue trasladado al centro de internamiento de Val-de-Marne (Fresnes), donde permanece hasta el 11 de junio de 2003. Aunque algunas condiciones mejoran, el demandante insiste en que tampoco aquí se reunían las condiciones de accesibilidad requeridas, de modo que, p.ej., dado el estrecho marco de las puertas para las sillas de ruedas, el demandante no podía acudir a actividades sociales o deportivas.

Del 11 de junio de 2003 al 21 de febrero de 2005 el demandante estuvo detenido en el centro de Cergy-Pontoise (Osny). De nuevo deficiencias en la accesibilidad. Nuevo traslado el 21 de febrero de 2005. Esta vez a un centro especialmente adaptado: Meaux-Chauconin. Sobre este centro el demandante no presenta ninguna queja, pero el 21 de marzo de 2006 es trasladado a Villepinte, centro respecto del cual alega nuevamente deficiencias en la accesibilidad y falta de un seguimiento médico y psicológico adecuado. El Gobierno alega que el traslado se debió a las diferencias del interno con el Director del centro. Por lo que respecta a los otros centros, el Gobierno señala que prácticamente todas las instalaciones eran accesibles y allí donde no lo eran se cubrían con asistencia personal.

El demandante invoca la vulneración del artículo 3 del Convenio por las condiciones de sus lugares de detención no adaptadas a su condición de discapacitado físico, del artículo 6 por no haber dispuesto de las facilidades necesarias para su defensa, del artículo 8, del artículo 9 por no poder practicar su religión en las mismas condiciones que los demás internos por la falta de accesibilidad a las dependencias religiosas y del artículo 13 por considerar que la falta de respuesta de la Administración vulnera su derecho a un recurso efectivo.

Fallo

De todos los preceptos cuya vulneración se invoca, el Tribunal únicamente considera transgredido el artículo 3. No se estima por tanto vulnerado el artículo 9 que es el que aquí nos corresponde analizar.

Comentario

Por lo que respecta a la violación del artículo 9, el Tribunal es tajante y considera que ni siquiera hay apariencia de la misma. El argumento principal del demandante consiste en que no puede acceder a la capilla, y por lo tanto, al ejercicio del culto en las mismas condiciones que los demás internos por falta de accesibilidad. El Gobierno francés en ningún momento ha negado las dificultades en la accesibilidad, pero sí que ha alegado los ofrecimientos, siempre rechazados, de ayudar al interno en sus desplazamientos, ello sin perjuicio de la asistencia de un confesor a la celda del demandante. Acogiendo los argumentos del Gobierno, el TEDH no aprecia vulneración del artículo 9.

10.- LIBERTAD DE EXPRESIÓN.

A) REFERENCIAS NORMATIVAS

Convenio de Roma

Artículo 10

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas, sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los Estados sometan a las empresas de radiodifusión, de cinematografía de televisión a un régimen de autorización previa.

2. El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial.

Constitución española

Artículo 20

1. Se reconocen y protegen los derechos:

- a) A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción.
- b) A la producción y creación literaria, artística, científica y técnica.
- c) A la libertad de cátedra.
- d) A comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión. La ley regulará el derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional en el ejercicio de estas libertades.

2. El ejercicio de estos derechos no puede restringirse mediante ningún tipo de censura previa.

3. La ley regulará la organización y el control parlamentario de los medios de comunicación social dependientes del Estado o de cualquier ente público y garantizará el acceso a dichos medios de los grupos sociales y políticos significativos, respetando el pluralismo de la sociedad y de las diversas lenguas de España.

Constitución europea

Artículo 11-11

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras.

2. Se respetarán la libertad de los medios de comunicación y su pluralismo.

B) LÍNEA JURISPRUDENCIAL PREVIA

Alcance

El derecho a recibir información se refiere a hechos y noticias de carácter general, no al acceso a datos sobre personas concretas que obran en los registros públicos (*STEDH Lingens contra Austria*, de 8 de julio de 1986 y *Laender contra Suecia*, de 26 de marzo de 1987). La publicidad comercial no queda, por el mero hecho de estar presidida por el ánimo de lucro, excluida del ámbito protegido por la libertad de expresión e información (*STEDH Casado Coca contra España*, de 24 de febrero de 1994), aunque pueden admitirse limitaciones a anuncios televisivos por razones de política cultural (*STEDH Demuth contra Suiza*, de 8 de octubre de 2002), aunque si la publicidad estuviese al servicio de una causa política, harían falta razones de calado para justificar su exclusión del ámbito de protegido por la libertad de expresión (*STEDH VGT contra Suiza*, de 28 de junio de 2001).

Colisión con el derecho a la intimidad

La libertad de expresión e información en materia política prácticamente no conoce límites, incluso si se defienden posiciones inquietantes o se usan términos duros o, incluso, si puede afectar a las relaciones exteriores del Estado (*STEDH Handyside contra reino Unido* de 7 de diciembre de 1976, *Ortüzük contra Turquía* de 28 de septiembre de 1999, *Jerusalem contra Austria* de 27 de febrero de 2001 y *Colombani contra Francia* de 25 de junio de 2002). Respecto a la intimidad de los personajes de relevancia pública, el Tribunal concede prioridad a la libertad de expresión e información sobre los mismos cuando las noticias y opiniones incidan sobre aquellos aspectos de su actividad por los que tienen notoriedad y que, en consecuencia, son de interés para la opinión pública (*STEDH Bergens contra Noruega*, de 2 de mayo de 2000).

Colisión con secretos oficiales y el deber de sigilo

Los secretos oficiales dejan de ser tal cuando han sido descubiertos, aunque haya sido indebidamente y, cuando esto sucede, vuelve a quedar bajo la protección de la libertad de expresión (*STEDH Vereniging Weekblad Bluf contra Austria*, de 9 de febrero de 1995). El Tribunal reconoce la libertad de expresión de los funcionarios respecto a las políticas de la Administración cuando ya tienen la condición de funcionarios, pero no cuando sólo aspiran a entrar en la función pública, por lo que es admisible el establecimiento de controles de acceso a la

función pública para evitar reclutamiento de extremistas (*STEDH Vogt contra Alemania*, de 26 de septiembre de 1995).

Colisión con la Administración de Justicia

Hay una plena libertad de información sobre los procesos en curso siempre que se respete el requisito de la veracidad y, en su caso, la presunción de inocencia (*STEDH Sunday Times contra Reino Unido*, de 26 de abril de 1979 y *Du Roy contra Francia*, de 3 de octubre de 2000). La crítica a cualesquiera actuaciones judiciales está cubierta por a libertad de expresión, sin otro límite que el genérico de no insultar (*STEDH Prager y Oberrschlick contra Austria*, de 26 de abril de 1995).

Colisión con las "expresiones de odio"

Un escrito de naturaleza académica no puede considerarse como un acto de instigación a la violencia (*STEDH Baskaya contra Turquía*, de 8 de julio de 1999). Un escrito secesionista no implica, por sí mismo, incitación a la violencia (*STEDH E.K. contra Turquía*, de 7 de febrero de 2002).

Marco institucional de los medios de comunicación

Se considera contrario a la libertad de expresión y comunicación el monopolio estatal sobre la televisión (*STEDH Informationsverein Lentia contra Austria*, de 24 de noviembre de 1993 y *Tele 1 Privatfernsehgesellschaft contra Austria*, de 21 de septiembre de 2000).- Quienes trabajan para los medios de comunicación, en cuanto éstos son empresas ideológicas, ven limitada su libertad de expresión, incluso al margen de la relación laboral, y no pueden poner en entredicho la credibilidad de su medio de comunicación mediante declaraciones hechas fuera del trabajo (*STEDH Fuentes Bobo contra España*, de 29 de febrero de 2000).

C) SENTENCIA ANALIZADA

Título e identificación oficial

KLEIN c ESLOVAQUIA

Demanda nº 72208/01

31 de octubre de 2006

Hechos

El caso se origina con la demanda presentada ante la Corte contra la República de Eslovaquia de un nacional eslovaco el 28 de junio de 2001. La demanda se admitió a trámite el 8 de noviembre de 2005.

El demandante nació en 1947 y vive en Bratislava; es periodista y crítico de cine. El 27 febrero de 1997, la película la Milos Forman "El pueblo contra Larry Flynt" fue estrenada en las salas de cine de Eslovaquia. Antes de ello, la película había sido promocionada, entre otros medios, con la utilización de posters colocados en las calles. En estos posters el personaje protagonista tenía la bandera de USA

alrededor de sus caderas y simulaba estar crucificado sobre una zona pública llena de mujeres en bikini.

El 26 de febrero de 1997, la "Declaración común de las Iglesias ecuménicas y de la Conferencia episcopal de Eslovaquia" fue publicada. En dicha Declaración se protestaba contra la realización de los posters porque se entendía como una profanación de Dios. El Movimiento de la Asociación de Iglesias Cristianas seguidamente se adhirió a dicha declaración.

El 11 de marzo de 1997, el Arzobispo Jan Sokol hizo la siguiente declaración en la Televisión Eslovaca:

"En estos días estamos siendo testigos de la humillación del crucifijo. A pesar de la declaración de la Conferencia episcopal y del Concilio de Iglesias ecuménicas dirigida a detener la producción y distribución de posters promocionales de la película de Milos Forman, los mismos están presentes en las calles de la capital eslovaca. Es una difamación del símbolo de la religión cristiana. La Asociación de Películas Americanas no permitió esta blasfemia. No fueron permitidos ni en Francia ni en Bélgica. ¿Cómo es posible que sea permitida en Eslovaquia, que profesa la tradición cirílica y metodista de la religión cristiana incluso en su Constitución. Requerimos al Parlamento y al Gobierno y a todos los poderes públicos, incluyendo los jueces, para que adopten las medidas necesarias para la retirada de estos posters, con las consecuencias legales... esperamos que nuestra protesta sea recibida favorablemente por las autoridades públicas y se lleve a cabo la reparación. A todos los que nos dirigimos les expresamos nuestra gratitud anticipadamente."

El 28 de marzo de 1997 el semanario "Domino Effect" publicó un artículo escrito por el demandante. El semanario, al tiempo de la publicación distribuía 8.000 ejemplares, y estaba principalmente enfocado en política y comentarios especializados de economía, filosofía, ciencias naturales y cultura. Estaba dirigido a lectores formados intelectualmente.

En el artículo se criticaba al Arzobispo Jan Sokol, aunque en él no se decía que era una reacción a la entrevista televisiva anterior del arzobispo.

El artículo contenía varios juegos de palabras. Entre otras cosas se afirmaba que Eslovaquia no es un estado cristiano confesional, porque la reiteración de prácticas religiosas no convierte a un estado en confesional; que un estado confesional sería tan intolerable como uno islámico y tras diversas consideraciones generales, afirmaba que el hecho de que el cuerpo del arzobispo careciese de atractivo sexual era irrelevante sobre si en su interior era homosexual, bisexual o ambas cosas. Afirmaba también no entender porqué todos los católicos eslovacos no abandonaban una organización dirigida por un ogro.

Seguidamente dos asociaciones se quejaron de que los sentimientos religiosos de sus miembros habían sido ofendidos. Se inició un procedimiento criminal, en el que el arzobispo primero compareció como testigo y luego se personó como parte perjudicada y solicitó una indemnización.

El 15 de junio de 2000 el Tribunal del Distrito de Kosice I condenó al demandante como autor de un delito de ofensas del artículo 198 del Código Penal. Se le condenó a una multa de 15.000 coronas, que se convertiría en un mes de prisión para el caso de que el condenado culpablemente intentase evadirse del pago de la sanción.

En el procedimiento, el condenado explicó que su artículo había sido una reacción a la entrevista televisiva del arzobispo, en la que pretendía prohibir la distribución del poster de la película citada y que ello era contrario a los principios de una sociedad democrática, en particular, al derecho a la libertad de expresión. También explicó que desde la publicación del artículo se le había vetado en Radio Europa Libre, cesando su colaboración con esa emisora.

En el proceso el arzobispo afirmó que no comprendía los ataques del periodista, pero que le otorgaba su perdón.

El Tribunal consideró que con su artículo el periodista había ofendido al más alto representante de la Iglesia Católica en Eslovaquia y con ello a todos sus fieles, comparando a la Iglesia católica con una organización de un muy bajo nivel, distinto del que le correspondía.

En la apelación el condenado afirmó que él no había cometido ofensa alguna y que estaba convencido de estar amparado por la libertad de expresión, en los términos definidos por el artículo 10 del Convenio de Roma. También apelaron los denunciados. El Tribunal Regional rechazó ambas apelaciones el 10 de enero de 2001, considerando razonable la sentencia de la primera instancia en aplicación del Código penal eslovaco. El 2 de abril de 2001 el condenado pagó las costas del proceso y el 10 de diciembre de 2002 la multa fue pagada por la compañía VMV, que entró en liquidación el 15 de enero de 2005.

Fundamentos de Derecho

El Gobierno eslovaco admite que ha existido una interferencia en la libertad de expresión, pero señala que dicha interferencia tiene un respaldo legal, el artículo 198 del Código Penal, y se orienta legítimamente a la protección de los derechos y libertades de otros; en este caso del Arzobispo Jan Sokol y de otras personas de fe católica.

El demandante se ratifica en los argumentos del proceso nacional y señala que no se dan los requisitos del artículo 198 del Código penal.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos considera:

1. La condena al demandante por la publicación del artículo arriba referido constituye una interferencia en su derecho a la libertad de

expresión garantizado por el artículo 10 de la Convención. Tenía una base legal, el artículo 198 y perseguía una finalidad legítima, la protección de los derechos de otras personas, cuyos sentimientos religiosos habían sido ofendidos según las autoridades eslovacas. Procede ahora al Tribunal decidir si dicha interferencia era, además, necesaria en una sociedad democrática, según establece el segundo apartado del artículo 10 del Convenio.

2. El Tribunal ha destacado en muchas ocasiones la importancia de la libertad de expresión en una sociedad democrática. El test para determinar la necesidad de la medida consiste en determinar si se correspondía con una necesidad social verdadera, si era proporcional a la finalidad legítima perseguida y si las razones aducidas por las autoridades nacionales para justificarla eran relevantes y suficientes. Se ha de reconocer siempre a las autoridades nacionales un cierto margen de apreciación sobre la concurrencia de los primeros elementos. Pero este poder de apreciación no es nunca ilimitado y está siempre sujeto a la revisión del Tribunal de Derechos Humanos, quien debe decidir al final si la restricción es compatible con la libertad de expresión protegida por el artículo 10 de la Convención.

3. El Tribunal constata que el artículo publicado por el demandante constituye una reacción a la entrevista televisada del arzobispo, difundida en el noticiario más importante de una emisora pública de televisión. El hecho de que fuera publicado en un semanario dirigido a lectores intelectualmente formados permite considerar al artículo como una broma literaria en la que se juega con asociaciones de ideas de la película "El pueblo contra Larry Flynt", que no podía esperarse que fueran entendidas por todo el mundo. El Tribunal no juzga la calidad ni el gusto literario del artículo.

4. El demandante fue condenado como autor de un delito de "difamación contra la nación, raza o creencia", considerando que había ofendido al más alto representante de la Iglesia Católica Eslovaca y a todos sus fieles.

5. El Tribunal no puede aceptar esta conclusión. El demandante se limitaba a criticar a la persona del arzobispo y su llamada a boicotear la película "El pueblo contra Lerry Flynt". Las expresiones del demandante se dirigían exclusivamente hacia la persona del arzobispo y no se dirigían contra un sector de la población que mantenía la fe católica. El artículo no denigraba el contenido de la fe religiosa de los católicos.

Las razones invocadas por el Gobierno eslovaco para justificar la interferencia parecen muy débiles e insuficientes.

Fallo

El Tribunal considera que ha habido violación del artículo 10 del Convenio y condena al Gobierno eslovaco a indemnizar al demandante con la suma de 28.084 coronas eslovacas.

Comentario

Es de resaltar en esta sentencia el deslinde que realiza el Tribunal entre las críticas a un alto representante de un asociación, en esta caso la Iglesia católica, y los miembros de a misma, a la hora de proteger los derechos de los mismo con medidas que supongan restricciones a la libertad de expresión; no pueden identificarse a la hora de justificar la medida restrictiva. También destaca la relevancia del carácter especializado o no de un medio de publicación a la hora de enjuiciar la incidencia de las expresiones vertidas en los artículos que se inserten en el mismo, de forma tal que la especialización otorga un mayor margen de libertad a sus autores.

11.- LIBERTAD DE REUNIÓN Y ASOCIACIÓN.

A) REFERENCIAS NORMATIVAS

Constitución europea

Artículo-12

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión pacífica y a la libertad de asociación en todos los niveles, especialmente en los ámbitos político, sindical y cívico, lo que implica el derecho de toda persona a fundar sindicatos con otras personas y a afiliarse a los mismos para defender sus intereses.

2. Los partidos políticos de ámbito de la Unión contribuirán a expresar la voluntad política de los ciudadanos de la Unión.

Convenio de Roma

Artículo. 11

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión pacífica y a la libertad de asociación, incluido el derecho de fundar, con otras, sindicatos y de afiliarse a los mismos para la defensa de sus intereses.

2. El ejercicio de estos derechos no podrá ser objeto de otras restricciones que aquellas que, previstas por la ley, constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y libertades ajenos. El presente artículo no prohíbe que se impongan restricciones legítimas al ejercicio de estos derechos por los miembros de las fuerzas armadas, de la policía o de la Administración del Estado.

Constitución española

Artículo.21

1. Se reconoce el derecho de reunión pacífica y sin armas. El ejercicio de este derecho no necesitará autorización previa.

2. En los casos de reuniones en lugares de tránsito público y manifestaciones se dará comunicación previa a la autoridad, que sólo podrá prohibirlas cuando existan razones fundadas de alteración del orden público, con peligro para personas o bienes.

Artículo.22

1. Se reconoce el derecho de asociación.
2. Las asociaciones que persigan fines o utilicen medios tipificados como delito son ilegales.
3. Las asociaciones constituidas al amparo de este artículo deberán inscribirse en un registro a los solos efectos de publicidad.
4. Las asociaciones sólo podrán ser disueltas o suspendidas en sus actividades en virtud de resolución judicial motivada.
5. Se prohíben las asociaciones secretas y las de carácter paramilitar.

B) LÍNEA JURISPRUDENCIAL PREVIA

Delimitación del contenido

Una asociación no es cualquier agrupación humana, sino sólo aquella que reúne dos características: ser de naturaleza voluntaria, y perseguir un fin común a sus miembros (STEDH *Young, James y Webster c. Reino Unido* de 13 de agosto de 1981).

El derecho de asociación comprende la faceta negativa de no asociarse (STEDH *Sigurjonsson c. Islandia* de 30 de junio de 1993).

La adaptación de una injerencia estatal al artículo 11 requiere comprobar la concurrencia de las siguientes circunstancias: previsión por la ley, finalidad legítima y necesidad en una sociedad democrática. En cuanto a la previsión por la ley, la norma ha de ser clara y previsible (STEDH *Sunday Times c. Reino Unido* de 26 de abril de 1979). La finalidad legítima se cumple cuando se quiere proteger la seguridad nacional y los derechos y libertades de los ciudadanos. Tratándose de partidos políticos, la necesidad de la medida en una sociedad democrática es reconducible a la existencia de una necesidad social imperiosa para cuya constatación es preciso verificar: a) si existen indicios que lleven a pensar que el riesgo para la democracia es suficiente y razonablemente próximo; b) si los discursos y actos de los dirigentes pueden ser atribuidos al partido; c) si dichos actos y discursos atribuibles al partido reflejan de manera nítida la imagen de una sociedad no democrática.

No vulnera el artículo 11 la negativa del Estado a registrar una asociación cuando dicha negativa no constituye una medida global y absoluta dirigida contra los fines culturales y prácticos que deseaba perseguir la asociación, sino una manera de evitar un abuso concreto del estatus que el registro hubiera conferido a la asociación (STEDH *Gorzelik y otros c. Polonia* de 17 de febrero de 2004).

La orientación tradicional del Tribunal Europeo de Derechos Humanos era admitir el control de los medios, no de los fines: debe permitirse la existencia de cualquier partido político que utilice medios lícitos en una sociedad democrática, por más que los fines que persiga sean contrarios a los postulados de la democracia misma o a otros

intereses básicos del Estado (STEDH Partido Comunista Unificado de Turquía c. Turquía de 30 de enero de 1998 y Partido de la Libertad y la Democracia c. Turquía de 8 de diciembre de 1999). Sin embargo la STEDH Partido de la Prosperidad c. Turquía de 31 de julio de 2001 ha supuesto un giro en la materia al considerar que la decisión del Tribunal Constitucional turco de ilegalizar el Partido de la Prosperidad no es contraria al artículo 11 ya que un partido político que preconiza el fundamentalismo religioso encarna una ideología estática y cerrada incompatible con el pluralismo y el cambio inherentes a toda genuina sociedad democrática. Siempre que no concorra ese carácter totalitario del proyecto político mantenido por el partido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos sigue manteniendo su orientación de que sólo cabe un control de medios, no de fines (STEDH Partido del Trabajo del Pueblo c. Turquía de 9 de abril de 2002).

En relación con el derecho de reunión y manifestación, el derecho de quienes sostienen ideas opuestas a manifestarlas no justifica restricciones a las manifestaciones originariamente previstas (STEDH Plattform Ärzte für das Leben c. Austria de 21 de junio de 1988).

Titulares

Las propias asociaciones también pueden ser titulares del derecho de asociación (STEDH Otto Preminger Institut c. Austria de 20 de septiembre de 1994).

Sujetos pasivos

El artículo 11 no ofrece protección a los asociados frente a actos de la asociación

C) SENTENCIA ANALIZADA

Título e identificación oficial

Linkov c. República Checa

10504/03

7 de diciembre de 2006

Antecedentes

El 21 de julio de 2000, el comité preparatorio del que el demandante es miembro, somete al Ministerio del Interior una solicitud de inscripción de un partido político, el Partido Liberal (PL), acompañada de los estatutos. El 9 de agosto de 2001, el Ministerio del Interior rechaza la solicitud por considerar que los estatutos vulneran la Constitución de la República Checa, la Carta de Derechos Fundamentales y la Ley 424/1991 de Partidos Políticos.

En primer lugar, se considera que el objetivo contenido en los estatutos tendente a eliminar las disposiciones penales condenando a los ciudadanos por la propagación del fascismo y del comunismo es contrario a la Constitución, ya que la interdicción se justifica por la necesidad de limitar los movimientos como el comunista o fascista que

anulan las libertades y derechos de los ciudadanos.

En segundo lugar, el Ministerio rechaza la solicitud de inscripción por otro de los objetivos expresado en los estatutos, la anulación de la continuidad jurídica con los regímenes totalitarios (imprescriptibilidad e impunidad de ciertos actos). Tras el recurso presentado por los miembros del comité preparatorio, la Corte Suprema confirma la resolución recurrida en lo que respecta a la inconstitucionalidad del último objetivo señalado, por entender que su implantación implicaría la introducción de la retroactividad en materia penal en relación con determinados hechos, lo que no es de recibo en un Estado de Derecho. Los demandantes recurren ante el TEDH por considerar vulnerado el artículo 11 del Convenio.

Fallo

El TEDH considera vulnerado el artículo 11 del Convenio.

Comentario

Estamos ante una sentencia esencialmente continuista con la jurisprudencia anterior. Como todas las sentencias referentes al artículo 11 nos encontramos con una resolución muy bien estructurada. Son dos pasos los que hay que dar.

Procede en primer lugar determinar la existencia de una injerencia, aspecto que ninguna de las partes niega, pues es obvio que la denegación de inscripción de un partido político supone una injerencia en el derecho a la libertad de asociación protegido por el artículo 11.

El segundo paso, más complejo, es determinar si la injerencia está justificada. Recapitula aquí el TEDH la jurisprudencia esencial en la materia, constatando que, lo que esencialmente le corresponde, es examinar si la negativa a registrar el partido responde a una *necesidad social imperiosa* tendente a preservar la base democrática del Estado.

Uno de los argumentos de los recurrentes es que el artículo 7 apartado 2 del Convenio permite la introducción de cláusulas retroactivas en determinados supuestos. El Tribunal señala que los trabajos preparatorios del Convenio demuestran que el apartado 2 del artículo 7 se introdujo pensando en los crímenes de guerra cometidos durante la Segunda Guerra Mundial y en los crímenes contra la humanidad. El Tribunal en principio no debe pronunciarse sobre el paralelismo que pueda existir entre los crímenes tenidos en cuenta para la redacción del artículo 7 apartado segundo y los hechos acaecidos en Checoslovaquia entre 1949 y 1989. Dicho esto, el contexto histórico es fundamental para resolver el presente caso. Después del cambio de régimen en 1989 se adoptaron dos leyes declarando que el régimen comunista violaba constante y sistemáticamente los derechos del hombre, los principios fundamentales del Estado democrático y los tratados internacionales. En este contexto, el demandante ha alegado ante los tribunales nacionales que creía proceder en el marco de la Constitución y de los tratados internacionales y, particularmente, en el

marco del artículo 7 apartado 2 del Convenio. Pero es que además, el artículo 5 de una de las leyes mencionadas, de la ley 198/1993, dispone la interrupción del plazo de prescripción para las infracciones que por razones políticas habían quedado sin castigar entre el 25 de febrero de 1948 y el 29 de diciembre de 1989, lo que atendiendo a la edad de los supuestos autores de las infracciones, equivale de facto a la imprescriptibilidad a favor de la cual aboga el Partido Liberal.

Después de todos estos argumentos viene el decisivo, y es que el objetivo propuesto por el Partido Liberal, lo es a lograr con medios completamente democráticos, sin acudir a la violencia y sin que implique una subversión del orden democrático. Por lo tanto, la negativa a inscribir el partido es claramente desproporcionada por lo que no se ajusta a lo previsto por el artículo 11 del Convenio.

12.- DERECHO A CONTRAER MATRIMONIO.

A) REFERENCIAS NORMATIVAS

Convenio europeo

Artículo 12

A partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen derecho a casarse y a fundar una familia según las leyes nacionales que rijan el ejercicio de este derecho.

Constitución española

Artículo 32

1. El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica.

2. La ley regulará las formas de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos.

Constitución europea

Artículo 11-9

Se garantiza el derecho a contraer matrimonio y el derecho a fundar una familia de acuerdo con las leyes nacionales que regulen su ejercicio.

B) LÍNEA JURISPRUDENCIAL PREVIA

Si bien en un principio el Tribunal había afirmado que el artículo 12 del Convenio no protegía el matrimonio de los transexuales porque en el mismo queda absolutamente excluida la procreación (*STEDH Ress contra Reino Unido*, de 17 de octubre de 1986 y *Sheffield y Horshman contra Reino Unido*, de 30 de julio de 1998), posteriormente ha cambiado de línea doctrinal, considerando que es atentatorio contra la intimidad el que se prohíba el matrimonio a los transexuales (*STEDH I. contra Reino Unido*, de 11 de julio de 2002). Respecto a la disolución del

matrimonio, el Tribunal sostiene que no existe un derecho fundamental al divorcio vincular (*STEDH Johnston contra Irlanda*, de 18 de diciembre de 1986), quedando el legislador nacional en libertad de introducirlo o no.

C) SENTENCIA ANALIZADA

DICKSON c REINO UNIDO

Demanda 44362/04

18 de abril de 2006

Hechos

Los demandantes, el Sr. y la Sra. Dickinson, ciudadanos británicos, nacidos en 1972 y 1958, respectivamente se conocieron estando ambos en prisión. El demandante todavía se encuentra en la prisión de Dovergate en Uttoxeter y la demandante vive en Hull. El primero de ellos fue condenado por asesinato y su fecha prevista para la libertad se centra en 2009. No tiene hijos. La demandante tiene dos hijos de anteriores relaciones. Contrajeron matrimonio en 2001.

Los demandante deseaban tener un hijo y en octubre de 2001 el marido solicitó que se le incluyera en un tratamiento de inseminación artificial; en diciembre de 2002 se sumó a esta solicitud la esposa.

El 28 de mayo de 2003, el Secretario de Estado competente rechazó la petición por escrito, señalando que la misma era contraria a la política general del Departamento en estos casos, que tenía como criterios habituales:

- Las posibilidades de éxito del tratamiento.
- Que, en el caso de internos en prisiones, la fecha de libertad no esté muy lejana, para que puedan asumir sus responsabilidades paternas.
- Que existan informes psiquiátricos tanto de autoridades penitenciarias como externas que aseguren que ambos están en condiciones de seguir un tratamiento de inseminación artificial.
- Que la pareja ofrezca una situación de estabilidad en la relación que permita afirmar que la misma subsistirá después de la puesta en libertad del que aún está en prisión.
- Que la pareja ofrezca garantías económicas y sociales que garanticen el bienestar de los hijos, considerando aquí el tiempo en el que el niño tendrá que estar sin padre o madre.
- Que de los antecedentes personales de los internos y de otros factores relevantes e deduzca que no es conveniente al interés público incluir a los solicitantes en un tratamiento de inseminación artificial.

De la aplicación de estos criterios generales a este caso concreto resulta lo siguiente:

- El marido tendrá 51 años en la fecha en que, como más pronto, sea puesto en libertad.
- La relación se ha entablado estando ambos en prisión y no ha sido probada en un ambiente externo de vida normal.
- No existen suficientes garantías de que cuenten con medios y recursos necesarios para garantizar una vida digna al niño.
- El hijo que naciese se vería privado de su padre durante una parte importante de su infancia.
- A la vista de la violencia empleada en el crimen por el que el padre fue condenado, no se considera que se vulnerarían los términos estrictos de la condena si se le diesen facilidades para una inseminación artificial.

La decisión del Secretario de Estado fue recurrida por los demandantes ante los Tribunales. Tras una primer rechazo judicial en diciembre de 2003, en recurso, la Corte de Apelación el 30 de septiembre de 2004 rechazó la petición por unanimidad.

Fundamentos de derecho

Al ser varios los artículos del Convenio cuya vulneración se alega por la demandante, nos centraremos aquí en las consideraciones relativas al artículo 12.

a) El derecho interno

La sección 47 de la Prisión Act de 1952 declara competente al Secretario de Estado para dictar reglas y normas reguladoras sobre el tratamiento de los presos, su disciplina, clasificación y control. En el ejercicio de estas competencias las Prisión Rules de 1999, en su apartado 4 señalan respecto a los contactos con el exterior:

“Especial atención debe ser prestada al mantenimiento de las relaciones entre los presos y sus familiares, atendiendo al interés de ambos.

El interno debe ser animado y asistido para mantener relaciones con personas y entidades de fuera de la prisión, en la medida que favorezcan a juicio del gobernador, el interés de su familia y el suyo propio para su rehabilitación social.”

b) Las alegaciones de las partes

Ante el Tribunal de Estrasburgo los demandantes alegan que el rechazo a su petición de tratamiento de inseminación artificial constituye una violación del artículo 8 del Convenio de Roma, en especial en su apartado 2, así como de su artículo 12.

Señalan que en realidad la denegación para el tratamiento tiene una mera finalidad punitiva y que con ella se está impidiendo su derecho a fundar una familia, mediante una medida adoptada por un poder público de forma no justificada. Aseguran que tienen suficientes

recursos económicos, ofreciendo datos para ello. Afirman que su relación es fuerte, duradera y estable y que la fecha de libertad del primero de los demandantes no es tan lejana como para decir que el niño se vería privado de la presencia del padre durante gran parte de su infancia.

El Gobierno británico mantiene los mismos argumentos y razones expuestas por el Secretario de Estado, asegurando que la política general del mismo es plenamente compatible con el Convenio, toda vez que el mismo permite el análisis y consideración de las circunstancias particulares de cada caso, como se ha hecho en este supuesto y ha quedado suficientemente justificado.

c) Las consideraciones del Tribunal

El Tribunal considera que la exigencia del respeto a la vida privada y familiar consagrado en el artículo 8 implica obligaciones positivas para los estados firmantes, ahora bien, dichas obligaciones han de ser exigidas atendiendo a los recursos del Estado y a las prioridades fijadas por las autoridades nacionales. En el presente caso hay que señalar que no hay un consenso unánime ni generalizado entre los integrantes del Consejo de Europa para facilitar tratamientos de inseminación artificial a los presos. No puede por lo tanto dicha obligación ser deducida de los usos y estándares aceptados. Las obligaciones derivadas del artículo 8 no pueden ser entendidas en el sentido de imponer una prestación imposible o desproporcionada a las autoridades nacionales.

El Tribunal aprecia que dentro de la política general de tratamientos de inseminación artificial a los presos en Reino Unido, el acceso al tratamiento sólo se facilita en casos de extraordinarias circunstancias y tras un análisis individual. El análisis efectuado en el presente caso por las autoridades británicas, en especial el relativo al bienestar del niño resultante de la inseminación artificial y a los intereses sociales en su conjunto, es acertado.

El Tribunal no encuentra arbitrarios ni irrazonables los criterios y argumentos utilizados por el Gobierno británico.

Las partes han aceptado que el análisis de la violación del artículo 12 quedaría subsumido en el análisis de la violación del artículo 8.

Fallo

Por el ello, el Tribunal concluye que, en el presente caso no ha habido violación ni del artículo 8 ni el artículo 12 del Convenio.

Comentario

En esta Sentencia el Tribunal aclara que las obligaciones positivas que se derivan del artículo 12 del Convenio para garantizar el derecho a fundar una familia, deben de ser exigidas a los Estados firmantes en los términos de los recursos disponibles y de las prioridades marcadas por las propias autoridades nacionales, sin que quepa imponer obligaciones y prestaciones imposibles o desproporcionadas.

13.- DERECHO A UN RECURSO EFECTIVO.

A) REFERENCIAS NORMATIVAS

Constitución europea

Artículo 11-47

Toda persona cuyos derechos y libertades garantizados por el Derecho de la Unión hayan sido violados tiene derecho a la tutela judicial efectiva en las condiciones establecidas en el presente artículo (...).

Convenio de Roma

Artículo 13

Toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio hayan sido violados, tiene derecho a la concesión de un recurso efectivo ante una instancia nacional, incluso cuando la violación haya sido cometida por personas que actúen en el ejercicio de sus funciones oficiales.

Constitución española

Artículo 24, párrafo primero

1. Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.

B) LÍNEA JURISPRUDENCIAL PREVIA

El artículo 13 garantiza la existencia de mecanismos a nivel nacional para dar efectividad a los derechos y libertades contemplados en el Convenio (se trata por lo tanto de un derecho dependiente), sin perjuicio de la discrecionalidad de los Estados signatarios en cuanto a la articulación concreta de dichos remedios, dependiendo además de la naturaleza de las quejas. En todo caso el remedio exigido por el artículo 13 tiene que ser "efectivo", tanto en teoría como en la práctica, sin que pueda ser obstaculizado por acciones u omisiones de las autoridades nacionales.

La autoridad referida en el artículo 13 no tiene que ser necesariamente una autoridad judicial pero, si no lo es, sus poderes y las garantías que le son concedidas han de ser relevantes para poder determinar si el recurso interpuesto ante ella es efectivo. De esta afirmación se desprende asimismo un concepto amplio de recurso en el sentido de procedimiento por el que se somete un acto constitutivo de violación del CEDA a una instancia cualificada a este efecto, con el propósito de obtener, según los casos, la cesación del acto, su anulación, su modificación o una reparación.

Cuando un individuo presenta una queja, reclamación o demanda sobre la destrucción intencionada de sus propiedades por parte de las autoridades nacionales, el cumplimiento del artículo 13 exige no

solamente el pago de la correspondiente compensación, sino también la realización de una investigación tendente a la identificación y sanción de los responsables, garantizándose además el acceso efectivo de la presunta víctima al procedimiento investigatorio. Con carácter general, el Tribunal entra a valorar, atendiendo las circunstancias, tanto la suficiencia de la investigación como la necesaria imparcialidad de los investigadores. Desde este punto de vista, resulta inadmisibles para la pureza de la investigación que ésta se efectúe por la administración acusada (STEDH Altun c. Turquía de 1 de junio de 2004).

La dependencia de este derecho a la que hacíamos referencia implica la interpretación del artículo 13 en el sentido de que garantiza un recurso efectivo ante la autoridad nacional a toda persona que denuncia que sus derechos y libertades han sido violados. No obstante, el Tribunal ha introducido la noción de *denuncia defendible*. En este sentido no basta con que el recurrente alegue haber sido víctima de violación de uno de los derechos o libertades recogidos en el CEDA, sino que la citada alegación debe estar debidamente argumentada. Sin embargo, el TEDH no da una definición abstracta de la noción de defendibilidad, ya que debe determinarse a la luz de los hechos particulares y de la naturaleza de los aspectos jurídicos que surjan.

C) SENTENCIA ANALIZADA

Título e identificación oficial

Central Mediterranean Development Corporation Limited c. Malta

35829/03

24 de octubre de 2006

Antecedentes

El 7 de diciembre de 1990 la compañía Central Mediterranean Development demanda a la Sra. S. ante la jurisdicción civil pidiendo la resolución de contrato por incumplimiento de la obligación de edificar sobre una determinada parcela y de pagar la renta anual pactada. El 5 de octubre de 1993 el tribunal dicta sentencia estimando la demanda y el 9 de octubre de 2001 el Tribunal de Apelación confirma la sentencia. Al considerar que el caso no ha sido resuelto en tiempo razonable, el demandante inicia un proceso constitucional por vulneración del artículo 39 de la Constitución de Malta y del artículo 6 del Convenio, pidiendo la correspondiente compensación económica. El tribunal civil, aunque asume la tesis de la excesiva duración del procedimiento, considera no obstante que no hay vulneración del artículo 6 y que no procede compensación económica, ya que el demandante estaba solicitando rentas impagadas, no compensación por excesiva duración del procedimiento. El demandante recurre ante el Tribunal Constitucional, el cual declara la violación del artículo 6 del Convenio. En cuanto a la compensación, coincide con el tribunal de instancia en que no hay daños pecuniarios, pero entiende sin embargo que una persona jurídica puede tener derecho a una compensación por daños no pecuniarios, otorgando

consecuentemente una compensación de 100 libras maltesas (240 euros). El demandante recurre ante el TEDH por considerar vulnerado el artículo 6 y en relación con el mismo el artículo 13 por falta de remedio adecuado.

Fallo

El Tribunal estima la demanda por vulneración del artículo 6 pero no entiende vulnerado el artículo 13 del Convenio.

Comentario

La sentencia que comentamos es claramente continuista por cauta y respetuosa con el Derecho nacional. Reitera lo que debe entenderse por *recurso efectivo*. Vemos que se trata de un concepto en gran medida relacionado con el derecho para cuyo remedio se invoca. En concreto y respecto del artículo 6, el Tribunal entiende que para la excesiva duración de un procedimiento el remedio es efectivo si previene la alegada violación o su continuación o si ofrece una compensación adecuada para una vulneración consumada. En el supuesto que nos ocupa el Tribunal constata la existencia de procesos constitucionales para poder alegar la vulneración y la inexistencia de límite en cuanto a la compensación a otorgar por los tribunales. El hecho de que éstos hayan decidido libremente conceder una compensación que se considera insuficiente no supone que el remedio en sí mismo deba considerarse inefectivo desde el punto de vista del artículo 13. De todo esto podemos deducir que el Tribunal se mantiene en la línea de no considerar vulnerado el artículo 13 cuando la legislación nacional ha previsto un procedimiento de recurso o de reclamación, con independencia de la resolución a la que lleguen los órganos nacionales. Se trata de una jurisprudencia prudente, de hecho, la única posible si el Tribunal no quiere convertirse en una instancia sustitutoria de los órganos jurisdiccionales nacionales.

14.- PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN.

A) REFERENCIAS NORMATIVAS

Convenio europeo

Artículo 14

El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación.

Constitución española

Artículo 14

Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión,

opinión o cualquiera otra condición o circunstancia personal o social.

Proyecto de Constitución europea

Artículo II-20

Todas las personas son iguales ante la ley.

Artículo II-21

1. Se prohíbe toda discriminación, en particular por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual.

2. Se prohíbe toda discriminación ejercida por razón de nacionalidad en el ámbito de aplicación de la Constitución y sin perjuicio de sus disposiciones específicas.

B) LÍNEA JURISDICCIONAL PREVIA

El hecho de que en el Convenio Europeo de Derechos Humanos la prohibición de discriminación no opere en cualesquiera relaciones jurídicas, sino únicamente respecto del goce de los derechos reconocidos en el propio Convenio, no implica que el artículo 14 no pueda ser vulnerado de forma autónoma; aunque, bien es cierto que su eficacia se manifestará en gran medida al analizar la violación alegada de los otros derechos desde una eventual perspectiva de discriminación en el goce de los mismos. Un supuesto de vulneración autónoma se afirmó por el Tribunal en su Sentencia de 23 de julio de 1968, en el *Caso Lingüístico Belga*, al precisar que si bien en el ámbito del Convenio, la libertad de enseñanza no comprender el derecho a crear centros educativos, una norma que permita sólo la creación de aquellos que sean de un determinado tipo puede vulnerar el artículo 14 CEDH.

Respecto a la admisión de determinadas medidas divergentes, el Tribunal ha establecido que el establecimiento de diferenciaciones por razón de nacimiento, raza, sexo, religión u opinión, han de superar un muy estricto juicio de razonabilidad, requiriendo su justificación un interés público inaplazable y no tan sólo legítimo (*STEDH Salgueiro da Silva Mouta contra Portugal*, de 21 de diciembre de 1999 y *Willis contra Reino Unido*, de 11 de junio de 2002).

C) SENTENCIA ANALIZADA

PULIİK v. ESLOVAQUIA

Demanda nº 10699/05

10 de octubre de 2006

Hechos

El demandante nació en Bratislava en 1931, donde vive en la actualidad. En 1966 mantuvo una relación sexual con una mujer de la

que nació una hija, "I", el 17 de diciembre de 1966. El demandante negó entonces su paternidad y la madre inició un proceso judicial para su reconocimiento ante el Tribunal Regional de Bratislava.

El 31 de enero de 1967 la madre contrajo matrimonio con otro hombre. El 2 de febrero de 1970, el Tribunal Regional de Bratislava declaró que el demandante era el padre de "I" y le ordenó que contribuyera a su manutención.

El Tribunal Regional llegó a esa conclusión sobre la base de diversas pruebas. Se tomó en consideración la declaración de varios testigos así como los resultados de un análisis sanguíneo en los que se efectuó un test denominado "test bio-hereditario", así como el informe elaborado por un sexólogo.

El Tribunal declaró como hechos probados que el ahora demandante había convivido con la madre algún tiempo entre los 180 días y los 300 días antes del nacimiento de la hija. En estos casos se aplica una presunción de paternidad en virtud de lo dispuesto en el artículo 54 del Código Civil, salvo que evidencias muy fuertes destruyan la presunción; ninguna de estas evidencias contrarias se pudo probar en el proceso, por lo que se aplicó la presunción legal.

El demandante comenzó a pagar la manutención aunque no mantuvo ningún contacto con la hija porque la madre se opuso. La hija, "I", tuvo conocimiento de la existencia de su padre al obtener su primer documento de identidad. A partir de ese momento se conocieron y desarrollaron una relación afectuosa, que se extendió a la familia de la hija cuando ésta se casó.

En 2004 el demandante y su hija acordaron que sería conveniente realizarse una nueva prueba de paternidad.

Así, el demandante y la madre se sometieron voluntariamente a una prueba de ADN con la finalidad de determinar la paternidad del primero. El 18 de marzo de 2004, en virtud de los resultados de la prueba, un experto redactó un informe en el que se concluía que el demandante no era el padre de "I". A partir de ese momento, "I" y su familia cesaron todo contacto con el demandante.

El demandante inició un procedimiento para que su anterior declaración de paternidad fuese anulada. La Fiscalía se entrevistó con "I" y su madre. Ninguna de ellas pusieron objeciones a la anulación solicitada..

El Fiscal General de Bratislava informó al demandante el 2 de diciembre de 2004 que no podía acceder a su petición al tener su anterior declaración de paternidad la consideración de *cosa juzgada*. El Tribunal Constitucional, por la misma razón, declaró inadmisibles su pretensión el 17 de marzo de 2005.

Fundamentos de derecho

a) Las alegaciones de las partes

El demandante

El demandante considera que constituye un trato discriminatorio el hecho de que a él no se le permita revisar su declaración de paternidad cuando la legislación civil eslovaca permite revisar la misma a los padres que habían sido declarados padres biológicos en el momento del nacimiento de su hijo mediante su inscripción en el registro civil.

Considera que en su caso, al haber sido declarada su paternidad judicialmente en virtud de una prueba médica que luego fue refutada, ha de permitírsele que pueda ser revisada a fin de que concuerde la verdad legal con la biológica.

El Gobierno

El Gobierno alega que aunque existe una diferencia de trato la misma está justificada. Cuando la paternidad se proclama mediante la presunción de que es padre el marido o quien la madre afirma que lo es y éste lo acepta y se procede a su inscripción en el registro civil, se permite la posterior destrucción de la "presunción"; en el caso de autos la paternidad no fue establecida mediante una "presunción" sino al final de un proceso judicial, en el que se practicaron las pruebas oportunas y en el que se dictó una sentencia que devino firme, constituyendo un interés legítimo para la sociedad mantener el carácter inamovible de las situaciones respecto de las que existe *cosa juzgada*.

b) Las consideraciones del Tribunal

El Tribunal considera que efectivamente se ha producido un trato discriminatorio. La legitimidad del mismo argumentada por el gobierno eslovaco, si bien es admisible con carácter general, al constituir una finalidad legítima el mantenimiento de la intangibilidad de las situaciones establecidas mediante sentencia firme, no es menos cierto que, en el presente caso, todos los afectados por la situación judicialmente declarada, el demandante, "I" y su madre, han manifestado que no tienen inconveniente en que la misma varíe, y no atenta al interés general, sino antes al contrario, que la realidad legal coincide con la biológica. Por lo que, en el presente asunto, se estima que el trato discriminatorio se ha producido sin una justificación legítima suficiente.

Fallo

Por el ello, el Tribunal concluye que, en el presente caso, ha habido violación del artículo 14 del Convenio en relación con su artículo 8.

Comentario

En esta Sentencia el Tribunal manifiesta que las causas que pueden considerarse legítimas para un trato desigual desde una perspectiva general, han de manifestarse también como legítimas en su concreción y aplicación a un caso determinado, pues es en relación con un caso concreto y no mediante una reflexión general como ha de

apreciarse o no la violación del artículo 14 del Convenio.