

Derechos humanos con pies de barro

-

Cuando pensamos en el Derecho penal internacional lo primero que salta a la vista, quizá, son las dificultades vinculadas a un Derecho penal «sin soberano»⁶ con limitadas posibilidades de aplicación efectiva e igualitaria. Y cuando profundizamos un poco más, aparecen en seguida numerosas dudas que atañen a sus fundamentos teóricos – su relación y tensiones con los principios del Derecho internacional, las enormes dificultades para desarrollar una dogmática penal internacional huérfana de una tradición común y muchos otros–. Ahora bien, pese a todas sus limitaciones y al camino largo que le queda por recorrer para ser un Derecho penal internacional maduro, una cosa es cierta: el Derecho penal internacional ha contribuido desde sus inicios en el Tribunal Militar Internacional de Nuremberg (TMIN)⁷ al viejo debate sobre los límites del Derecho positivo. En realidad, el TMIN se vio prácticamente abocado a entrar en el debate entre el iuspositivismo legalista y el iusnaturalismo, porque el hecho de que las atrocidades del nacionalsocialismo gozaban de «cobertura legal» no permitía eludir tal debate. Y la necesidad de responder a la perversión del Estado (de la legislación, de la aplicación del Derecho) desencadenó un seísmo para el positivismo jurídico legalista: «El positivismo jurídico ha dejado a los juristas indefensos frente a leyes de contenido arbitrario y criminal»⁸: la definición de «crimen» se debía liberar de su reconocimiento jurídico-positivo por los Estados soberanos. Así, con los crímenes de guerra y crímenes contra la paz, concebidos por el TMIN como refuerzo del Derecho internacional (leyes y usos de guerra, prohibición de la guerra de agresión), y los crímenes de lesa humanidad (que entonces incluían el genocidio) resurgía la idea del «crimen natural», se producía un claro giro hacia un iusnaturalismo, aunque fuera de mínimos.

⁶ AMBOS, «Punishment without a Sovereign: The Ius Puniendi Issue of International Criminal Law: A First Contribution towards a Consistent Theory of International Criminal Law», *Oxford Journal of Legal Studies*, (33-2), 2013, p. 293 ss.

⁷ Judgment of the International Military Tribunal (Nuremberg), 1 October 1946.

⁸ RADBRUCH, «Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht», *Süddeutsche Juristenzeitung*, 1946, en: DREIER/PAULSON (eds.), *Studienausgabe*, 7.ª ed., 2003, pp. 211 ss.

Ese cambio de paradigma encontró reflejo en el art. 7 de la Convención Europea de Derechos Humanos de 1950 (cuyo apdo. 2 se denomina «cláusula de Nuremberg») y el art. 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966. Así las cosas, podemos decir, el concepto de crimen internacional no es positivista: es un «*natural wrong*», un *malum in se* cuya valoración no depende de un acto de voluntad del soberano (sea *ad intra*, mediante la promulgación de disposiciones de Derecho penal doméstico, sea *ad extra*, mediante la celebración de tratados internacionales), porque el *malum in se* «es» malo sin necesitar que nadie lo defina⁹.

Ahora bien, en ocasiones este concepto de crimen natural no va acompañado de la renuncia al relativismo valorativo, de modo que, lamentablemente, todo pasa (vuelve a pasar) a depender del consenso y del juego de las mayorías. En el Derecho penal internacional (y en el Derecho internacional de los derechos humanos) ello ha ocurrido, me aventuro a decir, porque el reconocimiento de un Derecho natural de mínimos se ha producido, por así decirlo, como fruto de una reflexión «utilitarista» –el positivismo legalista llevaba a la consecuencia insoportable de la garantía de impunidad–, no por un cambio profundo en la visión del Derecho. Y eso se nota claramente en el discurso de los derechos humanos: hay, sí, unanimidad en la etiqueta, pero en el momento en que se entra a concretar cuáles son los derechos humanos –incluso, quiénes son humanos– y su alcance, se manifiesta que tras ese discurso no hay una visión unitaria del hombre. Y el problema es que, si se mantiene la premisa relativista, el reconocimiento de los crímenes internacionales y el entusiasta discurso de los derechos humanos inviolables –«la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana», Preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos– tiene pies de barro, porque, si se me permite la expresión, es poner una vela a Dios y otra al diablo. De entrada, parece que ello no queda tan patente en la valoración de los casos extremos o nucleares (*core crimes*), en los que, *sit venia verbo*, (casi) todos los caminos llevan a Roma. Sin embargo, también en esos casos se puede vislumbrar el problema. En efecto, podríamos decir que todos estamos de acuerdo en que el exterminio de inocentes, la tortura de presos políticos o la venta de niños para la prostitución, por poner algunos ejemplos, son injustos graves. Ahora bien, para llegar a esta conclusión, unos parten de que la atrocidad es un mal en sí y la dificultad se encuentra en el plano epistemológico. En cambio, quienes quieren hacer compatible la cultura de los derechos humanos con un relativismo fuerte, llegan a aquella conclusión porque hay consenso (acuerdo) en calificar la atrocidad como mal. Y, como ocurre siempre en Derecho, el camino es tan esencial que, cuando llegamos a los casos problemáticos –conflictos entre diversos derechos humanos, fijación de los límites, ponderaciones– sale a la luz la tensión cuasi irresoluble inherente a estos planteamientos que intentan combinar derechos humanos y relativismo. Si se procede de este último modo, los derechos humanos se sustentan en un consenso frágil que nos deja desarmados (o, por lo menos, «mal armados») para lidiar con el argumento de la diversidad cultural. Solo la premisa de un núcleo de derechos vinculado a la dignidad del ser humano –y, con ello, dependiente de esta, no del legislador o del intérprete– ofrece un argumento fuerte, definitivo, para calificar como crímenes determinadas violaciones de derechos, siendo irrelevante (para afirmar el injusto) que tengan el respaldo de una determinada cultura (ej.: la mutilación genital femenina) y con independencia de que el legislador las haya criminalizado o no.

⁹ PASTOR MUÑOZ, «Why International Criminal Law Can And Should Be Conceived With Supra-Positive Law: The Non-Positivist Nature of International Criminal Legality», *Criminal Law and Philosophy*, (17), 2023, pp. 381-406.

Alguien podría decir que este problema está superado en la medida en que los derechos humanos han sido positivizados en tratados internacionales, en muchos ordenamientos jurídicos y se consideran hoy normas de *ius cogens* del Derecho internacional, por lo que el debate sobre su origen –en la naturaleza (*veritas*) o en un acto de autoridad soberana (*auctoritas*)– ha perdido su sentido. Sin embargo, hay varias razones por las cuales la base de los derechos humanos (en el Derecho natural o en el Derecho positivo) sigue siendo esencial: la primera, que solo la vigencia de los derechos humanos construida al margen de la *auctoritas* del soberano evita que estos queden al vaivén de del legislador. Es más, en segundo lugar, el punto de partida de la existencia de derechos intrínsecos a la persona es el que permite cuestionar determinadas decisiones del legislador soberano que, en su caso, podrían, pese a su *auctoritas*, carecer de *veritas*, por infringir el deber de protección del Estado o por llevar a cabo incorrectamente las ponderaciones entre derechos en caso de conflicto. De hecho, así procedió el Tribunal de Nuremberg al fundamentar la punibilidad de los crímenes nacionalsocialistas en contra de las disposiciones del Derecho positivo alemán. Además, en tercer lugar, la naturaleza de los derechos humanos –reconocidos vs. contruados– incide en gran medida en el espacio de maniobra del que dispone el intérprete. Así, una concepción positivista de los derechos humanos deja espacio al intérprete para definir (= construir) su contenido, pues aquel *solo* está vinculado por dichas disposiciones positivas, como si se tratara de disposiciones relativas a delitos *mala quia prohibita*. En cambio, una concepción iusnaturalista de los derechos humanos impone al intérprete un *corsé* en la interpretación de las disposiciones positivas que reconocen tales derechos y castigan su violación: también el intérprete –y no solo el legislador– tiene encomendada una labor de «reconocimiento» del contenido de los derechos humanos, no estando autorizado a llevar a cabo una «construcción» de su contenido con base, por ejemplo, en meros consensos políticos.

Así las cosas, es evidente que la discusión sobre lo disponible y lo indisponible para el Derecho penal –cuándo el legislador solo «reconoce» el injusto (*mala in se*) y cuándo lo construye (*mala quia prohibita*)– no es una discusión marginal que solo afecta al Derecho penal internacional y ocupa a la Filosofía del Derecho, sino un problema nuclear de nuestro Derecho penal «ordinario» que adquiere especial importancia en el contexto de nuestras sociedades culturalmente diversas. El umbral de divergencia cultural tolerable lo marca la afectación de derechos fundamentales: «es factible la admisión de la adecuación social cultural en ciertos delitos de la periferia de los *mala in se* y en los *mala quia prohibita* (...). En cambio, no cabe aceptarla en absoluto cuando la conducta realiza un tipo perteneciente al núcleo de los delitos *mala in se*»¹⁰. Y si queremos que tales derechos no tengan pies de barro, deben estar anclados en la dignidad intrínseca de la persona¹¹. Así, las diferentes culturas podrán generar visiones parcialmente divergentes de la persona, allí donde no afecten a un núcleo indisponible existente al margen de los juicios subjetivos. Que ello nos enfrenta a una ardua tarea epistemológica es, desde luego, innegable. A partir de ahí, es cierto que tanto quienes parten de derechos naturales de la persona como quienes adoptan un punto de partida relativista han de recurrir a la discusión, al diálogo, pero este será mucho más fructífero si quienes debaten buscan la verdad.

Nuria Pastor Muñoz

¹⁰ SILVA SÁNCHEZ, *Derecho penal. Parte General*, 2025, 10/112.

¹¹ SILVA SÁNCHEZ, *PG*, 2025, 4/12: «Como el propio texto constitucional advierte [art. 10.1 CE], la dignidad humana tiene un fundamento trascendente al que le pueda proporcionar cualquier orden positivo. De lo contrario, ella, a su vez, no podría ser el «fundamento del orden político y de la paz social» sin caer en circularidad. Por lo tanto, la dignidad no es el resultado de un consenso político, ni de una construcción social, ni tampoco la expresión de un valor cultural. Más allá de todo esto, constituye una cualidad ontológica –metafísica– del ser humano».