

## **LA PROTECCION DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA PERSONA SOMETIDA A PROCESO PENAL DESDE LAS NORMAS PENALES Y PROCESALES DEL DERECHO INTERNO <sup>(1)</sup>**

**Lic. SANDRA JEANNETTE CASTRO OSPINA**  
**Profesora de Derecho Procesal Penal**  
**y de Derecho Probatorio Universidad**  
**Externado de Colombia**

### **I. EL SISTEMA JURIDICO PENAL INTERNO COMO SISTEMA DE PROTECCION DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.**

Normalmente, el tema de la protección de los derechos humanos, suele abordarse como actividad de los organismos nacionales, interregionales e internacionales que se ocupan de esta materia; o como descripción de los instrumentos procesales utilizados para la "tutela directa o refleja de estos derechos" (2). No obstante, en estas acepciones del tema de protección, vislumbramos que la protección se dirige hacia el futuro; en otras palabras, opera cuando presumiblemente la violación del derecho ya se ha producido.

En nuestro criterio, el óptimo sistema de protección, aunque resulte obvio, es aquel que se efectúa como prevención del daño. De acuerdo con esto, en materia

(1) Ponencia elaborada para el seminario sobre: **La Protección Internacional de los Derechos del Hombre**, organizado por la Asociación para la Integración Latinoamericana (AIL), con el auspicio de: Conselleria de Justicia de la Generalitat de Catalunya; Ayuntamiento de Barcelona; Colegio de Abogados de Barcelona; Instituto Catalán de Cooperación Iberoamericana; Instituto de Derechos Humanos de Catalunya; Fundación Siglo XXI/Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas, Barcelona (España), marzo 23 a 25 de 1994.

(2) CASCAJO CASTRO, José Luis. **El problema de la protección de los derechos humanos en Los derechos humanos. Significación, Estatuto Jurídico y Sistema**. Publicaciones de la Universidad de Sevilla. Serie: Derecho N° 38. Salamanca, 1979, págs. 260 y ss.

de derechos humanos, el mejor sistema de protección, por ser el más inmediato, es el que el mismo Estado, en forma preventiva, a través de sus instituciones puede efectuar. El respeto y cumplimiento de las normas sustantivas y procesales dentro del proceso, el reconocimiento de los principios básicos del derecho penal y el derecho procesal, cumple con este fin de protección a través de la prevención.

En materia de protección internacional de los derechos humanos, es importante recordar que la posibilidad de los afectados de acudir ante las jurisdicciones de carácter internacional, sólo es posible previo agotamiento de los medios de impugnación internos, esto es requisito previo e indispensable para acudir ante la vía internacional (art. 26 de la Convención Europea de los Derechos Humanos; artículo 2º del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado por las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966; art. 46 inciso 1º párrafo a) de la Convención Interamericana de los Derechos Humanos). Esta exigencia, obedece a que el sistema internacional de protección de los derechos humanos es de carácter complementario respecto del sistema de protección interno, es una garantía adicional sobre la protección que deben ofrecer las leyes domésticas. "Nada obsta a que el ámbito de la protección internacional pueda ser más estrecho que el dispuesto por el Derecho Nacional, mientras que, en cambio, si el orden jurídico interno no ofrece garantía suficiente para los Derechos internacionalmente protegidos, si se estaría infringiendo el Derecho Internacional"<sup>(3)</sup>. Por su parte, el Preámbulo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos reconoce que: "Los derechos esenciales del hombre, no nacen del hecho de ser nacional de un determinado Estado, sino que tienen por fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional, coadyuvante o complementaria de la que ofrece el Derecho interno de los Estados Americanos". Es éste un argumento más de apoyo a nuestra afirmación consistente en que deben ser considerados como medios de protección inmediata de los derechos fundamentales, los sistemas jurídicos internos de prevención y respeto de los derechos fundamentales.

HECTOR FIX ZAMUDIO encuadra dentro de los instrumentos procesales de los derechos humanos "los remedios procesales indirectos", donde se encuentra

(3) NIKEN, Pedro. **La protección internacional de los derechos humanos. Su desarrollo progresivo**. Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Ed. Civitas S.A. 1987, Madrid, España, págs. 84 y ss..

incorporado el proceso ordinario (penal, civil, laboral, etc.)<sup>(4)</sup>; no obstante entiendo que el proceso ordinario no es el medio de protección de los derechos ordinarios aun cuando el proceso sea la institución necesaria para realizar uno de los derechos fundamentales, el derecho fundamental de justicia o llamado también derecho de la jurisdicción<sup>(5)</sup>, pues este derecho es inseparable del proceso como instrumento indirecto de protección de los derechos humanos, individuales y sociales.

Si bien es cierto que a través del proceso se cristaliza el derecho a la jurisdicción, encontramos que el contenido de este derecho, comprende muchos otros derechos fundamentales, para los cuales las normas penales, procesales y el proceso mismo, cumplen una finalidad de protección y garantía de su respeto. Ha entendido el Tribunal Constitucional Español en Sentencia 4/84 del 23 de enero [Recurso de amparo 295/83. Sala I. Ponente R. Gómez Ferrer, «BOE» de 18 de febrero de 1984], que el derecho a la jurisdicción comprende «el de acceso a la tutela judicial, el de conseguir una resolución fundada en derecho, sea o no favorable a las pretensiones del actor, y el de obtener la ejecución de la sentencia»<sup>(6)</sup>. El derecho de acceso a la tutela judicial está integrado por los siguientes: derecho de formular la pretensión ante órganos jurisdiccionales (juez ordinario predeterminado por la ley); derecho de acceso al «debido proceso legal» (legalidad del delito, del procedimiento y de la pena; juez ordinario predeterminado; derecho de defensa material y técnica; celeridad del proceso; proceso público; derecho a defenderse probando y controvertiendo las pruebas de cargo; el derecho de autoprotección o derecho a no declarar contra sí mismo ni contra familiares o personas con cercanía afectiva o de amistad; la presunción de inocencia; derecho de libertad y restricción de la misma de acuerdo con la ley, etc.), y por último, el derecho de acceso a la tutela judicial, también comprende el de acceder a los recursos establecidos por la ley.

Por otra parte, derechos tales como el de obtener resoluciones fundadas en derecho (motivadas y congruentes) son garantía del derecho de defensa y de la libertad; el derecho a la "tutela efectiva" incluye el de la celeridad del proceso y la legalidad del mismo.

(4) FIX ZAMUDIO, Héctor. *La protección procesal de los derechos humanos ante las jurisdicciones nacionales*. Unam. Ed. Civitas S.A. Madrid, 1982, págs. 32 y 33.

(5) Tal como lo denomina entre otros ALMAGRO NOCETE, citado por JOSE ANTONIO TOME GARCIA en *Protección procesal de los derechos humanos ante los tribunales ordinarios* (C.E. y Leyes de Desarrollo). Ed. Montecorvo S.A. Madrid, 1987, pág. 30.

(6) TOME GARCIA, José Antonio. Op. cit., pág. 47.

Como se ve, el proceso es ámbito de aplicación de las normas de derecho sustancial y procesal penal, la oportunidad donde se reflejará la concepción democrática de un Estado, por el respeto de los principios básicos que deben regir el derecho penal y procesal, que también son derechos humanos. El proceso penal así entendido, es por sí mismo protección directa e inmediata de los derechos fundamentales, que limitan una imposición arbitraria de decisiones por parte del Estado.

Dice KAMLESHWAR DAS: "Las medidas necesarias a nivel nacional para desarrollar las disposiciones de un convenio dentro de un Estado Parte son de la mayor importancia y son los medios principales para el cumplimiento de los convenios sobre derechos humanos", y cita a SIR HERSCH LAUTERPATCH quien afirmó: "La preocupación por el cumplimiento del acta de derechos no debe ocultar el hecho de que la forma más eficaz de darles existencia real es mediante la actividad normal de los tribunales nacionales y otros órganos que apliquen las leyes domésticas ["International Law and Human Rights", Nueva York, Praeger, 1950, pág. 356]<sup>(7)</sup>.

De acuerdo con lo anterior, en el ámbito del cual nos ocupamos, la mejor protección de los derechos del procesado, son las normas constitucionales, las penales, las procesales, el reconocimiento de los principios básicos del derecho penal y procesal y, la actuación de conformidad con ellos por parte de las autoridades que deben aplicarlas. La cuestión relativa a la utilidad de las normas penales y procesales para la persona sometida a proceso y para la sociedad, es de trascendental importancia; no obstante, en nuestro trabajo no nos referiremos a ella, por considerar que excedería el marco que le hemos dado al mismo.

Al margen entonces, de las críticas que se hacen a la existencia del Sistema Penal, podemos afirmar que con la aplicación de las normas penales y procesales al sindicado, se pretende, como dice GOZAINI, "realizar una justicia funcional, eficaz y solidaria" y agregaríamos garantista y protectora de los derechos de los ciudadanos de cada Estado. Una justicia administrada en esta forma es la que pretenden los ciudadanos y la comunidad internacional. Esta concepción de justicia, es concreción de uno de los derechos humanos baluarte de la humanidad, "la igualdad". Así, la Constitución Española en el inciso 1º del artículo 24 señala: "**todas las personas tienen el derecho a tener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún ca-**

(7) DAS, Kamleshwar. *Instituciones y procedimientos de las Naciones Unidas basados en convenios sobre derechos civiles y libertades fundamentales*, en *Las dimensiones internacionales de los derechos humanos*. Karel Vasak Editor General. Serbal/Unesco, 1984, pág. 430.

so, pueda producirse indefensión", que a su vez recogen lo previsto en los artículos 6-1 y 14 de la Convención Europea para la Protección de Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.

## II. CONCEPTO DE DERECHOS FUNDAMENTALES.

Si nuestro objeto en el presente escrito, como se vislumbra en su título, es demostrar que las normas penales y procesales de cada Estado, son el primero y más directo medio de protección de los derechos civiles y políticos de la persona sindicada de un delito; debemos intentar justificar porqué nos referimos a derechos fundamentales y no a derechos humanos del procesado.

En primer término, dada la ambigüedad equivocidad del concepto de derechos humanos, debemos referirnos en este trabajo a derechos fundamentales (8). Dice PEREZ LUÑO que "el término derechos fundamentales *droits fondamentaux* aparece en Francia hacia 1770 en el movimiento político cultural que condujo a la declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789. La expresión ha alcanzado luego especial relieve en Alemania, donde bajo el título de los *Grundrechte* se ha articulado el sistema de relaciones entre el individuo y el Estado, en cuanto fundamento de todo el orden jurídico-político. Este es su sentido en la *Grundgesetz* de Bonn de 1949.

"De ahí que gran parte de la doctrina entienda que los derechos fundamentales son aquellos derechos humanos positivizados en las constituciones estatales. Es más, para algún autor los derechos fundamentales serían aquellos principios que resumen la concepción del mundo (*Weltanschauung*) y que informan la ideología política de cada ordenamiento jurídico. Recientemente en el seno de la doctrina alemana se ha querido concebir los derechos fundamentales como la síntesis de las garantías individuales contenida en la tradición de los derechos públicos subjetivos y las exigencias sociales derivadas de la concepción institucional del derecho" (9). Refiere este mismo autor las críticas que se han hecho al concepto de derechos fundamentales, por restringir la filosofía de los derechos humanos a su plasmación normativa en el derecho positivo; no obstante, la tendencia es "a reservar la denominación derechos fundamentales para designar a los de-

(8) Sobre este tema entre otros: ALEMAN VERDAGUER, Salvador. *Curso de los derechos humanos*. Bosch, Casa Editorial S.A. Barcelona, 1984; CASCAJO CASTRO, José Luis y otros. *Los derechos humanos. Significación, estatuto Jurídico y Sistema*; Publicaciones de la Universidad de Sevilla. Serie: Derecho N° 38, Salamanca, 1979, págs. 13 y ss..

(9) PEREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *Delimitación conceptual de los derechos humanos*, en *Los derechos humanos*. Significación, estatuto jurídico y sistema". Op. cit., págs. 23 y 24.

rechos humanos positivados a nivel interno, en tanto que la fórmula derechos humanos es la más usual en el plano de las declaraciones y convenciones internacionales" (10).

Otro de los argumentos en contra de establecer una distinción entre derechos humanos fundamentales y otros derechos humanos, es el establecimiento de una jerarquía entre los mismos, lo cual no se justificaría en el pensamiento moderno, donde prevalece la idea de la indivisibilidad de los derechos humanos y las libertades fundamentales, lo cual presupondría un bloque único de derechos humanos que impediría situarlos en escalas jerárquicas. No obstante, existe gran número de leyes expresadas en convenciones humanitarias y en instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos que apoyan la existencia de unos derechos humanos muy fundamentales. "Se trata de la parte de derechos humanos cuya derogación no permite el derecho ni siquiera en tiempos de conflicto armado u otras situaciones de emergencia pública que amenazan la existencia de una nación. El artículo 3, común a las cuatro convenciones de Ginebra firmadas en 1949, documentos que instauran diversos mínimos humanitarios que deben respetarse en casos de conflictos que no tengan carácter internacional, enumera ciertos actos que «están y seguirán estando prohibidos en todo momento, situación o lugar». Se mencionan los actos siguientes: a) la violencia contra la vida y la persona, en especial todo tipo de asesinato, mutilación, malos tratos o tortura; b) la toma de rehenes; c) los ultrajes a la dignidad personal, especialmente el trato humillante y degradante; d) la aprobación de sentencias y la realización de ejecuciones sin juicio previo celebrado por un tribunal constituido de acuerdo con la ley, y que permita todas las garantías judiciales reconocidas como indispensables.

"La validez universal de estas normas fundamentales queda subrayada por las palabras «en todo momento, situación o lugar», que aparecen en este artículo 3, común a las cuatro convenciones de Ginebra de 1949.

"El Convenio internacional sobre derechos civiles y políticos enumera, en su artículo 4, párrafo 2, los derechos cuya derogación está prohibida incluso en ocasiones de emergencia pública, como el derecho a la vida (artículo 6), el derecho a no ser sometido a torturas y a tratos o castigos crueles, inhumanos o degradantes (artículo 7), a no ser sometido a esclavitud o servidumbre (artículo 8, párrafos 1 y 2), a no ser encarcelado por el simple incumplimiento de una obligación contractual (art. 11) la prohibición de la aplicación retroactiva de la ley penal (art. 15), el derecho al reconocimiento como persona ante la ley en toda ocasión (art. 16), y el derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión (artículo 18). Las conven-

(10) Ibidem, pág. 24.

ciones regionales de los derechos humanos contienen una cláusula similar que enumera las disposiciones que no pueden derogarse en ninguna circunstancia. El hecho de que en varios instrumentos generales de derechos humanos a nivel universal y regional se salvaguarden específicamente ciertos derechos y se señale que mantienen su pleno vigor y validez, especialmente en situaciones de grave emergencia, es un poderoso argumento en favor de la opinión de que existe al menos un catálogo mínimo de derechos humanos fundamentales o elementales" (11).

Otro de los argumentos que apoyan la opinión de la existencia de unos derechos humanos fundamentales, es el de que organizaciones internacionales distintas a las Naciones Unidas, han reconocido que ciertos valores de los derechos humanos son de una importancia tan fundamental en relación con la labor y propósitos de ellas, que han desarrollado procedimientos especiales, o han establecido unos mecanismos especiales, para promover o proteger esos valores fundamentales de los derechos humanos, incluso en ausencia de obligaciones regidas por convenios o convenciones. Así la Organización de Estados Americanos, en particular la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, aboga en favor de señalar ciertos derechos humanos como de naturaleza fundamental. "La segunda Conferencia especial interamericana (Río de Janeiro 1965) pidió a la Comisión que prestara especial atención a la observancia de los siguientes derechos humanos, encuadrados en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre: el derecho a la vida, la libertad y la seguridad personal (artículo I); el derecho a la igualdad ante la ley (artículo II); el derecho a la libertad religiosa y de credo (artículo III); el derecho a la libertad de investigación, opinión, expresión y comunicación (artículo IV); el derecho a un juicio justo (artículo XVIII); el derecho a la protección ante detenciones arbitrarias (artículo XXV) y el derecho a un proceso legal rápido (artículo XXVI). La Comisión estableció un trámite especial para el tratamiento de los comunicados que denunciaran violaciones de cualquiera de los derechos arriba mencionados [véase informe de la Organización de Estados Americanos para la Conferencia Internacional sobre Derechos Humanos, Teherán, 1968, capítulo VI, D]. Al parecer, estos derechos eran considerados de naturaleza tan fundamental que justificaban una atención especial por parte de la Comisión Interamericana sobre Derechos Humanos, así como unos poderes y procedimientos especiales en caso de presunta violación" (12).

(11) VAN BOVEN, Theodoor C. *Criterios distintivos de los derechos humanos* en *Las dimensiones internacionales de los derechos humanos*. Volumen I. Op. cit., págs. 76 y ss..

(12) VAN BOVEN, Theodoor C. Op. cit., págs. 82 y 83.

### III. LAS NORMAS PENALES Y PROCESALES EN UN ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO.

Con relación al sentido de la fórmula Estado Social y Democrático de Derecho, para vislumbrar la función que en él debe cumplir el derecho penal, refiriéndose a la fórmula adoptada por el artículo 1º, 1 de la Constitución española, dice el Profesor SANTIAGO MIR PUIG<sup>(13)</sup>: "Con ella la Constitución emplea una terminología ampliamente consagrada que apunta a una concepción **sintética** del Estado, producto de la unión de los principios propios del Estado liberal y del Estado social. Como toda síntesis, la imagen resultante del Estado supone una superación de sus componentes básicas aisladamente consideradas, lo que permite **añadir** la tercera característica de la fórmula constitucional: la democracia". Y agrega: "Del Estado **liberal** adopta, sin duda, la idea de Estado de Derecho, es decir, de Estado gobernado por el Derecho emanado de la voluntad general, expresada por los representantes del pueblo, en el cual radica la soberanía nacional (artículo 1º, 2, de la Constitución), en contraposición al estado absoluto, en el que el Derecho se halla en manos de uno o varios hombres", continúa diciendo: "Este modelo de Estado aporta a la trilogía acogida en el artículo 1º, 1, de la Constitución la exigencia de que el ejercicio de los poderes públicos respete determinadas **garantías formales**, ciertos límites que aseguren la salvaguardia de las esferas de libertad formalmente reconocidas a los ciudadanos. El Estado liberal responde a la preocupación de **defender a la sociedad del Estado**, lo que pretende conseguir mediante la técnica formal de la división de poderes y el principio de legalidad.

"El Estado **social**, en cambio, supone el intento de derrumbar las barreras que en el Estado liberal separaban a Estado y sociedad. Si el principio que regía la función del Estado liberal era la **limitación** de la acción del Estado, el Estado social se erige a continuación en **motor activo** de la vida social. Si el Estado liberal pretendía reducirse a asegurar las garantías jurídicas y, por tanto, meramente **formales**, el Estado social se considera llamado a modificar las **efectivas** relaciones sociales. Del Estado-arbitro imparcial, del Estado-guardián preocupado ante todo por no interferir en el juego social, se pasa progresivamente al Estado **intervencionista** que deviene **Welfare State**". Anota el mismo autor, que la aparición del Estado social como Estado intervencionista, condujo, en algunos países a sistemas políticos totalitarios. Este hecho evidenció la necesidad de un Estado que sin abandonar sus deberes con la sociedad, sin dejar de ser «social», reforzara sus límites jurídicos, pero en un sentido democrático, reconociendo al ciudadano su calidad de ser

(13) MIR PUIG, Santiago. *Función de la pena y teoría del delito en el estado social y democrático de derecho*. 2ª edición, Bosch, Casa Editorial, S.A. Barcelona, 1982, págs. 19 y ss.. Del mismo *Derecho Penal. Parte general*. PPU. Barcelona. 1990, págs. 71 y ss.

humano, dotado de unos derechos derivados de su dignidad humana, de la igualdad de los hombres y su facultad de participación en la vida social<sup>(14)</sup>.

Un derecho penal, en tal contexto de Estado, dice el profesor MIR PUIG, "debe asumir varias funciones, correlativas a los distintos aspectos que en él se combinan. En cuanto derecho penal de un Estado Social, deberá legitimarse como sistema de protección efectiva de los ciudadanos, lo que le atribuye la función de prevención en la medida —y sólo en la medida— de lo necesario para aquella protección. Ello ya constituye un límite de la prevención. Pero en cuanto Derecho Penal de un Estado democrático de Derecho, deberá someter la prevención penal a otra serie de límites".

Cada modelo de Estado tiene su particular concepción del Derecho Penal y de su función. El Estado social y democrático de Derecho, en criterio del profesor MIR PUIG, determina la función y límites de la pena (y por ende del derecho penal). Precisamente, es la función de la pena y sus límites, la que fundamenta la teoría del delito y el derecho penal: "El principio de **Estado de Derecho** impone el postulado de un sometimiento de la potestad punitiva al Derecho, lo que dará lugar a los límites derivados del **principio de legalidad**. La idea del **Estado social** sirve para legitimar la función de prevención en la medida en que sea necesaria para proteger a la sociedad. Ello implica ya varios límites que giran en torno a la exigencia de la necesidad social de la intervención penal. Por último, la concepción del **Estado democrático** obliga en lo posible a poner el Derecho Penal al servicio del ciudadano, lo que puede verse como fuente de ciertos límites que hoy se asocian al respeto de principios como los de **dignidad humana, igualdad y participación del ciudadano**". Los límites al **ius puniendi** en un Estado Social, según el profesor MIR PUIG, son: El principio de utilidad de la intervención penal, el principio de subsidiariedad y carácter fragmentario del Derecho Penal, el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos.

El concepto de Estado Democrático, tiene como límites los principios de humanidad, de culpabilidad, de proporcionalidad y de resocialización<sup>(15)</sup>.

Con relación al derecho procesal, valga citar al profesor MAURO CAPPELLETTI, quien refiriéndose al artículo 3° apartado 2° de la Constitución Republicana Italiana, dice: "Hoy existe el art. 3, apartado 2°; hoy la concepción proclamada por la Constitución republicana no es ya la de un Estado formal de derecho, sino de un

(14) MIR PUIG, Santiago. **Derecho penal. Parte general**. Op. cit., págs. 72, 73 y 103.

(15) MIR PUIG, Santiago. **Derecho penal. Parte general**. Op. cit., págs. 81 y ss.; 119 y ss.

Estado Social de Derecho", y característica de este último es por cierto, esencialmente, la intervención activa del Estado, a través de todas sus funciones, con el fin de tornar **efectiva** esa igualdad que es puesta de hecho en peligro por situaciones **subjetivas** de carácter económico, cultural y social. He aquí por qué, hoy los grandes y fascinantes problemas del proceso y del procesalista no son ya ciertas rumiaduras dogmáticas, que pudieron tener un significado e incluso ser su gloria en otras épocas; los grandes problemas de hoy son los de la **accesibilidad** del instrumento procesal de la **efectividad** de la justicia, con todos aquellos análisis incluso sociológicos, que se tornan necesarios al fin de entender críticamente esos problemas de accesibilidad y efectividad" (16).

El derecho procesal, como bien lo dice CAPPELLETTI, no es un simple y vacío instrumento del derecho sustancial, sino que ha de estar influido de elementos externos, de valores, de ideologías; al fin y al cabo se trata de reglas de la actividad humana, aplicadas por hombres y para hombres (17). Así, en un Estado Social y Democrático de Derecho, el derecho procesal tiene por función garantizar que la solución de los conflictos será realizada por parte del Estado, a través de la administración de justicia (Estado Social); que esta solución del conflicto no será arbitraria, que se regulará por unas normas jurídicas (Estado de Derecho), y, que permitirá la intervención de las personas afectadas con el proceso, quienes conocerán plenamente la forma como se llega a la decisión y habrán tenido oportunidad de presentar pruebas y argumentaciones y discutir las que se presenten en su contra (Estado Democrático) (18).

La función que deben cumplir las normas sustanciales y procesales del derecho penal en un Estado Social y Democrático de Derecho, deben ser rescatadas hoy más que nunca, cuando las constantes transformaciones políticas, so-

(16) CAPPELLETTI, Mauro. *Proceso, ideologías, sociedad*. Ediciones Jurídicas Europa América. Buenos Aires, 1974, pág. 237.

(17) CAPPELLETTI, Mauro. *Proceso, ideologías, sociedad*. Traducción de Santiago Sentis Melendo y Tomás A. Banzhaf. Ediciones Jurídicas Europa América. Buenos Aires, 1974, págs. 3 a 5 y 24 a 28.

(18) Dice el inolvidable Maestro Piero CALAMANDREI, que el proceso debe servir concretamente a la justicia, debe servir a los hombres "por tanto, para permanecer fieles a esta obligación, es necesario persuadirnos cada vez más de que el proceso objeto de nuestros estudios no es como el legislador lo ha previsto en abstracto sino como lo hacen vivir, como lo «representan» (en el sentido teatral de la palabra) los hombres, jueces y justiciables, que participan en él en concreto, y que no son muñecos mecánicos contruidos en serie, sino hombres vivos, cada uno situado en su mundo individual y social, con sentimientos, intereses, opiniones y costumbres...". "Proceso y Democracia". Ediciones Jurídicas Europa América. Buenos Aires, 1960, pág. 55.

ciales y económicas, están creando en la ciudadanía una demanda de seguridad, que si bien lograría la tranquilidad ciudadana, se estaría obteniendo a costa de las garantías penales y procesales, en últimas de los derechos fundamentales que posee la persona sometida al proceso penal. Sobre este galopante abandono de las garantías, nos llama la atención LUIGI FERRAJOLI, quien refiriéndose al sistema penal italiano (no muy distinto a los ordenamientos penales contemporáneos), critica la coexistencia de dos subsistemas penales y procesales, paralelos y autónomos. El primero el que aparece en los estatutos penales y procesales (por así decirlo) y que en principio, aparece sometido a las clásicas garantías del Estado de Derecho, tales como la estrecha legalidad y la taxatividad de las hipótesis criminales, la intermediación de las penas con los delitos, la responsabilidad personal, el juicio contradictorio, la presunción de inocencia, la carga acusatoria de la prueba, la calidad de tercero del juez y su independencia bajo la ley. El segundo de esos subsistemas (el policial), aparece explícitamente substraído a tales garantías e informado por meras razones de seguridad pública, aunque incide, de la misma manera que el primero, sobre la libertad de las personas<sup>(19)</sup>. Y agrega: "En semejantes condiciones hablar de función de la pena —retributiva, reeducativa o preventiva— parece bastante irreal y académico a causa del defecto no de las funciones, sino, antes todavía, del medio que tales funciones deberían asegurar. Los sistemas punitivos modernos —gracias a sus contaminaciones policíacas y a las rupturas más o menos excepcionales de sus formas garantistas— se dirigen hacia una transformación en sistemas de control siempre más informales y siempre menos penales. De tal manera el verdadero problema, penal de nuestro tiempo es la crisis del derecho penal, o sea de ese conjunto de formas y garantías que le distinguen de otra forma de control social más o menos salvaje y disciplinario. Quizá lo que hoy es utopía no son las alternativas al derecho penal, sino el derecho penal mismo y sus garantías; la utopía no es el abolicionismo, lo es el garantismo, inevitablemente parcial e imperfecto". Continúa diciendo: "Si todo esto es verdad, entonces el problema normativo de la justificación del derecho penal vuelve a adquirir hoy el sentido originario que tuvo en la edad del iluminismo, cuando fueron puestos en cuestión los ordenamientos despóticos del antiguo régimen. De tal manera, el asunto se identifica con el problema de las garantías penales y procesales, o sea, de las técnicas normativas más idóneas para minimizar la violencia punitiva y para maximizar la tutela de los derechos de todos los ciudadanos, tanto de los desviados como de los no desviados"<sup>(20)</sup>.

(19) FERRAJOLI, Luigi. *El derecho penal mínimo en Poder y control*. Revista Hispano-latinoamericana de disciplinas sobre el control social. N° 0 1986, P.P.U. Barcelona, págs. 25 a 48.

(20) FERRAJOLI, Luigi. Op. cit., págs. 44 y 45.

Entonces, como anota FERRAJOLI: "La seguridad y la libertad de los ciudadanos no son en efecto amenazadas únicamente por los delitos, sino también, y habitualmente en mayor medida, por las penas excesivas y despóticas, por los arrestos y procesos sumarios, por los controles de policía arbitrarios e invasores; en una palabra, por aquel conjunto de intervenciones que se definen con el noble nombre de «justicia penal» la que quizás, en la historia de la humanidad, ha costado más dolores e injusticias que el total de los delitos cometidos. Seguramente mayor que los daños producidos por todos los delitos castigados y prevenidos ha sido, en efecto, el daño causado por aquella suma de atrocidades y de infamias — torturas, suplicios, expoliaciones, masacres— que provocó la mayor parte de los ordenamientos punitivos premodernos, desde el antiguo Egipto a la Santa Inquisición, a la que muy difícilmente puede reconocérsele una función cualquiera de «defensa social». Otro tanto debe decirse acerca de la justicia penal en los años oscuros del nazismo alemán y del stalinismo soviético, pero aún hoy de muchos regímenes militares y fascistas del tercer mundo, comenzando por el nuestro, que el arbitrio judicial y policial, producido por la crisis contemporánea de las garantías penales y procesales, hacen incierto y problemático el balance de los costos y de los beneficios del derecho penal, como también su justificación" (21).

De acuerdo con lo expuesto hasta aquí, se justifica entonces reivindicar las funciones de las normas penales, procesales y del sistema jurídico penal mismo, en un Estado Social y Democrático de Derecho, como medios de protección inmediatos de los derechos fundamentales de los ciudadanos, como mecanismo más efectivo de protección de los mismos.

#### **IV. LA INTERPRETACION HUMANITARIA EVOLUTIVA POR PARTE DE LOS JUECES RESPECTO DE LAS NORMAS RELATIVAS A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DEL PROCESADO.**

En el planteamiento liberal de división de poderes y protección de los derechos, al juez no le correspondían funciones creadoras en el terreno de los derechos fundamentales, éste tenía por función la protección de los mencionados derechos, el control de los órganos del Estado y la decisión sobre las acciones de los particulares atentatorias del disfrute de tales derechos.

Hoy podría decirse que por la influencia del derecho anglosajón, el papel de la judicatura no se limita a la protección de los derechos, sino que se le ha reconocido incluso su capacidad creadora. En los países del Common Law, la consagración del estatuto de los derechos fundamentales se ha ido gestando a través de los precedentes judiciales. En Alemania, los jueces apoyados en un importante

(21) FERRAJOLI, Luigi. Op. cit., pág. 46.

sector doctrinal, han considerado que a todos les incumbe "un rol normativo en aquellos supuestos en que el poder legislativo no ha desarrollado las cláusulas generales de la *Grundgesetz*, o cuando las normas establecidas no se han ajustado a los principios constitucionales"<sup>(22)</sup>.

Debe tenerse presente que en muchas ocasiones, durante el desarrollo de la vida cotidiana, se plantean al juez situaciones relacionadas con la dignidad y humanidad de la persona sometida a proceso (V. gr. libertades condicionales, suspensiones de pena por grave enfermedad, permisos especiales, etc.), frente a las cuales ni normas internacionales, ni constitucionales ni legales aportan soluciones concretas y casuísticas; no obstante, son de trascendencia frente a la situación de tratamiento igualitario, digno y humano del procesado. Frente a ellas, en el sistema de derecho continental, el juez tiene capacidad interpretativa de creación y de protección, a partir de los valores superiores protegidos en la Constitución y los tratados internacionales, y también, con fundamento en los principios constitucionales; los cuales le permitirán encontrar una solución que logre el favorecimiento de los derechos de quien está sometido a proceso <sup>(23)</sup>.

(22) PEREZ-LUÑO, Antonio Enrique. Op. cit., pág. 231.

(23) Dicen con relación a este tema FREIXES SANJUAN, Teresa y REMOTTI CARBONELL, Juan Carlos. ["**Los valores y principios en la interpretación constitucional**" en *Revista Española de Derecho Constitucional*. Año 12. Núm. 35. Mayo-agosto 1992. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, págs. 97 a 109]: "El art. 1.1 CE dispone que la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político quedan configurados como valores superiores del ordenamiento jurídico en el marco del Estado Social y Democrático de Derecho. Por otra parte, la doctrina comúnmente aceptada señala, por ejemplo, y entre otros, los principios democrático, social, autonómico, parlamentario, etc., como estructuras básicas constitucionales acompañadas de otros principios, algunos positivados (como el de legalidad o el de jerarquía normativa) y otros extraídos en un proceso hermenéutico constitucional (como el de corrección funcional).

"Dichos valores y principios no abren el camino a un «activismo judicial» de corte estadounidense que permita la creación de normas con valor constitucional a partir de un desarrollo jurisprudencial de la propia Constitución; tampoco lo abre a lo que la jurisprudencia alemana ha denominado «tiranía de los valores», es decir, la aplicación indiscriminada de valores, positivados o no, por parte del intérprete constitucional.

"La positivación de los valores y principios, es decir, su inclusión en normas jurídicas constitucionales, que son las normas supremas del ordenamiento y que tienen eficacia directa, no permite en primer lugar, eludir su aplicación ni, en segundo término, realizar cualquier interpretación valorativa. Por otra parte, la interpretación y aplicación de las reglas jurídicas deben ajustarse a un orden de valores previo y determinado, que está descrito en la Constitución. Además, los principios de los cuales se han de extraer reglas también deben responder a estructuras constitucionales claras e indiscutidas. Los valores y principios toman así un carácter institucional que ha de impregnar las reglas jurídicas tanto a nivel estructural como funcional (Véase N. BOBBIO, *Dalla struttura alla funzione*, 1977)".

Y agregan más adelante al distinguir entre valores, principios y reglas como formas que pueden adoptar las normas jurídicas constitucionales: "Los valores enumeran cláusulas generales o fi-

Abogamos por una interpretación humanitaria, evolutiva, de las normas internacionales y del concepto mismo de derecho fundamental (24).

El concepto de "interpretación humanitaria", se ha referido a las normas de los tratados de derechos humanos, comoquiera que estas se han redactado en términos generales para facilitar una interpretación evolutiva positiva del significado de los conceptos. Tal idea de interpretación ha surgido de lo previsto en el

nalidades. Las reglas contienen disposiciones específicas. Valores y reglas están positivados, es decir, constan de forma explícita y concreta y pueden claramente apreciarse a través de una simple interpretación lingüística. Los principios se extraen de reglas constitucionales, y, una vez determinados, tienen proyección normativa; consisten, pues, en palabras de M. ARAGON (*Constitución y democracia*, 1989), en fórmulas de derecho fuertemente consensuadas que albergan en su seno gérmenes de reglas jurídicas; lo que equivale a afirmar que los principios no siempre constan explícitamente en el texto constitucional (salvo excepciones como la del principio de legalidad), pero que pueden fácilmente deducirse del mismo a través de una interpretación estructural y sistemática.

"Los valores, en términos de Stick (citado por M. Aragón en ob. cit.), son «impredictibles», es decir, plantean diversidad de opciones jurídicas libres. Los principios, según el mismo autor, son en cambio, «indeterminados» y comportan la discrecionalidad del intérprete, que se concreta en criterios objetivos que el propio derecho proporciona, teniendo en cuenta que la indeterminación reside en el grado de relación del principio con las reglas que de él pueden derivar, no en relación al propio principio (y aquí reside la diferencia respecto de los llamados conceptos jurídicos indeterminados, los cuales plantean la indeterminación sobre el propio concepto). "Las reglas constitucionales precisan casi siempre una interpretación operativa (en el sentido explicitado por WROBLEWSKI en *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, 1985), que no puede identificarse con la interpretación de valores y principios, ya que el grado de sujeción del intérprete a la regla es mayor que el grado de sujeción en la interpretación de los principios y valores. El legislador, al crear reglas jurídicas que han de responder a valores, y principios, tiene mayor libertad de acción con los valores, menos con los principios y menos aún con las reglas. El juez aplica las reglas de conformidad a los valores y a veces se ve obligado a recurrir a los principios para deducir de los mismos una solución adecuada al caso concreto. En todos estos supuestos, los valores y los principios desempeñan una función esencial como criterios orientadores de la decisión del intérprete (véase L. PRIETO SANCHIZ, *Poder judicial*, n. 11), tanto legislativo como judicial, ya que tales órganos están vinculados no a sus propios criterios, sino a estructuras jurídicas determinadas en la propia Constitución".

- (24) Dice el Maestro CALAMANDREI "El peligro mayor que amenaza a los jueces en una democracia, y en general a todos los funcionarios públicos, es el peligro del hábito, de la indiferencia burocrática, de la irresponsabilidad anónima. Para el burócrata los hombres dejan de ser personas vivas y se transforman en números, cédulas y fascículos: en un "expediente"...". Y agrega más adelante: "Quien reflexiona en el peso de los dolores humanos que está encomendado a la conciencia de los jueces se pregunta cómo ellos, con tan terrible tarea, pueden dormir con tranquilidad. Sin embargo, el sistema de legalidad entendido en forma demasiado escolástica, con el ingenioso mecanismo del silogismo judicial, parece hecho a propósito para privar al juez del sentido de su terrible responsabilidad y para ayudarlo a dormir sin angustias". *Proceso y Democracia*. Op. Cit., págs. 80 y 81.

artículo 31.1 de la Convención de Viena para la interpretación de los tratados. Conforme a ella, los términos del tratado deben ser interpretados teniendo en cuenta su objeto y fin; es una orientación teleológica que tiende a favorecer el interés del ser humano protegido por el convenio internacional.

La interpretación humanitaria evolutiva, es vehículo para extender el alcance de protección de los derechos fundamentales; es dinámica, porque da vida al tratado cada vez que se modifican las valoraciones sociales, o se crean nuevos medios para atentar contra los derechos fundamentales, o se presentan situaciones no previstas en los tratados o distintas a las que sirvieron de sustento para la consagración de derechos<sup>(25)</sup>. Ejemplos de esta interpretación evolutiva, relacionada con la protección de los derechos del procesado, son dos pronunciamientos de la Corte Europea. El caso Tyrer "a propósito de la incompatibilidad entre ciertas formas de castigo corporal judicial previstas en la legislación de la Isla Man (Reino Unido) y la prohibición de penas degradantes contenida en el artículo 3° de la Convención, la Corte enfatizó que ésta «es un instrumento vivo que, como la Comisión acertadamente destacó, debe ser interpretado a la luz de las condiciones presentes hoy en día» [Eur Court H.R., Tyrer Case, Judgement, of 25 april 1978, Serie A, núm. 26, par. 31]. En el caso "Airey", la Corte interpretó que "la asistencia jurídica gratuita, prevista por la Convención para los procesos penales, se debe también en los civiles cuando ella es indispensable para garantizar el ac-

(25) Dice FRANK C. NEWMAN en las conclusiones del trabajo sobre "derechos civiles y políticos", que elaboró junto con KAREL VASAK, que de la aplicación de los instrumentos sobre derechos humanos promulgados por las Naciones Unidas, durante sus treinta primeros años de existencia, pueden extraerse varios errores, entre los cuales se encuentra el de pensar que las palabras que parecen menos aplicables no pueden cumplirse; en este punto cita NEWMAN la exigencia de un "juicio justo", previsto como derecho de toda persona en el artículo 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; el artículo 14.1 del Convenio sobre Derechos Civiles y Políticos; artículo 6.1 de la Convención Europea sobre Derechos Humanos. El intento que deben hacer los Estados es cumplir estas exigencias del derecho internacional, sin que la dificultad de cumplimiento justifique la inaplicación o violación de sus contenidos. Y termina diciendo "deben examinarse todos los términos de todos los documentos relevantes. De no hacerse así, las personas estarán mal aconsejadas sobre cuáles son verdaderamente los derechos humanos que les corresponden. La práctica y los casos que sólo afectan a los términos de evidente aplicación pueden llevar a confusiones respecto al pleno significado e importancia de otros términos de aplicación menos evidente". Y para ilustrar el problema, cita: "cabe acudir a las actitudes hacia la Normativa mínima de las Naciones Unidas para el trato a los presos exentos de amparo de tal normativa. Con todo, una de las principales funciones de la Normativa es la de detallar el significado de las palabras "trato cruel, inhumano o degradante", que aparecen en el Acta Internacional de los Derechos Humanos. Para el jurista que sólo trabaje con la Normativa mínima, la aplicabilidad de cinco frases sobre derechos humanos no será evidente. Sin embargo, a menudo, llevan un peso mayor". En *Las Dimensiones Internacionales de los Derechos Humanos*. Op. Cit., págs. 242 y ss.

ceso efectivo al juez y el derecho a un juicio justo. Poco importa, según esa apreciación, que tal interpretación introduzca en la Convención Europea elementos de los derechos económicos, sociales y culturales que le son ajenos, pues «la Convención debe leerse a la luz de las condiciones de la vida de hoy», de modo que si «ella enuncia por lo esencial derechos civiles y políticos, numerosos de entre ellos tienen prolongaciones de orden económico y social. Con la Comisión, la Corte no estima, pues, que debe descartar tal o cual interpretación por el simple motivo que al adoptarla se arriesgaría a incursionar en la esfera de los derechos económicos y sociales, ningún compartimiento estanco separa a esa esfera del ámbito de la Convención» [Court Eur. D.H., *Affaire, Airey arrêt du 10 octobre 1979*, serie A, núm. 32]" (26).

Es preciso, tal y como se ha reconocido también en relación con los tratados sobre derechos humanos, que la utilización de términos genéricos en los mismos, no siempre promueven una interpretación evolutiva en sentido progresivo. Sobre esta advertencia, válida para la interpretación de normas constitucionales, penales y procesales, se ha dicho que la valoración social de los conceptos recogidos en un tratado puede tornarse restrictiva respecto de la existente para la época de su conclusión; pues una interpretación amplia y progresiva podría conducir a un resultado regresivo. Este problema se plantea con los conceptos jurídicos indeterminados, donde la imprecisión semántica conduce a que su significado concreto pueda depender de la ideología del intérprete y de la valoración social predominante en el tiempo de la interpretación. Tales conceptos pueden servir de base para la definición y el desarrollo del contenido de la protección; o pueden ser empleados para señalar o autorizar restricciones a los derechos protegidos; o incluso con sentido ambivalente. Tal fenómeno sucede con términos como los de orden público, seguridad pública, seguridad nacional; estas nociones pueden conducir a abusos que en la práctica privan de contenido real a los derechos humanos internacionalmente protegidos (27).

En definitiva, el interés jurídico que deben tutelar los jueces al interpretar los tratados relativos a los derechos humanos, las normas constitucionales, penales y

(26) NIKKEN, Pedro. **La Protección Internacional de los Derechos Humanos: Su desarrollo progresivo**. Instituto interamericano de derechos humanos. Ed. Civitas S.A. 1987. Madrid, págs. 92 y ss.

(27) NIKKEN, Pedro. Op. Cit., págs. 97 y ss. Este autor cita a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la cual ha subrayado que «de ninguna manera podrían invocarse el 'orden público' o el 'bien común' como medios para suprimir un derecho garantizado por la Convención o para desnaturalizarlo o privarlo de contenido real» [Corte IDH: La Colegiación obligatoria de periodistas (arts. 13 y 29) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC 5 del 13 de noviembre de 1985, par. 67].

procesales, es el "ser humano". La tendencia ha de ser, la de aplicarlas en el sentido en que mejor garanticen la protección integral de los derechos fundamentales de quien está sometido a un proceso penal.

### BIBLIOGRAFIA

ALEMANY VERDAGUER, SALVADOR. **Curso de derechos humanos**. Bosch, Casa Editorial S.A., Barcelona, 1984.

**Anteproyecto del Código Procesal Penal de La República de El Salvador**. Comisión Redactora del Código Procesal Penal. Ministerio de Justicia. Dirección General de Asistencia Técnico Jurídica. San Salvador (El Salvador). Julio de 1993.

CALAMANDREI, PIERO. **Proceso y democracia**. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1960.

CAPPELETTI, MAURO. **Proceso, ideologías, sociedad**. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1974.

CASCAJO CASTRO, JOSE LUIS; DE CASTRO CID, BENITO; GOMEZ TORRES, CARMELO; PEREZ LUÑO, ANTONIO ENRIQUE. **Los derechos humanos. Significación, estatuto jurídico y sistema**. Publicaciones de la Universidad de Sevilla. Serie: Derecho N° 38 - 1979.

FERRAJOLI, LUIGI. **El derecho penal mínimo**. en **Poder y control**. Revista Hispano-latinoamericana de disciplinas sobre el control social N° 0. 1986. Prevención y Teoría de la Pena; Presente y alternativas. P.P.U. Barcelona, 1986, págs. 25 a 48.

FIX ZAMUDIO, HECTOR. **La protección procesal de los derechos humanos. Ante las jurisdicciones nacionales**. Ed. Civitas S.A., Madrid, 1982.

FREIXES SANJUAN, TERESA y REMOTTI CARBONELL, JOSE CARLOS. **Los valores y principios en la interpretación constitucional**. En **Revista Española de Derecho Constitucional**. Año 12. Núm. 35 mayo-agosto 1992. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1992, págs. 97 y ss.

GARCIA DE ENTERRIA, EDUARDO; LINDE, ENRIQUE; ORTEGA, LUIS IGNACIO; SANCHEZ MORON, MIGUEL. **El sistema europeo de protección de los derechos humanos**. Ed. Civitas S.A., Madrid, 1979.

GOZAINI, OSVALDO ALFREDO. **Introducción al Nuevo Derecho Procesal**. Ediar, Buenos Aires, 1988.

MIR PUIG, SANTIAGO. **Derecho Penal. Parte General**, 3ª edición, P.P.U. Barcelona, 1990, págs. 71 a 74.

MIR PUIG, SANTIAGO. **Función de la pena y teoría del delito en el Estado Social y Democrático de Derecho**. Bosch, Casa Editorial, S.A. Barcelona, 1982.

NIKKEN, PEDRO. **La protección internacional de los derechos humanos: Su desarrollo progresivo**. Instituto Interamericano de derechos humanos. Ed. Civitas. S.A., Madrid, 1987.

TOME GARCIA, JOSE ANTONIO. **Protección procesal de los derechos humanos ante los Tribunales Ordinarios**. Ed. Montecorvo, S.A., Madrid, 1987.

VASAK, KAREL. **Las dimensiones internacionales de los derechos humanos**. Volúmenes I, II. Ed. General Serbal/Unesco. Barcelona, 1984.