

DERECHOS HUMANOS, GARANTÍAS FUNDAMENTALES Y ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

José Thompson

Asistente de la Dirección Ejecutiva del IIDH Profesor de la
Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica.

Introducción

Antes de entrar en la consideración de los vínculos que se establecen entre la Administración de Justicia y el Derecho de los Derechos Humanos,¹ es preciso determinar el concepto de derechos humanos al cual haremos referencia.

De las múltiples interpretaciones que se dan a los derechos humanos como fenómeno y no exclusivamente como rama del ordenamiento jurídico,² nos remitimos, a los efectos de esta ponencia, a la concepción normativa que deriva consecuencias a partir de la forma y el contenido que las normas vigentes asumen y determinan.

1 Sobre la expresión *Derecho de los Derechos Humanos*, véase Piza Escalante, Rodolfo, *Derecho y Derechos Humanos*, en *Manual de Cursos*, Recopilación de Conferencias, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, agosto 1987.

2 Los derechos humanos pueden concebirse como fenómeno político, es decir, como los juegos y movimientos de poder que generan, o bien como principios de orden moral, como lo hacía el jusnaturalismo en su forma más clásica. Estas son al menos dos de los más populares acercamientos al tema de *derechos humanos*.

Deslindar cuáles sean normas de derechos humanos es hoy, en día, una tarea bastante más fácil, en particular en los ordenamientos de raíz románica, al presentarse en dos campos fundamentales: a la Constitución nacional y los instrumentos internacionales.

Esta dualidad, sin embargo, resulta de enorme importancia, como se verá, para el tema que nos ocupa y, a la vez, crea problemas no menores para la aplicación misma de los derechos humanos. Si la compatibilidad de las normas internas y las internacionales en general no está del todo resuelta por la doctrina y la práctica jurisprudencial, resulta claro que en una rama del Derecho tan compleja como los derechos humanos, en sí misma constituida por dos órdenes y con órganos especializados de función jurisdiccional en el plano internacional, asume características propias.

Nos inclinamos por apoyar nuestras conclusiones en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Las razones son dos. En primer término, porque las normas internacionales han sido creadas, precisamente, para suplir las insuficiencias de las nacionales y al mismo tiempo para uniformar los criterios sobre la correcta aplicación de los derechos humanos.³ Además, porque el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, a diferencia de las ramas tradicionales del Derecho Internacional Público, no sólo establece obligaciones para los Estados (lo que, obviamente, incluye al Poder Judicial y significa la posibilidad de rever, si no revisar, en sede internacional las decisiones de los órganos jurisdiccionales internos), sino que crea derechos directa e inmediatamente reclamables por los individuos sometidos a la jurisdicción de ese Estado. En otras palabras, las normas internacionales en materia de derechos humanos, no sólo rigen las relaciones entre Estados (o entre estos y las organizaciones internacionales) sino que establecen obligaciones dobles para los Estados: de frente a los otros Estados y los órganos establecidos en caso de incumplimiento de las prescripciones de respeto hacia los derechos que el o los instrumentos contienen; y de frente a los individuos sometidos a su poder, en tanto ellos se hallan legitimados para denunciar y perseguir (con mayor o menor amplitud, según el sistema) las violaciones a tales derechos, siempre de acuerdo con su descripción en los instrumentos del caso. Esta característica, de hecho, define al Derecho Internacional de los Derechos Humanos como diferente de las otras ramas internacionales.

3 De hecho, la consagración constitucional de los derechos humanos precede en mucho la internacional y por ello mismo, uno de los motores de esta última fue la conciencia de que no se trataba del *descubrimiento* de nuevas normas, sino más bien de su uniformidad.

Dada la cantidad de normas y sistemas⁴ que integran el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y por el interés que tiene para América Central y el Caribe,⁵ haremos uso del sistema interamericano de derechos humanos y, dentro de él, pondremos énfasis en la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José.⁶

En tal sentido, nos afiliamos a la terminología que distingue como derechos humanos la descripción de contenido de las normas obligatorias y como garantías, los mecanismos de protección establecidos en caso de incumplimiento.

I. La relación entre los derechos humanos y la administración de justicia

De acuerdo con la concepción que hemos adoptado, los derechos humanos son una rama jurídica. De ahí que su relación con la Administración de Justicia resulte bastante obvia.

En efecto, contemplados en su doble aspecto (constitucional e internacional) los derechos humanos requieren de institucionales que hagan coactivo su carácter coercitivo. Dejando de lado las dudas o replanteamientos sobre la coactividad de las normas internacionales, que no interesa aquí puesto que nuestro objeto es la Administración de Justicia nacional y no los tribunales internacionales, es claro que la primera relación que puede establecerse es la función del Poder Judicial como garante del cumplimiento de las obligaciones de derechos humanos.

Sea que las obligaciones provengan de la Constitución o leyes constitucionales o bien de los Tratados internacionales (en evento y sólo en

4 Fundamentalmente el sistema universal dentro del marco de las Naciones Unidas y los sistemas regionales: europeo, interamericano y africano. Sobre el tema véase: Héctor Gros Espiell, *Universalismo y Regionalismo en la Protección Internacional de los Derechos Humanos*, en los Tratados sobre Derechos Humanos y la Legislación Mexicana, UNESCO, México, 1981. Además: Adam Lopatka, *El Regionalismo Europeo en el área de la promoción y protección de los Derechos Humanos*. Héctor Gros Espiell, *Los Derechos Humanos en las Relaciones Este-Oeste*. Karel Vasak, *La Protection internationale des droits de l'homme dans le cadre des organisations regionales*. Société Française pour le Droit Internationale Regionalisme et Universalisme dans le Droit International Contemporaine Pedone, Paris, 1973.

5 Son firmantes de la Convención Americana: Argentina, Barbados, Bolivia, Colombia, Costa Rica, Chile, Ecuador, El Salvador, Estados Unidos, Grenada, Guatemala, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Suriname, Uruguay, Venezuela.

6 Suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia especializada Interamericana sobre Derechos Humanos.

cuanto crean obligaciones del Estado directamente reclamables por el individuo), es el Poder Judicial el encargado de constatar, descartar o aceptar y, en su caso, sancionar las violaciones que el Estado⁷ ha hecho de los derechos humanos.

Es evidente que, en cambio, aquellas violaciones reclamables por los Estados por incumplimiento de obligaciones internacionales en materia de derechos humanos por parte de otro Estado, o las denuncias individuales ante los órganos internacionales de protección de derechos humanos,⁸ tocan sólo de manera tangencial, a veces como medio o bien como objeto, al Poder Judicial.

Por ello mismo, es esencial tener en cuenta nuestra precisión inicial en el sentido de que las normas internacionales (puesto que sobre las nacionales no podría haber duda) crean derechos inmediatos para los individuos del Estado que acepta y asume como obligatorias tales normas y no sólo compromisos reclamables en vía jurisdiccional internacional.

De acuerdo con tal postulado, el Juez, en cualquier caso que conozca, que involucre o pueda involucrar la aplicación de las normas de derechos humanos, no podrá limitarse a los nacionales sino que deberá tener en consideración las prescripciones internacionales.

En refuerzo de esta tesis, pueden observarse las disposiciones de los Tratados que obligan a los Estados a modificar las normas (de la jerarquía que sea) que se opongan o aparten de las obligaciones de derechos humanos contraídas en el mismo instrumento.⁹

7 Nos adherimos a la concepción sostenida por múltiples organizaciones internacionales, en el sentido de que derechos humanos, con concepto normativo, se restringe a actuaciones directa o indirectamente efectuadas por el Estado. Las violaciones de derechos humanos cometidos por individuos constituyen delitos.

8 En la medida en que se permita el acceso al individuo, lo cual varía según el sistema. En el caso europeo e interamericano, véase, Thompson (José) *El Procedimiento contencioso en los sistemas europeo e interamericano de protección de los derechos humanos*, Tesis de maestría, Derecho Internacional, Universidad Deglistudio di Perugia, Istituto di Studi Giuridice.

9 Así, artículo 2, Convención Americana: Deber de adoptar disposiciones de derecho interno: *Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviera ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.*

Comprendemos, claro está, que nuestra afirmación debe matizarse en función de la jerarquía que la Constitución asigne a las normas internacionales en general. Volveremos sobre este punto más adelante.

En todo caso, es innegable que el juez tiene una función garante de los derechos humanos.

Existe, sin embargo, otra relación y es la que se desprende de la exigencia, por parte del Derecho de los derechos humanos, de un Poder Judicial eficiente, eficaz e independiente. En este sentido, tanto las normas constitucionales en general como las internacionales en materia de derechos humanos demandan el establecimiento de las condiciones de justicia que permitan canalizar conflictos y tensiones sociales. Así, el artículo 8.1 de la Convención Americana:

Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

Por tanto, ahora desde la óptica del Derecho Internacional, o el funcionamiento del Poder Judicial en otras condiciones, es, en sí mismo, una violación de las obligaciones internacionales de derechos humanos.

De lo dicho, podemos resumir en que un Poder Judicial funcionante es, a la vez, una garantía y una exigencia del Derecho de los Derechos Humanos.

II. En particular sobre la independencia judicial

Adoptamos el término *independencia judicial* en su doble sentido de *independencia del Poder Judicial* y de *independencia del juez*.

Conviene detenerse, por un momento, en la trascendencia que el principio de la independencia judicial tiene para la vigencia de los derechos humanos.

La independencia judicial resulta esencial para el Estado de Derecho, definido por el hecho de la autolimitación del poder por medio del Derecho, que se refleja en la existencia de procedimientos y órganos que castiguen la transgresión de esos límites. Si el Derecho es coerción y la coerción se traduce en coactividad, el Estado de Derecho es sólo un cascarón vacío cuando el Poder Judicial no es independiente.

La alta politización de los Poderes Ejecutivo y Legislativo y el hecho (muy frecuente en América Latina) de que un mismo grupo político domine ambos, deja al Poder Judicial como el capaz de contener y controlar cualquier ejercicio arbitrario de la autoridad o cualquier atropello contra los derechos individuales.

Desde los inicios de la consagración positiva¹⁰ de los Derechos Humanos, la protección del individuo frente al Poder ha sido motor y constante. Un sistema judicial eficiente representa la única garantía para el funcionamiento de los derechos humanos. Si se pierde la independencia, toda la función judicial carece de sentido.

La tentación de dar un marco aparente de legitimidad a los abusos y aún a las violaciones masivas de derechos humanos es la que impulsa a invadir y controlar la esfera del Poder Judicial. Cualquier Estado prefiere una sentencia a su favor o inexistente, antes que desacatarla.

Por tal razón, podemos sostener que una amenaza a la independencia judicial significa una doble violación a los derechos humanos. Por un lado, se violan las normas mismas que prescriben la necesidad de la Administración de Justicia como independiente. Pero, además, de forma mediata se abre el camino para revestir de legitimidad otras violaciones directas a los derechos humanos.

Así, la jurisdicción internacional en derechos humanos no es sustitutiva sino supletoria de la interna, en virtud de la regla del agotamiento previo de los recursos internos, pero se vuelve sustitutiva e inmediata cuando esos recursos son estimados inexistentes o ineficaces.¹¹

III. Los órdenes normativos de los derechos humanos y la aplicación por el Juez

Como ya lo hemos apuntado, la existencia de dos órdenes, interno e internacional, de los derechos humanos representa una complejidad más para su aplicación en general. Para la aplicación directa por el Juez,

10 En lo referente a la interna, se entiende.

11 Así, artículo 46.2 Convención Americana: *Las disposiciones de los incisos 1a. y 1b. del presente artículo no se aplicarán cuando:*
a) *no existe en la legislación interna del Estado de que se trata el debido proceso legal para la protección del derecho o derechos que se alega han sido violados;*
b) *no se haya permitido al presunto o lesionado en sus derechos el acceso a los recursos de la jurisdicción interna, o haya sido impedido de agotarlos, y*
c) *haya retardo injustificado en la decisión sobre los mencionados recursos.*

significa problemas aún mayores, algunos de los cuales esbozamos a continuación.

En primer término, aceptando que las normas internacionales en materia de derechos humanos generan derechos para los individuos, surgen al menos dos puntos de indefinición: la jerarquía de tales normas dentro del ordenamiento interno y el carácter de *inmediatas* o no de estas normas.

En efecto, la aplicación por el Juez en un caso específico, de las normas internacionales de derechos humanos variará en razón de la jerarquía que el ordenamiento acuerda al Derecho Internacional. Desde la solución guatemalteca¹² de poner por encima de todo el orden normativo los Tratados de derechos humanos, hasta la común en países europeos¹³ de colocar las obligaciones internacionales al mismo nivel de la ley ordinaria (lo cual implica las formas simples de derogación que conocemos), pasando por fórmulas intermedias, el Juez deberá aplicar el ordenamiento vigente y válido, pero cada sistema la ampliará o restringirá sus facultades en este sentido.

No vale la excusa del desconocimiento, en virtud del principio *juris novit curia*, pero sí se presenta el obstáculo de la obediencia a la ley que condiciona al juez. Ante una ley que contradice abiertamente al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, ¿es doble desaplicarla ante la mayor jerarquía del segundo o debe esperarse a utilizar, antes, los mecanismos para declarar la inconstitucionalidad de tal ley?

Claro está que esta hipótesis se salva por el amplio margen de interpretación que toda norma tiene, de modo que contradicciones *netas* y *evidentes* raramente existen, pero se unen al segundo aspecto que mencionaremos arriba, esto es, si la norma internacional es *inmediatamente aplicable*.

La teoría de las normas de aplicación inmediata (*self-executing*) es aceptada por la doctrina moderna, pero su determinación no es fácil, en

12 Supremacía de los Tratados en materia de derechos humanos, artículo 46 de la Constitución de Guatemala:
Se establece el principio general de que en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptadas y ratificados por Guatemala, tienen preeminencia sobre el derecho interno.

13 Tratados con igual rango que la ley ordinaria, por ejemplo, artículo 5 de la Constitución de la República Democrática Alemana de 1968, *the generally recognized rules of international law binding upon state authority and every citizen...* Además, se encuentra en la norma consuetudinaria inglesa formulada así *International Law is a part of the law of the land*; en el artículo 8 de la Constitución de Portugal de 2 de abril de 1976.

el caso particular. ¿Cuáles de las normas de Derechos Humanos deben ser desarrolladas por ley u otros mecanismos internos antes de ser invocables directamente?

La respuesta de la jurisprudencia internacional¹⁴ a esta interrogante es reducir lo más posible el campo de las normas *non self-executing*, en especial por el temor de que un Estado firmante pudiera dejar en el vacío su obligación por el expediente de no darle desarrollo legislativo. En todo caso, mayor estudio y jurisprudencia deberán producirse a este respecto.

A lo anterior se unen problemas adicionales tales como el de la forma de interpretación. De frente a una norma internacional, el Juez nacional debe utilizar los criterios de interpretación del Derecho Internacional, pero debe hacerlos compatibles con los propios.

De todas maneras, la existencia de cláusulas de limitación en todos los instrumentos internacionales de Derechos Humanos agrega una dificultad más.¹⁵

Estos ejemplos demuestran, por un lado, la obligación del Juez de aplicar, en casos nacionales, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, pero también dejan evidentes los obstáculos que sólo un mayor estudio y una mejor capacitación del Juez podrán superar.

IV. Los derechos humanos y la Justicia Penal

Los derechos humanos, base del entero ordenamiento jurídico, tienen influencia en todas las ramas del Derecho. En la materia penal, en el sistema penal —incluyendo el aspecto procesal—, los derechos fundamentales desempeñan un papel singularmente importante. Las múltiples relaciones que pueden establecerse entre el ordenamiento penal y los principios que se desprenden de los Derechos Humanos corren en ambos sentidos, al constituir las disposiciones penales, una garantía, pero a la vez encontrarse limitadas por esta materia.

En los países en que sólo se dan restricciones esporádicas a los derechos humanos se producen, precisamente, a raíz de la aplicación de las normas penales. Es indudable la tentación que se presenta en el Poder,

14 Véase así, Opinión Consultiva OC-7/86 del 29 de agosto de 1986 sobre Exigibilidad del Derecho de Rectificación o respuesta. (Arts. 14.1, 1.1 y 2) Convención Americana sobre Derechos Humanos.

15 Kiss (Alexandre) Permissible Limitations on Rights, en Henkin, The International Bill of Rights, 1981, págs. 290-310.

cuando aplica castigos, de excederse en sus facultades y reprimir, con violencia ilegítima, las que el ordenamiento considera conductas indeseadas. Por su parte, en las regiones del mundo en que las violaciones a los Derechos Humanos asumen un carácter masivo, es, de nuevo, el sistema penal, el mecanismo más idóneo para ejecutarlas, debido a la naturaleza ya de por sí represiva que las normas penales tienen.

Un adecuado sistema penal es una exigencia de la seguridad pública demandada por las disposiciones internacionales en materia de derechos humanos. Así, la organización de un cuerpo policial y la represión de ciertas conductas es consecuencia del derecho de todo ciudadano a encontrarse protegido contra las agresiones a sus derechos, que provengan de los demás miembros del cuerpo social.

Por consiguiente, el ordenamiento penal es una garantía para el respeto de los derechos humanos. Su papel en este sentido no se limita, empero a la defensa de los derechos fundamentales contra las agresiones de los particulares sino a toda acción que, con las mismas consecuencias, provenga de todo individuo, sin importar su carácter oficial o particular.

Por otra parte, hallamos que el Derecho Penal, en un grado más acentuado que el resto del ordenamiento, tiene un carácter finalista, de donde protege, de modo explícito, valores que, de una u otra manera, se incluyen o relacionan con los derechos humanos. Esto se refleja en muchos Códigos Penales a la hora de clasificar los delitos, agrupándolos según los valores que se intenta proteger.

En esta área de gran interrelación, el Derecho Penal *debe* proteger estos valores y, su presencia de estos también dentro de los derechos humanos, implica que una imperfecta protección y, aún más, una desprotección de tales valores por el sistema penal constituye una violación de los derechos humanos.

Distinta es la situación en los delitos que sirven fines ajenos al campo de los derechos humanos y cuya presencia en las legislaciones ha sido a veces cuestionada, tales como los llamados en su época *delitos de mera creación legal*, (delitos fiscales, por ejemplo). En esta hipótesis, el grado imperfecto de protección no resulta de una violación de derechos humanos.

La protección de los valores jurídicos, tutelados penalmente, no incide sólo en la tipificación o en la asignación de penas, sino que también tiene que ver con las condiciones generales de imputabilidad, así como en los hechos que afectan la antijuridicidad (en particular las llamadas causas de justificación) y la culpabilidad.

La relación sistema penal¹⁶ —derechos humanos no se limita a la función del primero como garantía de los segundos sino que implica, además, que aquel, en cada uno de sus componentes, tiene orientaciones o restricciones impuestas por los derechos fundamentales. Algunos aspectos destacables en este sentido se exponen a continuación.

A. El fin del ordenamiento penal

Todo sistema penal tiene una finalidad, expresa o no, frente a los fenómenos del delito y de la delincuencia. La historia del Derecho Penal ha conocido múltiples respuestas a esta interrogante,¹⁷ las que no es necesario ni oportuno considerar aquí, pero que han variado de la simple represividad (con orientación moralista, ejemplificante o aleccionadora, entre otras) a la readaptación social de quien delinque. En la actualidad, es evidente que la discusión sobre el particular está lejos de agotarse y hasta puede hablarse de una crisis de las doctrinas tradicionales que justificaban la prisión y el entero sistema penal.¹⁸

En todo caso, la normativa internacional en materia de derechos humanos postula una finalidad para el ordenamiento penal, la cual forma parte de las disposiciones obligatorias, aspecto que a veces no se observa cuando estos compromisos son asumidos. Así, la Convención Americana indica, en su artículo 5, refiriéndose a la pena, que la reforma y la readaptación social de los condenados deben ser la finalidad a obtener.

Más importante quizá, es que los derechos humanos continúen una filosofía profundamente humanista. En la base de todas las normas se encuentra el principio capital de la dignidad de la persona humana que, como se recordará, parte del postulado de que todos los hombres, por su condición de tales, tiene un valor intrínseco. Cualquier excepción implica una derogación del principio. Por consiguiente, el delincuente, el procesado, el condenado, quien de alguna manera resulta inmerso como

16 Preferimos el término *Sistema Penal* antes que Derecho Penal, en tanto se debe incluir también el comportamiento real orgánico e institucional del aparato represivo. Sobre este punto véase el estupendo desarrollo de Zaffaroni, Informe II, Buenos Aires, Derecho Penal, Editorial De Palma. Muchas de cuyas ideas, han servido para el desarrollo de este capítulo.

17 Véase por ejemplo, Gesek, Tratado de Derecho Penal, Parte General, Bosh, Barcelona, 1981. Y Beristain, Antoni. La pena y retribución y las actuales con concepciones criminológicas. De Palma, Barcelona.

18 Véase Sandoval, Emiro, Penología, Parte Especial. Universidad Externado de Colombia, 1984.

objeto de la función represiva del sistema penal, tiene derecho a que se respete su dignidad y su condición de sujeto de derecho. Es frecuente, por el contrario, que el sistema funcione de forma tal que al delincuente se le clasifique como *no ser humano* y a menudo privado de todos sus derechos, desde los individuales hasta los políticos.

América Latina conoce legislaciones penales que tienen, a menudo, poca compatibilidad con la filosofía misma de los derechos humanos. Desde Códigos que reproducen esquemas de gobierno totalmente alejados de los que postula o declara la propia Constitución, con finalidad marcadamente represiva, hasta normativas que se apegan a las doctrinas de defensa social, totalmente desvinculadas de los fines indicados por los derechos humanos. Se trata de una peligrosa separación, cuando no una abierta oposición a las obligaciones internacionales en esta materia,¹⁹ y, por tanto, estas legislaciones deberían ser reformadas al menos para eliminar su extrema represividad y la consideración que del delincuente se hace.

Merece recordarse aquí, por otra parte, que la normativa de los derechos humanos no sólo implica el cumplimiento de los derechos consagrados específicos sino que significa una interpretación y, aún, una relectura de las legislaciones internas en función de estas disposiciones.

B. El carácter punitivo del Derecho Penal y su incidencia en los derechos humanos

Tan importante como las relaciones anteriormente descritas es la que se deriva del carácter punitivo del Derecho Penal. Desde su propio nombre, este ordenamiento encuentra definición en el hecho de que la represividad que le es característica, se traduce en la imposición de penas y le da una tendencia punitiva. La filosofía sobre la que se basa esta idea no puede ser discutida aquí, pero, a partir de este punto, se derivan importantes consecuencias.

Es por lo anterior, que el Derecho Penal no puede ser extremadamente represivo, ya que, en esta situación, las penas pierden justificación y se convierten en violaciones a los derechos humanos.

En otras palabras, para encontrar coherencia con las disposiciones en materia de derechos humanos, las penas deben ser necesarias y apropiadas. Necesarias, en tanto que su imposición debe encontrarse motivada por la situación real de la sociedad y la incompatibilidad entre

19 De nuevo, sobre este punto véase Zaffaroni, *Op. Cit.*

la conducta sancionada y los valores tutelados y respetados por la sociedad, en ese momento histórico. Apropriadadas porque, aunque a algunos pueda sonar mera filosofía, los valores protegidos no se ubican todos en la misma jerarquía y es, precisamente, por esto que las penas varían en grado y en contenido, así como los delitos varían en gravedad. Por consiguiente, a cada figura delictiva debe corresponder una pena que represente la escala que ese valor tiene en la sociedad.

Lo anterior parece obvio, pero es constantemente olvidado no sólo por los Códigos Penales, sino, y sobre todo, por las leyes especiales, al asignar penas excesivamente fuertes o altas a delitos que se relacionan con valores secundarios.

C. Principios que rigen en la determinación del delito

Las normas que componen la materia de derechos humanos no sólo implican la adecuación de principios generales, sino que señalan aspectos específicos que deben ser respetados por las legislaciones penales.

Muchos de estos principios no son más que parte de los fundamentos mismos del sistema penal, elevados, como sabemos, a la categoría de derechos protegidos constitucionalmente y, después, establecidos como parte de los derechos humanos. Nos referiremos a continuación a los más destacados.

1. Principio de Legalidad: no parece necesario insistir en la trascendencia de este principio para el Derecho Penal moderno, en tanto lo define.²⁰ La Convención Americana, en su artículo 9 al indicar que: *Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueren delictivas según el derecho aplicable.* A pesar de lo básico del principio, las violaciones a éste abundan en nuestros ordenamientos.

Así, los tipos penales en blanco o tipos abiertos, especialmente comunes cuando se trata de definir delitos políticos, son una violación del principio de legalidad y por tanto una violación de los derechos humanos. Pero no son el único caso. La determinación imprecisa es tan frecuente como peligrosa: el utilizar verbos definitorios totalmente generales; el eliminar, del todo, la presencia del verbo; recurrir a ejemplificaciones y enumeraciones no taxativas; el utilizar expresiones difusas o reenviadas a campos morales. Todas son violaciones del principio de legalidad.

20 Véase por ejemplo, Rodríguez Devesa, Derecho Penal. Parte General. Madrid.

Para el cumplimiento de las obligaciones que imponen los derechos humanos, el principio de legalidad debe ser respetado íntegramente, esto es, utilizando fórmulas precisas a la hora de definir las figuras delictivas.

2. Principio de irretroactividad de la ley penal más gravosa: íntimamente ligado al principio de legalidad, lo encontraremos consagrado en el mismo artículo 9 de la Convención Americana: *...Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito.* De nuevo se trata de uno de los postulados esenciales del ordenamiento penal, pero también de uno frecuentemente violado en las legislaciones. Así, la no especificación de la entrada en vigor de una nueva disposición penal, si no se encuentra bien complementada por las normas generales, crea una situación de incertidumbre especialmente peligrosa cuando se trata de leyes para emergencias políticas.

Tampoco puede decirse que, de por sí, determinadas medidas correccionales o de seguridad, constituyan necesariamente una *ley penal más favorable* y que pueda tener aplicación retroactiva según el mismo artículo 9: *Si con posterioridad a la comisión de un delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.* En efecto, una medida de seguridad puede resultar más gravosa, al no estar rodeada de las garantías que restringen la aplicación de la pena de prisión. En consecuencia, la no retroactividad o la retroactividad de una disposición penal viene definida por la gravedad *real* de la sanción. Considerar la división entre prisión y medidas correccionales como una separación entre sanción y no sanción, es violatorio de los derechos humanos si no corresponde a la realidad.

3. Principio de presunción de inocencia: si bien este principio fundamenta el ordenamiento procesal antes que el sustantivo, las violaciones a éste proceden, a menudo, de la propia legislación penal y en el establecimiento de los delitos. Esto sucede con todos los tipos que establecen una presunción de dolo o culpabilidad y es característico de los casos en que se considera punil la conducta por atentar contra el orden, la moral o la seguridad nacional. Así, las disposiciones que establecen como delictivas, conductas consideradas legítimas, sólo por el hecho de un dolo que incluyen en la tipificación, son violatorias de los derechos humanos.

4. Principio de reparación del error judicial: establecido en el artículo 10 de la Convención Americana: *Toda persona tiene derecho a ser indemnizada conforme a la ley en caso de haber sido condenada en sentencia firme por error judicial.* Este principio tiene importantes consecuencias, en particular, por el efecto estigmatizante que el sistema penal tiene. En muchas

legislaciones no se prevé la reparación por error judicial y, en otros casos, las disposiciones hacen más bien negatorio este derecho. En ambas hipótesis, se incurre en una violación de los derechos humanos.

5. Principio de no discriminación: según el artículo 1º de la Convención Americana, *Los Estados Partes... se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.* Este principio capital constituye uno de los de mayor desarrollo en derechos humanos pero también es uno de los que sufre mayores violaciones, y la materia penal no es la excepción.

D. Principios que rigen en la determinación de la pena

Debemos tener en cuenta, de principio, que la pena, como manifestación característica del ordenamiento represivo, incluye todos los tipos de puniciones. Pretender que las llamadas *medidas correctivas, medidas correccionales o medidas de seguridad* no se encuentran cubiertas en la categoría de *pena*, sería, so pretexto de su gravedad menor (si ello se puede sostener), colocarla fuera de las garantías mínimas, con lo que se llegaría al absurdo de que una conducta estimada menos atentatoria contra un bien jurídico protegido, podría tener un castigo mayor.

El mismo razonamiento es válido para el caso de la legislación de menores y de otras especiales, las cuales, *a fortiori* deben encontrarse sometidas a los mismos principios.

De un modo u otro, todas las puniciones pueden ser ubicadas como limitaciones a los derechos humanos, consentidas por el propio ordenamiento jurídico. Por tal motivo, su aplicación debe estar estrictamente regulada.

La orientación actual de las penas, para su conformidad con los derechos humanos, es que deben constituir la limitación de un solo derecho, en tanto está superada la doctrina de que el delincuente deba ser *destruido* y que su actuación amerita todas las sanciones que puedan imponerse. Si cada pena supone y debe suponer la limitación de un único derecho, limitar varios, por una pena, en realidad significa aplicar varias penas, lo que, en principio, no es consentido por el ordenamiento. Debe aclararse, sin embargo, que la inhabilitación, posiblemente por razones históricas, es aceptada como accesoria a la pena de prisión. Es esta también una razón justificante para la eliminación de la pena de muerte

puesto que, aparte de su carácter definitivo, antes que limitante, involucra una serie de penas accesorias (la prisión anterior a la ejecución, la tortura psicológica que implica este mismo período, etcétera).

Otro principio general que puede desprenderse de los derechos humanos en materia de penas es la prohibición de algunas de ellas, de manera expresa o implícita. Así, la tortura resulta condenada y proscrita (artículo 5.1 de la Convención Americana); la pena de confiscación contradice el principio de propiedad (artículo 21 Convención Americana), la pena de extrañamiento o expulsión resulta prohibida (artículo 22.5 Convención Americana).

Limitaciones específicas existen, tal como la eliminación progresiva de la pena de muerte. El artículo 4 de la Convención señala, en lo que aquí interesa:

2. *En los países que no han abolido la pena de muerte, ésta sólo podrá imponerse por los delitos más graves, en cumplimiento de sentencia ejecutoriada de tribunal competente y de conformidad con una ley que establezca tal pena, dictada con anterioridad a la comisión del delito. Tampoco se extenderá su aplicación a delitos a los cuales no se la aplique actualmente.*
3. *No se restablecerá la pena de muerte en los Estados que la han abolido.*
4. *En ningún caso se puede aplicar la pena de muerte por delitos políticos ni comunes conexos con los políticos.*
5. *No se impondrá la pena de muerte a personas que, en el momento de la comisión del delito, tuvieren menos de dieciocho años de edad o más de setenta, ni se le aplicará a las mujeres en estado de gravidez.*
6. *Toda persona condenada a muerte tiene derecho a solicitar la amnistía, el indulto o la conmutación de la pena, los cuales podrán ser concedidos en todos los casos. No se puede aplicar la pena de muerte mientras la solicitud esté pendiente de decisión ante autoridad competente.*

E. El delincuente ante los derechos humanos: El principio de dignidad

Conviene reiterar que el principio de dignidad de la persona humana, no importa cuál sea el fundamento que se dé, implica una consideración del valor del ser humano que destaca la universalidad. Ninguna excepción, ninguna discriminación, es aceptable. Aquel que entre en el sistema penal como sujeto a la aplicación directa de las normas que forman parte de este sistema, en cualquier estado de proceso: proce-

sado, condenado, absuelto, prisionero, sigue siendo un ser humano con dignidad.

Las manifestaciones de este principio son muchas, pero es importante enfatizar dos de ellas.

A la primera se hizo somera referencia a propósito de la pena y consiste en el postulado esencial de que, aquel que sufre una punición, sigue manteniendo sus derechos, salvo aquellos expresamente limitados. Por tanto, debe tener las condiciones mínimas que se garantizan a toda persona, incluyendo libertad de expresión, derecho de petición, derecho a la educación y, en la medida de lo posible, derecho al trabajo, entre otros que son indiscutibles.²¹ Es por cierto, esta idea, la que ha producido en algunos países la crisis de la prisión como institución, por constituir una grave limitante al ejercicio real de estos derechos.

En todo caso, debe reforzarse la noción de que, para el respeto de la dignidad de la persona humana, sólo pueden limitarse los derechos estrictamente necesarios para el cumplimiento de la justicia o de la condena.

Por otro lado, no es posible cerrar los ojos al fuerte efecto "estigmatizante" que tiene el sistema penal, en todas sus etapas. Es evidente que la simple denuncia ante los órganos de investigación acarrea importantes consecuencias sobre la reputación y la consideración que la sociedad tiene del individuo. Mucho más grave es la situación de quien sale de la prisión.

Es por lo anterior que instituciones como el Registro de la Delincuencia, que llevan los organismos judiciales (de innegable importancia), deben estar limitadas a los fines del propio sistema penal, esto es, la información necesaria, interna y confidencial que manejan los Tribunales de Justicia, que sólo puede hacerse pública por medio del debate o de la sentencia. Sin embargo, es frecuente observar en muchos países el uso del registro para dar información a los empleadores, quienes lo utilizan como requisito para admitir las solicitudes. Esta permisividad es violatoria de los derechos humanos, en tanto agrega una pena perpetua además de la prisión, que a veces se extiende, incluso, a los datos sobre los procesos sufridos, aún con resultado favorable.

Es necesario, entonces, que el efecto estigmatizante sea reducido al mínimo posible en aras del cumplimiento de las obligaciones, en materia de derechos humanos.

21 Zaffaroni, *Op. Cit.*

F. El debido proceso: concepto y contenido

Como resulta también con los principios que arriba hemos destacado para el Derecho Penal, el debido proceso es un fundamento esencial del Derecho Procesal Penal moderno pero es, igualmente, una exigencia del ordenamiento de los derechos humanos. Esto ocurre porque los principios que informan el debido proceso son garantías no sólo para el funcionamiento judicial, en sí mismo, sino también porque involucran el cumplimiento de otros derechos fundamentales. Así, el derecho de petición implica el acceso a la Administración de Justicia.

El debido proceso conlleva, pues, la existencia de un órgano judicial independiente y funcional, del mismo modo que una serie de normas que aseguren un procedimiento equitativo y en el cual el procesado tenga a su alcance las posibilidades de una defensa de su caso.

Para los derechos humanos, el debido proceso es, entonces, un requisito básico. Si recordamos la historia del desarrollo de los derechos fundamentales, comprendemos que la acusación y juzgamiento, en lo penal, era un útil instrumento para el poder absoluto, porque daba a lo que es simple persecución el marco y respetabilidad de lo jurídico y, permitía, sin problema, aplicar los más fuertes mecanismos de represión, incluyendo la muerte. Es por esto que las garantías procesales revisten una particular importancia para los derechos humanos.

Los principios fundamentales que se relacionan con el debido proceso, y que están incorporados en el marco de los derechos humanos, podemos reseñarlos del modo siguiente:

1. Disposición de la justicia ordinaria: un postulado básico en los derechos humanos, con el cual se relaciona totalmente el hábeas corpus, es el evitar largos períodos en poder de las autoridades administrativas o de investigación. El peligro es para la vida y la integridad física; no se trata solamente de un atentado contra la libertad individual. Por esa razón, la Convención Americana prescribe que: *Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley...* (artículo 8, subrayado nuestro). Es cierto que no se especifica cuanto puede durar este período, pero la razonabilidad no puede ser mayor de unos cuantos días).

Por lo anterior, las detenciones administrativas y las incomunicaciones, aún cuando encuentren respaldo en la legislación, son violatorias de los derechos humanos.

2. Principio de Juez Natural: con base en el mismo artículo transcrito apenas arriba, puede establecerse con claridad la exigencia de que el juez o tribunal sea realmente imparcial y establecido con anterioridad por la ley, lo cual constituye una prohibición del establecimiento de fueros especiales. Lamentablemente, la formación y funcionamiento de tribunales especiales es un hecho bastante común en las legislaciones, en particular para el juzgamiento de los que se estiman como delitos contra la seguridad nacional.

También es una violación de este principio la asignación de competencias sobre hechos delictuosos a tribunales que no sean los ordinarios, lo cual ocurre cuando se concede, por ejemplo a los fueros militares, la competencia sobre todos los casos en que pueda resultar comprometida una acción que atente contra la estabilidad nacional.

Igualmente, el principio de Juez Natural en materia de derechos humanos significa no sólo una garantía para el procesado, sino también un refuerzo a la certeza de un juzgamiento efectivo. En otras palabras, se trata de evitar la constitución de tribunales especiales *blandos* preparados para impedir una condena antes que para llevar a cabo un procedimiento.

Atentados contra la independencia de los órganos judiciales, en cualquiera de sus manifestaciones: funcional, económica política, son igualmente violatorios de los derechos humanos, en tanto debido proceso se convierte en una noción vacía de contenido si no hay una verdadera independencia de quienes administran Justicia y, porque el Estado de Derecho, tal como se hizo notar en su momento, sólo existe con un sometimiento real de los encargados de juzgar.

3. Principio de defensa: existe una serie de disposiciones que podemos encontrar en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y que, en la Convención Americana, se destacan en el artículo 8, que tienden a brindar garantías dentro del proceso.

Así, el derecho a un traductor para su idioma, comunicación previa de la acusación, concesión de un período para preparar la defensa, derecho a un defensor propio o por cuenta del Estado, derecho de traer los testigos y otros medios al proceso, derecho de no autoincriminación y derecho a un recurso contra el fallo ante un tribunal superior.

Muchos de estos principios, que pueden parecer innecesarios por formar parte de los procedimientos penales por definición, son, sin embargo, restringidos o directamente contradichos por la legislación o la práctica del sistema. Un par de casos sirven para ejemplificar la situación: aunque esté prevista dentro de las normas, la institución de los

traductores no siempre funciona, sobre todo si se trata de uno nacional que, muchas veces, por su pertenencia a comunidades indígenas, desconoce el idioma *nacional*. Frecuente es, asimismo, que no se contemple un recurso contra los fallos, si se está frente a sanciones *de poca gravedad*. Ambas constituyen violaciones de los derechos humanos.

4. Principio de publicidad: la publicidad del proceso tiende, como es sabido a asegurar la defensa en su sentido más amplio, al permitir a otros, que no sean los involucrados en el proceso, acceso a su desarrollo y, a la vez, da al procesado y a su defensor, la oportunidad de transmitir los alegatos directamente a los jueces, lo que resulta así en la necesaria intermediación con las pruebas.

Este principio está consagrado en el artículo 8.5 de la Convención Americana. Aún así, es frecuente que la violación del principio de Juez Natural vaya acompañada de la no aplicación de este otro, en tanto el secreto es característico de muchos de los procesos que son llevados a cabo por tribunales especiales.

5. Principio de *non bis in idem*: en la Convención Americana encontramos la consagración de este principio, quizás no en la forma más depurada, según veremos:

Artículo 8.... 4. El inculpaado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.

La imprecisión proviene del empleo del término *sentencia*, cuando es sabido que, dentro del procedimiento penal, hay una serie de resoluciones definitivas que no se denominan sentencia y que, no obstante ello, implica en caso favorable, la imposibilidad de un nuevo juicio. De hecho, ante un auto firme que prevea el sobreseimiento (en los sistemas en que no se trata de una sentencia, aunque tenga el carácter de tal), un nuevo juicio es inaceptable.

Hay quienes cuestionan la institución de la reincidencia como calificativo de la pena, en tanto es difícilmente compatible con una aplicación estricta del *non bis in idem*.²² La aceptación de esta tesis dependerá, lógicamente, de las implicaciones que las legislaciones asignen a la reincidencia.

Probablemente, la imprecisión terminológica ya señalada, de la Convención Americana, obedece a una idea relacionada, la de que la condena sí debe ser dada por una sentencia, sin que pueda haber ninguna otra resolución con este carácter.

A modo de conclusión

En las páginas precedentes hemos demostrado, primero, la íntima relación que se establece entre los derechos humanos y la Administración de Justicia. Posteriormente hemos analizado algunos casos específicos de violaciones a los derechos humanos, presentes en las mismas legislaciones penales.

Estas reflexiones obligan a considerar que, para una plena vigencia de los derechos humanos, una Administración de Justicia independiente y eficaz es necesaria, pero no es condición suficiente.

El desconocimiento por el juez de las obligaciones en derechos humanos, la inevitable revisión legislativa que se impone como consecuencia de estas mismas obligaciones, las profundas reformas que el sistema penal requiere, son sólo claros indicadores de la absoluta necesidad de cambios que aseguran la modernidad y funcionalidad del Poder Judicial.