

# JUSTICIA

Revista del Centro de Estudios Jurídicos de Honduras

---

Año 2 • No. 2 • Marzo 2006

- La independencia del Poder Judicial, un presupuesto de la democracia
- Sobre el procedimiento para deducir responsabilidad criminal a los altos funcionarios del Estado en Honduras y a sus diputados nombrados ante el Parlamento Centroamericano
- Reflexiones críticas sobre el pensamiento abolicionista en materia de justicia penal de menores
- Sobre Política Jurídica
- Principios del Derecho Penal. Una visión limitativa del poder penal
- El Derecho y la Gramática
- La acción de amparo en materia penal y el Artículo 92 de la Constitución
- Acerca de la Política Criminal. Consideraciones para una definición democrática garantista
- Violencia contra la mujer
- El recurso de Hábeas Data en Honduras: Una primera aproximación tras la entrada en vigencia de la nueva Ley de Justicia Constitucional
- La sentencia judicial en una sociedad democrática y la nueva Ley de la Carrera Judicial
- Sentencia de la Sala de lo Constitucional en torno a la situación de las personas privadas de libertad

© **Centro de Estudios Jurídicos de Honduras (CEJH)**  
cejhonduras@gmail.com

***Consejo de Redacción***

*Director:* Guillermo López Lone,  
Rubenia Galeano  
Carlos David Cálix  
Rafael López Murcia  
María Fernanda Castro  
Félix Antonio Ávila  
Miriam Barahona  
René Altamirano  
Thirza Flores Lanza  
Eduardo Montes Manzano  
Jorge Alberto Burgos

Esta edición de la Revista *Justicia* es posible gracias a la colaboración de los autores y al auspicio de Dan Church Aid (DCA) de Dinamarca.

La Revista *Justicia* es una producción del Centro de Estudios Jurídicos de Honduras (CEJH). El contenido de los artículos es responsabilidad exclusiva de sus autores y no necesariamente representa la opinión de DCA ni del CEJH.

*Diseño y diagramación:*

Marianela González

*Impresión:*

Editorial Guaymuras

Tegucigalpa, Honduras

Tiraje: 1,000 ejemplares

# Índice

## EDITORIAL

La independencia del Poder Judicial, un presupuesto de la democracia .....	3
--	---

## DOCTRINA

Sobre el procedimiento para deducir responsabilidad criminal a los altos funcionarios del Estado en Honduras y a sus diputados nombrados ante el Parlamento Centroamericano <i>Rigoberto Cuéllar Cruz</i> .....	5
Reflexiones críticas sobre el pensamiento abolicionista en materia de justicia penal de menores <i>Ana Paola Hall García</i> .....	17
Sobre Política Jurídica <i>Rafael López Murcia</i> .....	26
Principios del Derecho Penal. Una visión limitativa del poder penal <i>Carlos Ernesto Sánchez Escobar</i> .....	31
El Derecho y la Gramática <i>Enrique Flores Valeriano</i> .....	46
La acción de amparo en materia penal y el Artículo 92 de la Constitución <i>José María Palacios Mejía</i> .....	52
Acerca de la Política Criminal. Consideraciones para una definición democrática garantista <i>Guillermo López Lone</i> .....	54
Violencia contra la mujer <i>María Fernanda Castro Mendoza</i> .....	64

## LEGISLACIÓN COMENTADA

El recurso de Hábeas Data en Honduras: Una primera aproximación tras la entrada en vigencia de la nueva Ley de Justicia Constitucional <i>Carlos David Cáliz Vallecillo</i> .....	68
--	----

## ACTUALIDAD JUDICIAL

La sentencia judicial en una sociedad democrática y la nueva Ley de la Carrera Judicial

*Jorge Alberto Burgos Córdova* ..... 74

## JURISPRUDENCIA

Sentencia de la Sala de lo Constitucional en torno a la situación de las personas privadas de libertad..... 77

# La independencia del Poder Judicial, un presupuesto de la democracia

**E**n el mes de noviembre de 2005 pudimos observar, con una mezcla de preocupación, estupor y finalmente indignación, cómo el ex candidato presidencial y en ese momento presidente del Congreso Nacional, Porfirio Lobo Sosa, así como el ex ministro de Seguridad, Oscar Álvarez, anunciaban públicamente que, de resultar triunfadores en el proceso electoral que se avecinaba, procederían a destituir a siete de los quince magistrados que conforman la Corte Suprema de Justicia. Para justificar sus pretensiones, Lobo Sosa y Álvarez afirmaron que los togados eran un obstáculo para la lucha que estaban librando contra las maras o pandillas que, según su opinión, son las responsables de todos los problemas de criminalidad que se viven en Honduras. Estas expresiones resultaban aún más insólitas cuando se aludía expresamente a la destitución de los “siete magistrados liberales”, con lo cual se evidenciaba la politización de un poder del Estado cuya apoliticidad, además de estar plasmada en la Constitución de la República, es presupuesto necesario para su buen funcionamiento. Asimismo, patentizaba el irrespeto descarado de las elites políticas hacia la independencia del Poder Judicial.

El Partido Nacional no ganó las elecciones, por lo que nunca sabremos si hubiese consumado sus intenciones. Sin embargo, cuando se creía que todo estaba conjurado y precisamente cuando el Presidente de la República, Manuel Zelaya Rosales, declaró que se necesita un Poder Judicial verdaderamente independiente, resurgen las amenazas de una intromisión político-partidista. Aunque esta vez los sectores interesados no manifiesten directa y públicamente sus

propósitos, éstos podrían llevar a la remoción ilegal de algunos magistrados de la Corte Suprema de Justicia, a fin de lograr que tanto la Presidenta, como la mayoría de sus miembros, sean calificados como pertenecientes al partido político gobernante y, por ende, a su servicio.

La consumación de lo anterior significaría un nefasto retroceso en el proceso de consolidación democrática de nuestro país, pues tal como se establece en la justificación del Proyecto de Evaluación del funcionamiento de los Consejos de la Magistratura de Argentina, Bolivia, El Salvador, Paraguay y Perú, realizado con el apoyo de la Fundación Konrad Adenauer, “Una auténtica democracia, una verdadera república y un efectivo Estado de Derecho, sólo son concebibles con un Poder Judicial independiente, transparente y técnicamente idóneo. De allí que, para el sistema democrático, resulte crucial implementar mecanismos de selección, designación y remoción de magistrados que permitan alcanzar estos valores”. No obstante, es obvio que ese modelo de Poder Judicial no es el que persiguen los sectores interesados en los cambios “políticos” de los magistrados.

Es innegable que la reforma constitucional, mediante la cual fueron electos los actuales Magistrados, generó muchas expectativas; el nuevo sistema de selección y nombramiento buscaba garantizar la despolitización del máximo Tribunal de Justicia, creando las condiciones objetivas necesarias para que actuara con total independencia, lo que produciría la tan ansiada seguridad jurídica y la eliminación de sospechas de corrupción y parcialidad en el ejercicio de la función jurisdiccional.

Tal vez esperábamos demasiado en un período muy corto; es indiscutible que, a cuatro años de la implementación de estas reformas, la apreciación de la mayoría de la población es que muy poco ha mejorado el sistema de administración de justicia; antes bien, se percibe de manera generalizada y creciente un alto grado de desconfianza en la capacidad de jueces y magistrados para aplicar correctamente la ley.

Es decir, nos encontramos ante una crisis de credibilidad de la Justicia, que resulta sumamente peligrosa; tal como se expresa en la introducción del *Libro Blanco de la Justicia*, publicado en 1997 por el Consejo General del Poder Judicial de España, “La confianza en la Justicia, la convicción de que Jueces y Tribunales van a responder adecuadamente y mediante una pronta y correcta aplicación de las leyes a las demandas de los ciudadanos, es un elemento esencial para el mantenimiento del respeto al ordenamiento jurídico y de la convivencia ciudadana; y es un requisito previo ineludible para que Jueces y Tribunales puedan cumplir efectivamente sus funciones, para que sus decisiones sirvan de orientación a la interpretación y aplicación de la ley en las relaciones interpersonales, y para que la solución de conflictos no se haga depender de posiciones de predominio social, político y económico”.

Ante esta situación, debemos exigir a los diferentes sectores, políticos y estatales, respeto a la independencia del Poder Judicial. Pero este reclamo debe ir acompañado de acciones que, realizadas dentro de este Poder del Estado, hagan posible que se recupere la credibilidad popular hacia nuestra labor judicial, sin olvidar que la medida más importante que podría llevar a esta legitimación, se relaciona directamente con los mecanismos de selección y nombramiento de jueces y magistrados.

Necesitamos jueces y magistrados que sean nombrados con criterios imparciales y objetivos, a través de concursos públicos y transparentes, excluyendo los nombramientos por influencias políticas o favoritismos, que

únicamente resultan en “jueces agradecidos” y, por ende, poco independientes.

Para alcanzar este objetivo es apremiante la aprobación de una Ley del Consejo de la Judicatura de contenido verdaderamente democrático, cuyo anteproyecto conviene que sea ampliamente conocido y discutido no sólo por los jueces y magistrados, sino por todos los sectores de la sociedad civil que deben participar en este proceso, garantizando de mejor forma la transparencia y el control social de la función jurisdiccional.

Un Consejo de la Judicatura, independiente e imparcial, debe dar como resultado el nombramiento de jueces idóneos dispuestos a ser independientes y a garantizar el respeto a la Constitución y las leyes; la imposición de sanciones disciplinarias e incluso la remoción de los funcionarios judiciales que desdeñen o envilezcan su función, respetándoles su derecho al proceso debido; la separación de las funciones administrativas de las judiciales, agilizando y cualificando estas últimas; la evaluación del desempeño que debe llevar a adoptar las medidas necesarias para evitar los rezagos injustificados de los casos sometidos a la decisión judicial; y, además, la capacitación permanente de todos los jueces y magistrados para mejorar la cantidad y calidad de nuestras resoluciones.

La confiabilidad judicial es esencial, porque constituye un presupuesto del sistema democrático. Y ésta sólo podrá recuperarse con la aplicación de medidas estructurales e institucionales orientadas al fortalecimiento de la independencia de jueces y magistrados, la cual debe concebirse como una garantía de los ciudadanos de poder contar con jueces imparciales que hagan realidad “el derecho a un juicio justo”.

Aprovechemos este momento para exigir independencia de las fuerzas externas y trabajemos a lo interno, con verdadera voluntad política, para viabilizar nuestra independencia. Éste es nuestro reto. ¡Asumámoslo!

# Sobre el procedimiento para deducir responsabilidad criminal a los altos funcionarios del Estado en Honduras y a sus diputados nombrados ante el Parlamento Centroamericano\*

RIGOBERTO CUÉLLAR CRUZ\*\*

## SUMARIO:

I. Introducción. II. Aspectos relevantes sobre la Reforma Constitucional de 2003. III. Aspectos relevantes sobre la Reforma al Código Procesal Penal de 2003. A) Antecedentes. B). Procedimiento actual regulado por el Código Procesal Penal. IV. Sobre el régimen de inmunidades de los diputados hondureños designados al Parlamento Centroamericano. A) Introducción: Aspectos generales sobre el régimen de inmunidades y privilegios del Parlamento Centroamericano. B) La situación particular del régimen de inmunidades a favor de los diputados hondureños en el PARLACEN. V. Valoraciones y conclusiones finales.

## I. INTRODUCCIÓN

Honduras, al igual que la gran mayoría de países latinoamericanos que adoptaron, por lo menos formalmente, el Estado de Derecho como sistema jurídico democrático, y con él, y a través de la implícita obligación de reconocer una necesaria división de Poderes, el régimen representativo; asumió la enorme importancia y el rango que debe ostentar el mandato legislativo, así como la necesaria independencia que se exige, como requisito indispensable para que dicha función sea ejercitada en debida forma y sin el

temor de verse amenazado, mediante intentos de sometimiento, por otros Poderes del Estado.

Dicho reconocimiento, en cuanto a la relevancia de la función legislativa, hizo surgir la necesidad de adoptar una serie de prerrogativas a favor de sus diputados, que constitucionalmente adquirieron dos formas principales: A) La comúnmente denominada “inmunidad” parlamentaria, y que, en rigor de principios, debía y debe limitarse a la imposibilidad de perseguir, criminal o civilmente, las expresiones que manifiesten y votos que emitan en el ejercicio de sus cargos; y, B) El “fuero” parlamentario, que so-

\* El presente trabajo se basa en la conferencia brindada por el autor en las jornadas: “Reflexiones sobre el procedimiento actual para deducir responsabilidad criminal a altos funcionarios del Estado en América Latina”; evento auspiciado por la Barra Interamericana de Abogados, celebrado en Lima, Perú, en octubre de 2005.

\*\* Doctor en Derecho por España; especialista en Derecho Penal Internacional por el Centro de Estudios Avanzados *Robert Schumann* en Florencia, Italia; catedrático en materias de Derecho procesal penal y constitucional de diversas universidades nacionales y extranjeras en cursos de postgrado y maestría; actualmente, coordinador en el área de asesoría técnica dentro del Proyecto de Fortalecimiento del Estado de Derecho, ejecutado por el Centro para la Administración de Justicia de la Universidad Internacional de la Florida, con fondos de USAID.

mete las posibilidades de enjuiciamiento al cumplimiento previo de ciertos y determinados requisitos procedimentales especiales.

Ambas formas de prerrogativas, a partir de su regulación en nuestra vigente Constitución de 1982, fueron progresivamente degenerándose en la práctica, alejándose de sus principios informadores y con ello de la finalidad original que con las mismas se perseguía, hasta el grado de su completa desnaturalización, convirtiéndolas en meros instrumentos propiciadores de prácticas corruptas generadoras de una impunidad perceptible y socialmente condenable.

A nuestro criterio, dicho proceso degenerativo tuvo su génesis en la intencional falta de comprensión por parte del propio Poder Legislativo de lo que debía entenderse por “inmunidad” parlamentaria; llegando al grado de asumir la misma como una sustracción total a la acción de las Leyes, es decir, como una “irresponsabilidad” personal absoluta, equiparable al privilegio invocable para los miembros de la Monarquía, Régimen aún existente en algunos Estados.

Bajo la anterior concepción, resulta evidente el desbordamiento de la finalidad original y legítima del privilegio, como garantía de la seguridad y libertad misma de la función legislativa; y, desde luego, fuera del contexto restringido conceptualizado por autores como RIQUELME, quien conceptualiza la inmunidad parlamentaria como “una justificación amparada en el ejercicio de un derecho: El del representante del pueblo, no sólo para legislar, sino para hacer la fiscalización de los actos del Poder Ejecutivo, menester preponderante en los regímenes parlamentarios”. Concepto, desde nuestra perspectiva, mucho más acorde con la finalidad original descrita.

Así, la inmunidad parlamentaria en Honduras, pasó de ser una prerrogativa estrictamente relacionada a la función parlamentaria, a un verdadero privilegio indebidamente orientado a la inviolabilidad personal.

Por su parte, y con respecto al denominado “desafuero” parlamentario, al igual que aconteció con la inmunidad parlamentaria vista, al devenir constitucionalmente obligada la solicitud de desafuero ante el propio Congreso Nacional, dicha prerrogativa también sufrió un proceso de desnaturalización, al demostrarse que los Par-

lamentarios decidían sobre los mismos exclusivamente con criterio político, favoreciendo con ello, en no pocas ocasiones, la impunidad.

Situación denunciada que ciertamente excedía, por mucho, su concepción original como mero requisito de procedibilidad previo, y que, por el contrario y en la práctica, se constituyó en obstáculo insalvable para el sometimiento a la Ley penal.

## II. ASPECTOS RELEVANTES SOBRE LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 2003

El 28 de noviembre del año 2003, el Congreso Nacional de Honduras, mediante Decreto 175-2003, derogó las disposiciones constitucionales que hacían referencia a la prerrogativa procedimental de las inmunidades. Específicamente, mediante dicha reforma constitucional se derogaron los Artículos 200 y 205, numeral 15<sup>1</sup>, de nuestra Carta Magna, los cuales, respectivamente, regulaban las prerrogativas (entre éstas las inmunidades) de las que

1 Al respecto, el Artículo 200 de la Constitución hondureña, en su parte respectiva, y específicamente en su numeral primero, señalaba lo siguiente: “Los diputados al Congreso Nacional y los funcionarios del Estado mencionados en el numeral 15 del Artículo 205 de esta Constitución, gozarán desde la fecha de su elección o nombramiento, según el caso, hasta que cesen en el cargo, de las prerrogativas siguientes: 1. Inmunidad para no ser sometido a registro en sus personas, domicilios y vehículos de uso personal, y para no ser detenidos, ni juzgados por ninguna autoridad, aún en estado de sitio, si no son previamente declarados con lugar a formación de causa por el Congreso Nacional; salvo que fueren sorprendidos en el acto de cometer delito contra la vida y la integridad corporal, que merezca pena de reclusión. En este último caso, podrán ser detenidos preventivamente por el tiempo que establece esta Constitución, debiendo ser puestos inmediatamente a la orden de los tribunales, quienes podrán dictar orden de arresto domiciliario por mientras rinde la caución o resuelva el Congreso Nacional lo procedente”. Por su parte, el reformado Artículo 205, establecía que: “Corresponden al Congreso Nacional las atribuciones siguientes:...15) Declarar sí ha lugar o no a formación de causa contra...”.

gozaban los diputados al Congreso Nacional y demás altos funcionarios del Estado mencionados en el mismo texto constitucional<sup>2</sup>; así como la facultad que anteriormente residía en el Poder Legislativo para pronunciarse y declarar si había o no lugar a formación de causa en contra de dichos funcionarios, siempre que fuese requerido para ello, ya sea por el Ministerio Público, o por la propia víctima.

Complementariamente, y mediante ese mismo Decreto, se reformó igualmente el Artículo 313, numeral 2, de nuestro texto constitucional<sup>3</sup>; reforma con base a la cual se le otorga actualmente a la Corte Suprema de Justicia, como atribución exclusiva, la de “1)...; 2) Conocer de los procesos incoados a los más altos funcionarios del Estado y Diputados...”.

De esa forma, el Poder Legislativo dejó cuanto menos manifestada su intencionalidad de eliminar el instituto de las inmunidades, lo que se refleja de los propios Considerandos del Decreto 175-2003 citado, de los que algunos de sus apartados textualmente señalan:

“Que todos los hombres nacen libres e iguales en derechos, que en Honduras no hay clases privilegiadas y

2 De conformidad al antiguo Artículo 205, numeral 15, de la Constitución hondureña, eran considerados altos funcionarios, para efecto de gozar de la prerrogativa de la inmunidad, además de los Diputados al Congreso Nacional, los siguientes: 1) El Presidente de la República; 2) Designados a la Presidencia; 3) Magistrados de la Corte Suprema de Justicia; 4) Miembros del Tribunal Nacional de Elecciones; 4) Fiscal General de la República y Fiscal General Adjunto; 5) Procurador del Medio Ambiente; 6) Superintendente de Conseciones; 7) Comisionado Nacional de los Derechos Humanos; 8) Secretarios y Subsecretarios de Estado; 9) Jefes de Misiones Diplomáticas de Honduras en el exterior; 10) Miembros del Tribunal Superior de Cuentas; y, 11) Procurador y Subprocurador de la República.

3 Al respecto, el citado Artículo, en su numeral en referencia, literalmente establecía lo siguiente: “La Corte Suprema de Justicia, tendrá las atribuciones siguientes: 1)...2) Conocer de los procesos incoados a los altos funcionarios del Estado, cuando el Congreso Nacional los haya declarado con lugar a formación de causa...”.

que todos somos iguales ante la Ley... Que la institución de la inmunidad ha sufrido en el tiempo una pérdida gradual de su valor intrínseco y su propósito original, cual es, ser una prerrogativa del Estado otorgada a ciertos funcionarios del Gobierno y a los diputados del Congreso Nacional para el mejor desempeño de sus funciones, pérdida atribuible particularmente al incumplimiento de los procedimientos legales para declarar con lugar a formación de causa a algunas personas que fueron imputadas como infractores de la Ley... Que la clase política reconoce su responsabilidad en la toma de decisiones que por mandato popular le corresponde, y siendo consecuente con las aspiraciones del pueblo hondureño, estima necesario que los altos funcionarios y parlamentarios den el ejemplo en la forma de conducirse sin ampararse en privilegios de ninguna clase”.

La veracidad en cuanto a lo manifestado en los Considerandos transcritos, especialmente en lo referente a la “pérdida gradual del valor intrínseco de las inmunidades”, así como la pérdida gradual de “su propósito original”, y la atribución de dicha pérdida al “incumplimiento de los procedimientos legales para declarar con lugar a formación de causa de algunas personas que fueron imputadas como infractoras de la Ley”; se constata fiel y objetivamente, si tomamos en consideración que del total de solicitudes de desafuero remitidas por el Ministerio Público desde su creación en el año de 1994<sup>4</sup>, sólo se estimaron como procedentes por el Congreso Nacional, y hasta la fecha de la reforma constitucional en análisis, es decir, durante el transcurso de aproximadamente 9 años, un total de dos solicitudes<sup>5</sup>.

Con lo que se evidencia el concepto desnaturalizante y equivocado que de dicha figura se tenía, no como mera

4 De conformidad a los registros que al efecto lleva la Fiscalía General de la República, un aproximado de 25 solicitudes, entre Diputados y otros altos funcionarios.

5 En ambos casos, cabe destacar, se trataba de Diputados “suplentes” y no “propietarios”; e, igualmente, en ambos fueron acusados por el Ministerio Público y condenados mediante sentencia por delitos de consideración grave (narcotráfico en uno de ellos y violación en el otro).

prerrogativa procedimental, sino como auténtico instrumento político, más que jurídico, generador de la más absoluta impunidad.

Cabe destacar que, en contraste y desde la reforma constitucional en mención por medio de la cual se suprime el procedimiento de desafuero ante el Poder Legislativo, existe un número aproximado de cinco diferentes causas actualmente judicializadas ante la Corte Suprema de Justicia, entre las cuales se encuentran sometidos, en condición de imputados, desde diputados del Congreso Nacional, hasta Secretarios de Estado y el propio Presidente de la República.

Situación comparativa que sin duda —y sin perjuicio de las críticas constructivas y valoraciones que sobre el tema nos permitiremos realizar posteriormente— evidencian una tangible mejoría, por lo menos desde la perspectiva de un favorecimiento al Derecho ciudadano a un acceso a la Justicia, si bien comprendido éste en su exigencia más elemental, es decir, como libre acceso a los órganos de Justicia para cuando menos poder someter a conocimiento judicial una determinada causa a ser dirimida mediante el instrumento del proceso, en este caso, en el concreto ámbito criminal.

Pues al respecto, debemos aceptar por cierto, como evidentemente lo es, que un verdadero y efectivo Derecho a una tutela judicial efectiva no se agota con el mero acceso a un Tribunal, sino que el mismo debe concretizarse mediante una resolución fundada, y en caso que legalmente proceda, mediante una resolución que se pronuncie congruentemente sobre el fondo de la cuestión planteada. Extremos y exigencias de Justicia cuya efectividad están aún por comprobarse en los procesos penales pendientes a que hacíamos referencia en párrafos anteriores.

Finalmente, y no obstante el innegable avance que sin duda significa la reforma constitucional anteriormente descrita, a nuestro parecer la misma aún constituye un reto inacabado.

Lo anterior, en atención a dos valoraciones de distinta naturaleza, pero ciertamente complementarias: Una de orden constitucional; y, otra, de orden estrictamente práctico y que se traduce en una reserva personal al tomar en consideración nuestra idiocincracia y tradición políti-

ca sectaria, pero que, de darse, podría traducirse en un verdadero atentado al Estado de Derecho a través de una afronta directa hacia la independencia judicial.

Con respecto a la primera, la valoración constitucional, resulta evidente que si lo que motivó y justificó la reforma fue la intención de efectivizar el Derecho de igualdad, el mismo, a pesar de la desaparición de la especialidad procedimental del desafuero, continúa sin consagrarse de forma definitiva; toda vez que aún subsiste una injustificada especialidad con respecto al órgano jurisdiccional encargado de conocer.

Y nos atrevemos a sostener lo anterior, ante la falta de justificación que presenta el que sean Magistrados de la Corte Suprema de Justicia los que vengan llamados a conocer de las causas instruidas contra altos funcionarios del Estado, con lo cual, quíerase o no, se reduce de categoría al resto de funcionarios judiciales quienes, en estricta atención de la materia o del territorio, vendrían legalmente competentes a conocer de las mismas; y, con ello, inevitablemente también al resto de ciudadanos quienes sí vienen obligados a someterse a dicha competencia ordinaria, creando una desigualdad de trato a nuestro ver y entender sin razón desde una perspectiva constitucional.

Con respecto a la segunda valoración negativa a tener presente con relación a la presente reforma constitucional, la misma se resume en el potencial peligro de que, a pesar de haberse sustraído la decisión en cuanto a la procedencia o no del desafuero, fuera del ámbito del Poder Legislativo (quien de hecho actuaba en condición de Juez y parte), el innegable componente político que hasta la fecha ha venido informando dicha decisión subsista, pero esta vez, y aquí el inminente peligro, en otro ámbito donde el mismo puede resultar aún más dañino y nefasto: El judicial.

Es decir, que el prevalente y referido interés político salga de la esfera del Congreso Nacional, únicamente para traducirse en presiones de la misma naturaleza dirigidas a condicionar la decisión del Poder Judicial, cabe recordar, a través de su máxima autoridad jerárquica, la Corte Suprema de Justicia, y con ello materializar una intromisión, y aún más allá de esto, un verdadero ataque directo, a su constitucionalmente obligada independencia.

### III. ASPECTOS RELEVANTES SOBRE LA REFORMA AL CÓDIGO PROCESAL PENAL DE 2003

#### A) Antecedentes

Como consecuencia lógica de la reforma constitucional examinada en el apartado anterior, se vio la necesidad de adecuar a la misma la normativa ordinaria sobre la materia, específicamente la regulación que al respecto realizaba el nuevo Código Procesal Penal, mismo que entró en total vigencia el mes de febrero del año 2002, y que por tanto era consecuente con el antiguo procedimiento constitucional de desafuero ante el Congreso Nacional<sup>6</sup>.

Aparente necesidad de reforma que dio lugar a una controversia doctrinal y legislativa que por su trascendencia en aquel momento histórico, y su consecuencia directa en lo que resultó ser nuestra regulación procesal penal actual, vale la pena resumir ahora.

6 Al respecto, el Código Procesal Penal regulaba en su Capítulo III, bajo el Título “Del Procedimiento Para Procesar a los Altos Funcionarios del Estado”, lo siguiente: ARTICULO 415.- SOLICITUD AL CONGRESO NACIONAL “Concluida la investigación, el Fiscal General de la República, o en caso de negativa de éste, la víctima, elevará petición motivada al Congreso Nacional, para que declare con lugar a formación de causa al funcionario de que se trate. Lo dispuesto en el párrafo anterior, será aplicable al Procurador General de la República en los asuntos de su competencia. A la petición que se refieren los párrafos que anteceden, se acompañará copia auténtica de los antecedentes que obran en poder del Ministerio Público o la Procuraduría General de la República”.  
ARTICULO 416.- ACTUACIONES DEL CONGRESO NACIONAL “El Congreso Nacional, vista la solicitud de declarar con lugar a formación de causa a un funcionario, y con base en los antecedentes e informes presentados por el Fiscal General de la República, el Procurador General de la República o la víctima, deberá resolver motivadamente: 1) Que no ha lugar a formación de causa, en cuyo caso archivará la solicitud; o, 2) Que ha lugar a formación de causa contra el funcionario que se trate, quien como consecuencia y sin más trámite quedará en igual situación que cualquier imputado...”.

Y es que, de entrada, y contrario a lo que se sostenía por voces autorizadas, tanto del Congreso Nacional, como de la Corte Suprema de Justicia, así como del Ministerio Público, un fuerte sector de la sociedad civil organizada y de juristas independientes (entre los cuales me incluía) defendían el criterio en cuanto a la falta de necesidad de una reforma legislativa que viniese a regular el nuevo procedimiento para enjuiciar a los altos funcionarios del Estado, dado que, precisamente, la reforma constitucional iba dirigida a suprimir dicho procedimiento especial, es decir, lo que correspondía era simplemente entender como derogados los Artículos 415 y 416 del Código Procesal Penal, referentes, respectivamente, a la solicitud de desafuero y a las decisiones que debía adoptar el Congreso Nacional sobre la misma; y proceder directamente al desarrollo de los Artículos 417 y subsiguientes, referentes al procedimiento de enjuiciamiento.

No obstante la coherente interpretación legislativa anterior, la Corte Suprema de Justicia, y el propio Congreso Nacional, fueron de un parecer completamente distinto, y fue así que, a iniciativa de la primera, se formuló y presentó un Proyecto legislativo de reforma al Código Procesal Penal que fue inmediatamente debatido y ampliamente criticado.

Lo anterior, principalmente porque dentro de dicho Proyecto de reforma se pretendía regular un requisito de procedibilidad, previo a la admisión de la causa, muy similar al procedimiento de antejuicio seguido para procesar a Jueces y Magistrados, mismo que, de hecho, hacía resurgir la figura de la “declaratoria con lugar a formación de causa” que se buscaba abandonar<sup>7</sup>, si bien haciéndola residir ahora, ya no en el Congreso Nacional, sino en la figura de un Juez, representado a través de un Magistrado de la Corte Suprema de Justicia, quien de conformidad al Artículo 416 del Proyecto, debía pedir un informe al imputado, dentro de los tres días siguientes de notificado sobre la presentación de la acción penal,

7 Intención que se deducía del propio encabezado del Proyecto de Decreto mismo, intitulado: “Procedimiento *Previo* Para Deducir Responsabilidad Criminal a los Altos Funcionarios del Estado y Diputados”.

y con lo que resultare, declarar su admisibilidad o no. Acción de denegatoria contra la cual sólo podría interponerse el recurso de reposición ante el mismo Magistrado que había emitido la resolución de in admisión cuestionada, con lo que evidentemente se burlaba la intención de la reforma constitucional y las legítimas expectativas de la ciudadanía misma.

Requisito de procedibilidad previo que, por otra parte, significaba agregar un trámite de control inicial de la acción penal no contemplado en las disposiciones hasta entonces vigentes del Código Procesal Penal. Lo que a todas luces resultaba, no sólo incoherente, sino incluso contrario al espíritu de la reforma constitucional, cuyo objetivo precisamente era el de eliminar cualquier tipo de especialidad procedimental que pudiese estimarse como prerrogativa en la sustanciación de las causas incoadas contra altos funcionarios.

Sumado a lo anterior, y de conformidad a la lógica que informa el sistema de enjuiciamiento criminal hondureño actual, resultaba procesalmente improcedente el regular la posibilidad de desestimar una acción penal a partir de una valoración apriorística desde el momento mismo de su admisión, ya sea por estimar una aparente inexistencia del hecho o por la aparente falta de material probatorio suficiente.

Análisis jurídico, de admisibilidad o inadmisibilidad por razones de fondo, que corresponde a un momento procesal posterior, específicamente a la audiencia inicial, momento en que el Juez sí viene obligado a realizar dichas valoraciones que resultarían en la emisión, ya sea de un sobreseimiento provisional o definitivo, o en un auto de prisión y por tanto en la continuación del proceso penal.

De esta forma, se garantiza que dichas decisiones se tomen con base a la producción y contradicción de alguna actividad probatoria, indispensable para fundamentar debida y jurídicamente una resolución judicial que, cabe recordar, podría tener como efecto la extinción misma de la acción penal; evitando pronunciamientos judiciales en momentos tan embrionarios como el de la presentación misma de la querrela o requerimiento Fiscal, y en atención a criterios que, si bien exteriorizados por un órgano judicial, y por tanto de presumida imparcialidad, lleva-

rían ineludiblemente aparejados la duda, el subjetivismo, o aún peor, la sospecha de haber atendido razones e intereses que pudiesen ser ajenos a los estrictamente jurídicos, únicos que deben motivar, en todo caso, a cualquier órgano judicial, so pena de poner en entredicho su constitucionalmente obligada imparcialidad.

Más allá de lo estrictamente jurídico, a mi parecer dicha estimación previa de procedibilidad situaba en grave precario la propia independencia del Poder Judicial, dado que una decisión que venía siendo eminentemente política, a través del desafuero legislativo, ahora se trasladaba injustificada e innecesariamente a un órgano judicial (Corte Suprema).

En este sentido, ciertamente la existencia de un fundado temor en cuanto a posibles intentos de manipulación e injerencia sobre la decisión, en principio jurídica, por parte del Magistrado llamado a conocer, estaba por demás justificada. Lo anterior, sobre todo si tomamos en consideración que, como ocurre en el caso de la gran mayoría de nuestros países latinoamericanos, en Honduras la materialización real del concepto de Estado de Derecho, como uno en el que debe prevalecer una independencia irrestricta entre los distintos Poderes que lo conforman, resulta aún una batalla por librar.

Otra grave falencia del Proyecto presentado, era la falta de regulación en cuanto al procedimiento a seguir contra otras posibles personas, que no ostentando la calidad de altos funcionarios, se viesan involucradas, en condición de imputadas, en la comisión del mismo hecho delictivo que aquéllas. Es decir, si la especialidad en cuanto al órgano judicial competente para conocer de la causa —Magistrados de la Corte Suprema de Justicia— debía o no respetarse y aplicarse igualmente para éstas. Situación que debía ser prevista por razones obvias de seguridad jurídica.

Aunado a lo anterior, tampoco se aclaraba por el Proyecto si la declaratoria de admisibilidad o inadmisibilidad del escrito de acusación, previsto en el procedimiento de valoración judicial previa, descrito y criticado en párrafos anteriores del presente apartado, era igualmente extensible a personas incluidas en el mismo, pero que no ostentasen la condición de altos funcionarios del Estado.

Finalmente, a nuestro criterio el Proyecto erróneamente regulaba en su propuesta de redacción del Artículo 418, que una vez interpuesto el recurso de casación contra la sentencia definitiva emitida por el Tribunal de Sentencia, y resolviéndose el mismo, no por unanimidad, sino por mayoría de los Magistrados que componen la Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia (órgano competente para resolver el mismo); el caso debía turnarse al Pleno de Magistrados de ese Tribunal Supremo, *y no podrían formar parte, ni por tanto conocer, los Magistrados que integraron, y en un primer momento se pronunciaron, del recurso interpuesto*, es decir, los Magistrados de la referida Sala de lo Penal.

Con ello, y de hecho, se estructuraba en realidad una segunda instancia sobre el mismo recurso de casación interpuesto, lo que resultaba a todas luces improcedente, pues lo que se discutiría serían los mismos puntos planteados por el recurrente, a ser dilucidados por el mismo órgano judicial competente para conocer: la Corte Suprema de Justicia, de la cual forman parte y pertenecen los Magistrados que integran la Sala de lo Penal, independientemente que éstos, en su momento, no hayan alcanzado un consenso de unanimidad sobre la resolución que debía ser adoptada.

Cabe destacar que finalmente la propia Corte Suprema de Justicia reconoció las falencias de su proyecto de Ley y correctamente rectificó de forma posterior retirando su propuesta.

## B) Procedimiento actual regulado por el Código Procesal Penal

Como consecuencia de la determinada oposición que se sostuvo por diversos sectores de la sociedad al Proyecto de reforma al Código Procesal Penal presentado por la Corte Suprema de Justicia, descrito y analizado en el apartado anterior; en su lugar se aprobó finalmente una reforma legislativa mucho más acorde con la verdadera intención y alcance de la reforma constitucional. Así, y como aspecto de mayor relevancia, se suprimió totalmente lo relacionado con el procedimiento de admisibilidad previo que proponía el Artículo 416 del Proyecto de la Corte Suprema de Justicia.

Asimismo, y complementariamente, se superaron los vacíos evidenciados en el acápite anterior, tales como ser la posibilidad o imposibilidad de divisibilidad de causas cuando en el hecho acusado se encontraran involucrados, tanto imputados que ostentaran la condición de altos funcionarios del Estado o diputados, como otras personas que no ostentaran dichos cargos.

Igualmente, se suprimió la prohibición establecida por el Proyecto en su Artículo 418, en cuanto a que, ante supuestos de interposición de recursos de casación en los que la Sala de lo Penal no resolviese por unanimidad, los Magistrados integrantes de la referida Sala, no podrían formar parte del Pleno que debía resolver en definitiva sobre el mismo.

En conclusión, se procedió a reformar los Artículos 414, 415, 416 y 417 del Código Procesal Penal, y se realizó la supresión de los Artículos 418 y 419 del mismo cuerpo legal<sup>8</sup>. De tal forma que la lectura actual y vigente del Capítulo III, Título Único, del Libro V, del Código Procesal Penal, intitulado “PROCEDIMIENTO PARA CONOCER DE LOS PROCESOS INCOADOS A LOS MAS ALTOS FUNCIONARIOS DEL ESTADO Y LOS DIPUTADOS”, es la siguiente:

**ARTÍCULO 414.-** Los altos Funcionarios del Estado y Diputados contra quienes se pretenda proceder para deducirles responsabilidad criminal, sólo podrán ser enjuiciados de conformidad a lo establecido en los Artículos siguientes.

8 Al respecto, el Artículo 418 literalmente regulaba lo siguiente: ARTICULO 418.- IMPUGNACION DEL FALLO. “Contra el fallo que dicte el Tribunal de Sentencia a que se refiere el Artículo anterior, cabrá el recurso de casación, del que conocerá la Corte Suprema de Justicia en pleno. En la integración de la Corte, sin embargo, no podrán participar los magistrados que hayan intervenido como jueces o miembros del Tribunal de Sentencia”.

Por su parte, el Artículo 419, expresaba: ARTICULO 419.- DEL SOMETIMIENTO A PROCESO DE LOS QUE GOCEN DE INMUNIDAD. “Los diputados y funcionarios públicos que disfruten del fuero de inmunidad, podrán someterse a proceso voluntariamente y el asunto quedará sujeto a lo establecido en los dos Artículos precedentes. No obstante, en ese caso los diputados conservaran su inmunidad parlamentaria propiamente dicha”.

**ARTÍCULO 415.-** La Corte Suprema de Justicia conocerá del requerimiento, acusación o querrela que promueva la autoridad competente o la víctima en su caso, contra las personas a que se refiere el Artículo anterior, debiendo acompañarse los documentos en que se funde, y si no es posible su presentación, se indicará el lugar o las oficinas en que se encuentren para los efectos investigativos pertinentes.

**ARTÍCULO 416.-** La Corte Suprema de Justicia, designará a uno(a) de sus Magistrados para que conozca del proceso en las etapas preparatorias e intermedia. Para conocer del juicio oral y público integrará el Tribunal de Sentencia, con cuatro (4) de sus Magistrados(as); los tres (3) primeros actuarán en el juicio y el último será el sustituto. De los tres (3) Jueces Titulares se designará uno para que actúe como Presidente, quien dirigirá el proceso, que se desarrollará de conformidad a lo establecido en el Código Procesal Penal. Similar designación se hará para conocer el recurso de apelación cuando procediere.

Cuando en la comisión de un delito intervengan personas que no ostenten aquellas cualidades, una vez declarado admisible el requerimiento, acusación o querrela, conocerá del proceso en relación a todos los(as) imputados(as) los(as) Magistrados(as) designados(as) como Jueces en los términos mencionados en este mismo Artículo.

**ARTÍCULO 417.-** Contra el fallo a que se refiere el Artículo anterior, cabrá el Recurso de casación del que conocerá la Corte Suprema de Justicia por medio de la Sala de lo Penal. En caso de no haber unanimidad de la Sala, se someterá al Pleno, en el cual no podrán participar los Magistrados que hayan intervenido como Jueces en las etapas preparatoria e intermedia y en el juicio.

#### **IV. SOBRE EL RÉGIMEN DE INMUNIDADES DE LOS DIPUTADOS HONDUREÑOS DESIGNADOS AL PARLAMENTO CENTROAMERICANO**

##### **A) Introducción: Aspectos generales sobre el régimen de inmunidades y privilegios del Parlamento Centroamericano**

Como es generalmente conocido, el Parlamento Centroamericano se constituye como un órgano confor-

mado por representantes de varios países centroamericanos que tiene como propósito principal, entre otros, impulsar y orientar los procesos de integración, así como ampliar y eficientizar la cooperación entre los diferentes países centroamericanos, a fin de garantizar en el área la convivencia pacífica, dentro de un marco de seguridad y bienestar social.

Identificada la finalidad principal anterior, y de conformidad a su Tratado Constitutivo de 1987, el Parlamento Centroamericano se encuentra integrado por veinte diputados titulares por cada Estado miembro, con sus respectivos suplentes, los cuales son electos por un periodo de cinco años, pudiendo ser reelectos. El procedimiento para sus nombramientos se sujeta a las disposiciones que se establecen en cada Estado miembro para la elección de sus diputados nacionales.

Asimismo, y agregados a los anteriores, son igualmente integrantes al PARLACEN los Presidentes, Vicepresidentes o Designados a la Presidencia, una vez terminado el periodo para el que fueron electos. En este caso, y a diferencia de los diputados titulares electos, éstos cesarán en sus funciones cuando sus sucesores concluyan su mandato constitucional, es decir, y en el caso particular de Honduras, cada cuatro años.

Con el propósito de lograr el fiel cumplimiento de las funciones del PARLACEN, los Estados miembros se han comprometido a ofrecer todas las facilidades necesarias para ello, garantizando a la vez la libre comunicación a los diputados y funcionarios para todos sus fines oficiales; de tal forma que, tanto los locales, archivos, correspondencia oficial y documentos del Parlamento Centroamericano, son inviolables, sea cual sea el lugar en el que se encuentren.

Asimismo, los diputados al PARLACEN gozan de un régimen de inmunidades y privilegios, que vienen regulados, tanto a través del ya citado Tratado Constitutivo del Parlamento Centroamericano y Otras Instancias Políticas, como de La Convención de Viena Sobre las Relaciones Diplomáticas, El Acuerdo Sede entre el Gobierno de la República de Guatemala y el Parlamento Centroamericano, así como, finalmente, de la Constitución Política de cada Estado miembro.

De esta forma, y de conformidad a lo prescrito en el Artículo 27 del Tratado Constitutivo del Parlamento Centroamericano y Otras Instancias Políticas, los Diputados al PARLACEN gozan del siguiente régimen de inmunidades y privilegios:

- a) En el Estado donde fueron electos, de las mismas inmunidades y privilegios que gozan los Diputados ante los Congresos, Asambleas Legislativas o Asambleas Nacionales;
- b) En los demás países centroamericanos, de las inmunidades y privilegios que para los Agentes Diplomáticos se establecen en la Convención de Viena Sobre las Relaciones Diplomáticas; y,
- c) En el país sede, gozarán además de los privilegios que se establezcan en el Tratado Sede.

De la literalidad del precepto anterior, se deduce que los diputados al PARLACEN ostentan inmunidad parlamentaria en tres sentidos o en tres diferentes ámbitos: En los países de su elección, de la misma que gozan sus representantes legislativos; en el resto de países miembros, de la que correspondería a representantes diplomáticos extranjeros; y, en el país sede (Guatemala), gozan además de otros privilegios y exenciones plasmadas en el Acuerdo Sede.

Cabe destacar que no se prevé, en ninguno de los instrumentos jurídicos citados, ni en reglamento interno alguno, un procedimiento que específicamente regule la posibilidad de renunciar a dichas prerrogativas; de hecho, incluso se carece de un procedimiento para declarar el desafuero, a lo interno del PARLACEN, de sus diputados.

En atención a lo anterior, y en tanto no se emita un Reglamento que regule la renuncia o el levantamiento de inmunidades y privilegios, se procede a dar trámite a la solicitud, proveniente de cualquier persona individual o jurídica, o de autoridad competente, para que se haga la respectiva declaración por el PARLACEN, por medio de asamblea plenaria y con el voto de la mitad más uno de sus miembros, a fin de que se pronuncien sobre el levantamiento o no de las inmunidades y privilegios citados<sup>9</sup>.

## **B) La situación particular del régimen de inmunidades a favor de los diputados hondureños en el PARLACEN**

Previo a entrar en detalle sobre los privilegios que gozarían los diputados hondureños al PARLACEN en el Estado de Honduras, vamos a referirnos previamente a las inmunidades y privilegios que gozan en el resto de los países miembros, así como en el país sede (Guatemala).

Así, con respecto a su situación en el resto de países miembros, de conformidad con lo previsto en el Tratado Constitutivo, las inmunidades y privilegios para los Agentes Diplomáticos es aplicable a todos los diputados centroamericanos, incluidos los hondureños, en los demás países que conforman dicho Parlamento.

Lo anterior, al entenderse como aplicable la Convención de Viena sobre las Relaciones Diplomáticas, evidentemente al tomarse en consideración el alto cargo que éstos representan, así como la naturaleza de Organismo Internacional que dicha instancia de integración ostenta. Al respecto, podemos mencionar entre los privilegios que gozan en el resto de países miembros, los siguientes:

- a) Prohibición de detención o arresto;
- b) Inviolabilidad de residencia, documentos y correspondencia; y,
- c) La no obligación a declarar.

En el país sede (Guatemala), a los diputados al PARLACEN se les reconoce algunos derechos, inmunidades y exenciones, entre los cuales tenemos, además de los contemplados en la normativa antes relacionada, los siguientes:

- a) Exención de impuestos, derechos y demás gravámenes sobre la importación de su equipaje, menaje de casa y demás artículos de uso personal y doméstico, necesarios para ellos, sus cónyuges e hijos; y,
- b) La importación de un automóvil destinado a su uso, libre de pago de todo impuesto, derecho y gravámenes, siempre que el desempeño del cargo sea por un periodo no menor de cinco años.

<sup>9</sup> Opinión Consultiva planteada por el PARLACEN ante la Corte Centroamericana de Justicia de fecha 31 de octubre del año 2002.

Con respecto al régimen de inmunidades aplicable en su país, Honduras, a diferencia de lo que acontecía antes de la reforma constitucional hondureña, referida en el numeral romano II del presente trabajo, mediante la cual se suprime la prerrogativa de la inmunidad para todos aquellos altos funcionarios del Estado; al igual que como vimos acontece en el caso de los diputados al Congreso Nacional, los diputados al PARLACEN, que representan al Estado hondureño, carecen ahora del privilegio propio de desafuero.

En este sentido, entendemos que por remisión expresa del propio Tratado Constitutivo, en el sentido que los diputados nombrados al PARLACEN, en el Estado donde fueron electos, gozarán de las mismas inmunidades y privilegios que gozan los diputados ante los Congresos, Asambleas Legislativas o Asambleas Nacionales; en Honduras actualmente, tanto unos como otros, pueden ser acusados, procesados, juzgados y en su caso sentenciados, mediante el procedimiento ordinario regulado y previsto en el Código Procesal Penal, si bien con la especialidad vista de que sus causas serán dirimidas, no por un Juez ordinario, sino ante Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, en la forma ya analizada, y con las reservas y críticas formuladas sobre la temática, en el Capítulo III del presente trabajo<sup>10</sup>.

10 Resulta importante destacar que, a pesar de defender la interpretación expuesta como, a nuestro criterio, la única legalmente viable de conformidad a una lectura, ya no restrictiva, sino incluso literal de la normativa reguladora; existen en nuestro país antecedentes de interpretaciones realizadas por el Poder Legislativo muy distintas, que si bien anteriores a la reforma constitucional en cuestión, pueden indicar, de su sólo contraste con la literalidad del propio Tratado Constitutivo del PARLACEN, una posible orientación dirigida a propiciar injustificadas situaciones generadoras de impunidad. Tal es el caso del informe vertido en el año 2002 por la Comisión de Ética nombrada por el Congreso Nacional, en el supuesto de la acusación formulada por el Ministerio Público en contra del entonces Diputado del PARLACEN Luís García Bustamante, por la supuesta comisión del delito de abuso de autoridad en perjuicio de la Administración Pública, cuando éste se desempeñaba como Alcalde de la ciudad de San

## V. VALORACIONES Y CONCLUSIONES FINALES

Con respecto al tema sobre el régimen de inmunidades para diputados y altos funcionarios del Estado en Honduras, resulta poco discutible el avance que sobre la materia ha significado la reciente reforma constitucional asumida a finales del año 2003; misma que elimina la prerrogativa procedimental del desafuero parlamentario ante el Congreso Nacional, dando vía libre al procedimiento ordinario de enjuiciamiento criminal regulado en el Código Procesal Penal.

No obstante lo anterior, el intento inmediatamente posterior de reforma legislativa a la normativa procesal penal, mediante el Proyecto elaborado y sometido a consideración del Poder Legislativo por parte de la Corte Suprema de Justicia, y mediante la cual se pretendía, de hecho, reinstaurar una especialidad procedimental de desafuero, pero esta vez, y muy a semejanza del antejuicio reservado para Jueces y Magistrados, a través de un pronunciamiento previo de admisibilidad por el Magistrado de la Corte Suprema de Justicia llamado a conocer de la causa; patentiza claramente que los cambios positivos en nuestros países, tendentes a consolidar nuestros aún incipientes Regímenes democráticos en verdaderos Estados de Derecho, constituyen luchas y victorias parciales que deben ser defendidas más allá de la mera modificación de normas.

Por otra parte, y sin perjuicio de reiterar nuestro criterio favorable a la notable mejoría alcanzada por la reforma constitucional en comento; consideramos que la misma aún resulta objetable desde una doble perspectiva. Por

Pedro Sula, es decir, por un delito cometido en Honduras incluso previo a su nombramiento como Diputado al PARLACEN; en el cual el Congreso Nacional se declaró incompetente para pronunciarse sobre la solicitud de desafuero, argumentando que el Diputado en mención gozaba de inmunidad por el Tratado Constitutivo del PARLACEN, y en consecuencia el caso debía ser trasladado a dicho organismo, a fin de que fuese éste el que determinara si la suspendía o no. Al respecto, debe evidenciarse que el informe fue avalado y aprobado por unanimidad de votos de todos los Diputados del Congreso Nacional.

un lado, dada la especialidad persistente en cuanto al órgano judicial competente para conocer de las causas instruidas en contra de diputados y demás altos funcionarios de Estado: La Corte Suprema de Justicia.

Especialidad anterior que, a nuestro parecer, carece de justificación constitucional, convirtiéndola, por tanto, en una ilegítima desigualdad de trato; debiéndose, por el contrario, y en verdadera consolidación del Derecho constitucional de igualdad, regular a no sólo un sometimiento al procedimiento ordinario, sino igualmente al órgano judicial al cual, en estricta atención a la materia o al territorio, le correspondería conocer en razón de su competencia ordinaria.

La segunda objeción resulta del temor fundado en el sentido que el criterio político que hasta ahora ha venido imperando en la decisión de admitir el procesamiento o no de diputados y altos funcionarios, continúe incólume; reduciéndose la reforma, en tal caso, a un simple cambio de estadio, del Poder Legislativo al Poder Judicial. Potencial peligro que, de efectivamente darse, se traduciría en un verdadero atentado frontal a la independencia del Poder Judicial, al comprometerse su debida y obligada imparcialidad, y con ello, en un atentado directo al concepto esencial mismo de lo que constituye un Estado de Derecho.

Finalmente, y con respecto al régimen de inmunidades referido a los diputados hondureños nombrados al Parlamento Centroamericano; a nuestro criterio la única interpretación legalmente posible —más deducida de una lectura literal de la normativa reguladora sobre la mate-

ria, especialmente del propio Tratado Constitutivo (Artículo 27), que incluso de un intento de interpretación restrictiva de la misma— es que éstos deberán igualmente someterse, con el mismo fundamento y alcance, a la reforma constitucional que derogó el desafuero parlamentario.

En atención a lo expuesto, al igual que acontece con nuestros representantes parlamentarios y demás altos funcionarios de Estado, los diputados hondureños que integran el PARLACEN, ante delitos cometidos en territorio hondureño, deben ser directamente acusados y procesados de conformidad al procedimiento ordinario señalado en el Código Procesal Penal, sin ninguna otra prerrogativa que la vista y cuestionada especialidad en cuanto al órgano judicial llamado a conocer, no siendo éste el ordinario de conformidad a la natural competencia por razón de materia y territorio, sino un Magistrado de la Corte Suprema de Justicia, quien conocerá de la etapa preliminar e intermedia del proceso, y cuatro Magistrados, igualmente del Tribunal Supremo y en todo caso distintos al primero, quienes deberán conocer del juicio oral y público.

En nuestra opinión, cualquier interpretación distinta a la planteada, sería extensiva y no restrictiva, favoreciéndose con ello una desnaturalización y perversión de la finalidad que debe informar la prerrogativa misma más allá de la originalmente ideada; de forma muy similar a lo que vimos aconteció en la práctica en el caso de las inmunidades para diputados y altos funcionarios previo a la reforma constitucional de 2003.

# Reflexiones críticas sobre el pensamiento abolicionista en materia de justicia penal de menores<sup>\*</sup>

ANA PAOLA HALL GARCÍA\*\*  
*Doctora en Derecho Penal*  
*Universidad de Salamanca, España*

«Quien pretenda abolir el Derecho Penal, lo único que quiere es  
espantar al diablo con Belcebú».

*Hassemer*

## SUMARIO:

I. Consideraciones previas. II. Los opositores del Derecho Penal de menores. III. La lógica de un modelo educativo-responsabilizador. IV. Análisis crítico de las posibilidades reales de la abolición del sistema de justicia penal de menores. V. Conclusiones. VI. Bibliografía

## I. CONSIDERACIONES PREVIAS

No es necesario detenerse a pensar mucho para saber que los casos de extrema violencia cometidos por menores, se repiten con más frecuencia en el mundo. La sociedad no sabe como reaccionar ante este problema que surge en su seno, sobre todo porque es un tema extremadamente sensible que despierta las reacciones más diversas. De un lado, hay quienes exigen que se les aplique todo el rigor de la ley; de otro lado, quienes siguen defendiendo que se trata de niños que deben protegerse.

La justicia de menores no ha escapado a tal disparidad de criterios, pues históricamente ha adoptado diversos modelos de reacción frente al menor infractor<sup>1</sup>: el

\* Esta es la primera parte del artículo. La segunda será publicada en la siguiente edición de la Revista. Este artículo fue publicado en la *Revista Jurídica Dos mil-Tres mil*, (Directora: Ana Paola Hall), N° 6, Universidad de Ibagué, Colombia, 2002.

\*\* ANA PAOLA HALL GARCÍA, Doctora en Derecho Penal por la Universidad de Salamanca, España. Grado de Salamanca. Premio extraordinario a la mejor tesina extranjera del año de la misma Universidad. Ha sido profesora titular de Derecho Penal, en la Universidad de Ibagué, Colombia y Directora de la Revista Jurídica de la misma Universidad. Dentro de sus publicaciones cabe destacar el libro: *La responsabilidad penal del menor*, publicado en Colombia y próximo a publicar en Honduras. Actualmente es Asistente técnica de la Fiscalía General de la República.

1 *Vid.*, GIMÉNEZ SALINAS, “La justicia de menores en el Siglo XX. Una gran incógnita”, (Dir., Bustos Ramírez), *Un Derecho Penal del menor*, Santiago de Chile, 1992, p. 11.

modelo de protección, el educativo y el de responsabilidad. El primero, se caracterizó por tratar el menor como un objeto tutelar; el segundo, por anteponer las necesidades educativas a la represión; y el tercero, básicamente, ha supuesto la aceptación del menor como un sujeto de derechos con capacidad de responsabilidad.

Las nuevas tendencias políticocriminales, dirigidas al reduccionismo penal, han contribuido a que en los últimos tiempos surgiera una opción dirigida a prescindir de la intervención penal en el menor infractor. Esta postura ha cobrado más fuerza debido al auge de la llamada tercera vía; es decir, los mecanismos de conciliación y reparación como solución a los conflictos. Bajo este orden de ideas, se ha sostenido que en materia de menores sería aceptable la abolición de la justicia penal de menores y la adopción de otro tipo de sistema que regule su responsabilidad.

En este trabajo me propongo analizar los fundamentos de la propuesta abolicionista de justicia penal de menores, y la viabilidad de su eventual aplicación.

## II. LOS OPOSITORES DEL DERECHO PENAL DE MENORES

Dentro del abanico de autores que conforman la corriente que rechaza la existencia del Derecho Penal de menores, existen varias líneas. Así, puede hablarse de quienes defienden la abolición del Derecho Penal de menores (y su sustitución por otras jurisdicciones), o de otros planteamientos que sólo buscan la sustitución de las medidas privativas de libertad por otras medidas punitivas.

A pesar de estos matices, los planteamientos referidos presentan algunos puntos coincidentes: quienes defienden la vía extrapenal en materia de menores, defienden a su vez su inimputabilidad, pero sin desligarla del concepto de responsabilidad. En este sentido se manifiesta RÍOS MARTÍN<sup>2</sup>, al referirse a la inimputabilidad del menor, como uno de los requisitos de su modelo educativo-responsabilizador. La inimputabilidad, para él, no debe dar lugar a la caracterización del menor como un anormal o irresponsable, porque el menor sí debe responder, aunque no en el

ámbito penal. También GARCÍA PABLOS<sup>3</sup> entiende que el menor debe considerarse responsable, en cuanto considera dicha caracterización, como una de las bases del modelo de responsabilidad de los menores y jóvenes. Aunque defiende la existencia de responsabilidad en el menor, al hacerlo elude, deliberadamente, cualquier adjetivación penal al respecto.

Es decir, que no se pretende buscar un modelo que potencie la inimputabilidad (entendida como irresponsabilidad del menor), sino uno que entienda que son inimputables, pero que excluya su responsabilidad del ámbito penal. Ahora bien, para ellos, hacer salir la responsabilidad del ámbito penal, no significa desafiar su existencia, porque la responsabilidad no es exclusiva del campo penal. Es más, el marco de referencia más importante de la responsabilidad de una persona es su espacio social: todos somos responsables diariamente en el ámbito familiar, social y jurídico; pues todos respondemos por nuestros actos. De esta manera, según dicha lógica, el menor no será menos responsable por excluirse de la jurisdicción penal.

Autores como GONZÁLEZ ZORRILLA<sup>4</sup>, han observado que la asimilación de la imputabilidad con responsabilidad, es sólo una de las posibles formas de entender ésta última. Ya que, al menos, podrían mencionarse otras dos: la identificación de la responsabilidad con capacidad de raciocinio y decisión para hacerse cargo de las cosas (por ejemplo: se dice que alguien es muy responsable); y la identificación de la responsabilidad con autoridad sobre determinado ámbito de actividad de la que responde.

El problema que conllevaría la negación de la responsabilidad (como capacidad de imputabilidad), es que se perderían las otras dimensiones de la responsabilidad. Es decir, si asimilamos inimputabilidad con irresponsabilidad, también estaremos negando la capacidad de autonomía personal del menor y la autoridad sobre sí mis-

2 Vid., RÍOS MARTÍN, «El menor ante la Ley Penal: educación versus penalización», en *Actualidad Penal*, N° 25, junio, Madrid, 1994, p. 477.

3 Vid., GARCÍA PABLOS, «Presupuestos criminológicos y político criminales de un modelo de responsabilidad de jóvenes y menores», en *Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid, 1996, p. 270.

4 Vid., GONZÁLEZ ZORRILLA, «Los menores entre protección y justicia», (Dir., Bustos Ramírez), *Un Derecho Penal del menor*, *Op. cit.*, p. 146.

mo. Además, como ya ha sido advertido por IBÁÑEZ<sup>5</sup>: negar la responsabilidad del menor le haría perder el derecho a entender de forma objetiva, la realidad en que se mueve y el sentido que en ella tienen sus acciones. Y esto, a mi juicio, no sería correcto.

Quienes proponen una vía extrapenal argumentan que la búsqueda de una solución diferente al Derecho Penal de menores, encuentra su justificación en la misma naturaleza del Derecho Penal. Por esa razón, analizan algunas de sus características y costos de utilización en el campo de los menores, que a continuación se comentan.

Por ser el instrumento más violento de control social, el Derecho Penal es la ultima ratio; es decir, que sólo debe ser utilizado como último recurso, cuando los instrumentos previos a él, han fracasado.

Según los seguidores de la opción despenalizadora, en el caso del menor de edad, los medios de control más adecuados para proteger los bienes jurídicos necesarios para la convivencia en sociedad serían, por ejemplo, la familia o la escuela. La utilización del Derecho Penal en este caso es injustificada e ilegítima, porque no se respeta el orden de intervención de los controles y pasa de ser última a ser prima ratio. Aún más, quienes defienden esta solución, entienden el recurso al Derecho Penal en el ámbito del menor, como una venganza colectiva, que de no ser paralizada a tiempo debilitará el Estado de Derecho<sup>6</sup>.

Además, un ordenamiento jurídico que introduce a los menores en el campo del Derecho Penal para solucionar los conflictos entre éstos y la sociedad, claudica ante las exigencias (a veces viscerales), de seguridad ciudadana. Esta renuncia a soluciones más conciliadoras también lleva implícita el afán de ocultar el fracaso de medios educativos; y si esto es así, si el resto de controles del Estado, más eficaces en tanto más pacíficos, han fracasado ¿Cómo conceder al Derecho Penal una función motivadora<sup>7</sup>?

5 Vid., IBÁÑEZ, "El sistema tutelar de menores como reacción penal reforzada", (Comps. Jiménez Burillo y Clemente), *Psicología social y sistema penal*, Madrid, 1986, p. 220.

6 Vid., RÍOS MARTÍN, «Derecho penal de menores: aspectos sustantivos y otras consideraciones», en AA. VV., *Niños y jóvenes criminales*, Granada, 1995, p. 133.

7 Vid., RÍOS MARTÍN, «Notas críticas sobre el Anteproyecto de la Ley Penal juvenil y del menor: la criminalización de la infancia», en *Poder Judicial*, N° 37, Madrid, 1995, p. 331.

De todo lo anterior deducen, quienes defienden la vía extrapenal, que el Derecho Penal no es necesario, ni eficaz dentro del ámbito de los menores. Desde el punto de vista de la defensa social, el Derecho Penal es innecesario e ineficaz, porque su aplicación produce un efecto rebote: se dice que los centros de internamiento de menores son verdaderas escuelas de delincuencia, de tal modo que privar a un menor de su libertad es propiciar un camino de aprendizaje criminal<sup>8</sup>. Es decir, el Derecho Penal sería ineficaz porque se presentaría como un remedio que a la larga, sería contraproducente.

En la medida que el Derecho Penal es un medio de control social específico, es necesario enjuiciarlo también desde sus consecuencias. Así que respecto al costo que conlleva su aplicación sobre los menores, los defensores de la solución extrapenal, coinciden en los siguientes puntos:

- Rechazo a la división de edades que realizan los sistemas penalizadores, porque según el art. 1 de la Convención de Derechos del niño, todas las personas menores de dieciocho años son niños (salvo que según la Ley aplicable hayan alcanzado antes la mayoría de edad). Así lo manifiesta RÍOS MARTÍN<sup>9</sup>, que considera que el establecimiento de tramos de edad, vulnera el contenido del art. 1 de la referida Convención, según el cual debe considerarse niño a todos los seres humanos menores de dieciocho años (con las salvedades que pueda imponer la Ley interna aplicable). Aunque, a mi entender, es acertado el uso de un término que comprenda todas las personas menores de dieciocho años, esto no debe conducir a ignorar la necesidad de diferenciar tramos de edad. Pues, conocimientos proporcionados por la Psicología Evolutiva
- 
- 8 Vid., BARATTA, *Criminología crítica y crítica del Derecho Penal. Introducción a la Sociología jurídico penal*, (Trad. Búnster), Madrid, 1986, pp. 191-192.
- 9 Vid., RÍOS MARTÍN, «Notas críticas sobre el Anteproyecto de la Ley Penal Juvenil y del menor: la criminalización de la infancia», *Op. cit.*, p. 332.

va han confirmado la existencia de varias etapas de desarrollo en el ser humano<sup>10</sup>. En mi opinión, este es un argumento que apoya la diferenciación de tramos de edad en los menores, y que debe repercutir a efectos procesales y sancionadores.

- Crítica respecto a los efectos estigmatizadores y segregantes del Derecho Penal: si ya el menor está apartado de los procesos de participación social, la aplicación del Derecho Penal profundizará dicha situación y le dificultará (aun más) su integración en la vida social; y, lo que es más, coadyuvará a garantizar la futura clientela de los centros penitenciarios<sup>11</sup>.
- Énfasis en la realidad que subyace al menor infractor: independientemente de su clase, social y circunstancias personales, en la mayoría de los casos los menores infractores tienen un punto común: un proceso de socialización carencial y frustrante. Es decir, junto a la desigualdad de su situación sociopolítica y los desequilibrios del sistema, estos factores de carencias o necesidades, obstaculizan aún más el libre desarrollo de su personalidad. Para los defensores de la vía extrapenal, la Ley debería tratar de paliar esto, creando medios educativos, sociales y humanos que ofrezcan solución al problema de los menores. Todo ello, no como un acto de generosidad, sino por una obligación constitucional.

Según este planteamiento, se trata de formar, educar y atender los diferentes aspectos que limitan el desa-

rrollo personal del menor en su tránsito hacia la plena incorporación social; cuestión ésta que, en su opinión, sí corresponde al Estado, en un Estado social y democrático de Derecho. Y si ello es así, mal puede atenderse esta tarea (de actuación en interés del menor) con el instrumento de control social más opuesto a dichos objetivos. Pues, en su criterio, por mucho que esté rodeado de garantías y límites «el Derecho Penal se asienta sobre criterios de violencia, segregación, exclusión, estigmatización, venganza, intolerancia, insolaridad»<sup>12</sup>.

Desde la anterior reflexión, quienes rechazan la existencia del modelo de responsabilidad penal de menores, critican su imposibilidad de hacer realidad el interés del menor, porque el interés que realmente se protege es el de seguridad ciudadana<sup>13</sup>. Para ellos, aunque teóricamente el traslado de las garantías penales y procesales de los adultos al ámbito de los menores, se podría presentar como un logro; si dicho traslado se efectúa sin la adaptación previa a las especiales características de la justicia de menores, habría una vulneración material al principio de igualdad establecido constitucionalmente. Pues, sería discriminatorio tratar igual a los desiguales<sup>14</sup>.

Así pues, los opositores al Derecho Penal de menores, coinciden en que existe incompatibilidad entre el in-

10 Al respecto, *Vid.*, PIAGET e INHELDER, *Psicología del niño*, 12ª Ed., (Trad. Hernández Alfonso), Madrid, 1984, pp. 12 ss. También, *Vid.*, PAPALIA y WENDKOS, *Psicología del desarrollo*, 3ª Ed., (Trad. Villamizar), México, 1986, pp. 62 ss.

11 *Vid.*, SOTOMAYOR ACOSTA, *Inimputabilidad y sistema penal*, Bogotá, 1996, p. 33. También, *Vid.*, RIOS MARTÍN, «Derecho penal de menores: aspectos sustantivos y otras consideraciones», *Op. cit.*, p. 132 En la misma línea, *Vid.*, GARCÍA PABLOS, *Manual de Criminología. Introducción a las teorías de la criminalidad*, Madrid, 1988, pp. 164 ss.

12 *Vid.*, GUTIÉRREZ FRANCÉS, *Justicia de menores. Reflexiones en torno a la imputabilidad y justicia de menores*, texto manuscrito, en prensa, Salamanca, 1998, p. 224.

13 *Vid.*, DE LEO GAETANO, «Interés, derecho y necesidad: para una evolución de las hipótesis de tratamiento de la desviación de menores», (Dir., Bustos Ramírez), *Un Derecho Penal del menor*, *Op. cit.*, pp. 180 ss.

14 En este sentido se han pronunciado autores que, como JUANES PECES, manifiestan su preocupación por el excesivo legalismo en el Derecho de menores. Pues, ello conduciría a homogeneizar el proceso de éstos con el de adultos, dándole prevalencia a los aspectos garantistas y formales, sobre los individualizadores. Y esto impediría la individualización necesaria en el procedimiento de menores, conforme a la cual se valorarían las circunstancias propias de cada menor. *Vid.*, JUANES PECES, «El menor en el nuevo Código Penal», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, Año VI, Nº 269, noviembre, Madrid, 1996, p. 3.

terés del menor y un sistema penal rígido y criminalizador (que, al ser en la práctica, una reproducción del sistema de adultos, no se adapta a las necesidades que debe atender una Justicia de menores). En mi opinión, no resulta sencillo armonizar criterios tan contradictorios, e intentarlo, supone un equilibrio que, generalmente, se inclina ante la dimensión represiva<sup>15</sup>, como iremos explicando más adelante.

*Grosso modo*, hemos visto las premisas básicas de los defensores de la opción despenalizadora. A mi juicio, los representantes de esta corriente llevan razón en algunos puntos. Pues, desde que proponen modelos de justicia de menores que se basen, más que en sus actos delictivos, en las condiciones socio-familiares que lo rodean; parecen no conformarse con una declaración formal del principio de igualdad ante la Ley. Porque, en su opinión, no basta con una manifestación formal, si las condiciones sociales desmienten diariamente dicha igualdad. Por tanto, según ellos, los poderes públicos deben asegurar, no sólo los derechos formales de los ciudadanos, sino que como establecen las modernas Constituciones: el Estado debe promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra, sean reales y efectivas.

También me parece digno destacar la preocupación demostrada por los seguidores de esta opción, respecto a la creación de un modelo de justicia que prescinda de las connotaciones estigmatizantes y represivas de la justicia penal. Pues, en efecto, entiendo que el carácter de *ultima ratio* del Derecho Penal se debe a la gravedad de las consecuencias que conlleva. Y es que no puede obviarse que su aplicación, además de ser restrictiva de derechos, tiende a ser selectiva, estigmatizante y segregante. Como desde hace tiempo ha sido advertido por autores como BARATTA<sup>16</sup> y PAVARINI<sup>17</sup> y más recientemente, por

15 *Vid.*, GUTIÉRREZ FRANCÉS, *Justicia de menores. Reflexiones en torno a la imputabilidad y justicia de menores*, *Op. cit.*, p. 227.

16 *Vid.*, BARATTA, *Criminología Crítica y crítica del Derecho Penal. Introducción a la sociología jurídico-penal*, *Op. cit.*, pp. 166-168.

17 *Vid.*, PAVARINI, *Control y dominación. Teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico*, (Trad. Muñagorri), México, 1983, pp. 155-165.

diversos autores como MUÑOZ CONDE<sup>18</sup>, que advierte la gravedad de las consecuencias de aplicación del Derecho Penal, al afirmar que hablar de Derecho Penal, es hablar de violencia; pues, violentos son los casos de que se ocupa y violenta es también la forma en que los soluciona.

Ahora bien, una vez reconocidos los méritos de estos planteamientos, debo aclarar que su puesta en práctica, supone algunos problemas. Para empezar, es indispensable explicar algo: si se pretende abolir el Derecho Penal de menores, tendrá que pensarse en otra forma de reacción a las infracciones cometidas por ellos. Los abolicionistas intentan construir sistemas alternativos (Derecho correccional de menores) o desplazar la competencia hacia otras jurisdicciones, como la civil o administrativa (como más adelante veremos). Sin embargo, aunque entiendo que siempre existirán casos en los que baste con la esencia reparadora de dichas jurisdicciones, no puede olvidarse que también habrá un cúmulo de casos (hechos violentos contra bienes jurídicos esencialmente importantes) en los que estas vías no serán suficiente.

Hasta aquí se han expuesto las líneas maestras de los autores más representativos, que optan por una vía extrapenal para los menores infractores. Con ello, se pretendió sentar las bases para adentrarnos en el tema que se aborda seguidamente: la descripción y análisis del ejemplo concreto de un modelo de responsabilidad extrapenal.

### III. LA LÓGICA DE UN MODELO EDUCATIVO-RESPONSABILIZADOR

En este epígrafe se desarrolla la propuesta alternativa educativa-responsabilizadora que RIOS MARTIN defiende.

En cuanto a su fundamento legal, para dicho autor debe justificarse en la Convención de Derechos del niño (art. 40.3 B), que establece la posibilidad de un sistema

18 *Vid.*, MUÑOZ CONDE, "Derecho Penal y control social", en *Cuadernos de Política Criminal*, N° 21, Madrid, 1983, pp. 719 ss. En la misma línea, *Vid.*, SOTOMAYOR ACOSTA, *Inimputabilidad y sistema penal*, *Op. cit.*, pp. 15 ss.

diferente. El modelo que propone es de corte educativo y responsabilizador. Básicamente, su objetivo es desligarlo del Derecho Penal y así evitar los efectos negativos que conlleva<sup>19</sup>.

El fundamento políticocriminal de este modelo parte de que la situación de los menores infractores debe analizarse desde una perspectiva global: ello se desprende del propio entendimiento del delito, que debe ser considerado como un fenómeno social y no como un hecho individual y aislado en la vida del menor. Por tanto, es necesario que el marco de referencia no abarque sólo al menor, sino a todas las instancias socializadoras<sup>20</sup>.

La filosofía subyacente al sistema referido, surge de la necesidad de construir un Derecho de menores ajeno al Derecho Penal y de corte educativo y responsabilizador. Pues, en la medida que se eduque al menor y se le inculque la asunción de la responsabilidad, se conseguirá su desarrollo maduro y equilibrado.

Los elementos constitutivos de este modelo son: la inimputabilidad del menor, el respeto al contenido de sus derechos fundamentales, la definición de un proceso garantista no estigmatizador y el carácter educativo de las medidas a adoptar.

1. En cuanto a la inimputabilidad, no debe llevar a considerar al menor como un anormal, sino como una persona en evolución, con necesidades educativas motivadas por un proceso de socialización carental. La irresponsabilidad del menor no se entiende como una total ausencia de responsabilidad, sino sólo en el ámbito penal. No se trata de que el Estado se abstenga de intervenir, pues éste debe defender la sociedad cuando alguien (incluso un menor) ataca bienes jurídicamen-

te protegidos. Pero, la defensa social no debe entenderse, según el autor, como venganza social, toda vez que ella no implique forzosamente castigar y reprimir. Es decir, que según este modelo, una vez que se haya asegurado que el menor no seguirá delinuyendo (a través de medidas cautelares, que no tienen por qué ser de internamiento), éste debe ser objeto de atención educativa; no sólo para reducir el conflicto, sino para mejorar su calidad de vida<sup>21</sup>. En cuanto al límite de edad para declarar la responsabilidad penal, el autor sostiene que hasta alcanzar la mayoría de edad civil, los instrumentos punitivos deben dejar paso a los protectores.

2. El segundo componente de este modelo, es el respeto al contenido sustancial de los derechos fundamentales del menor (dirigidos a complementar el proceso de socialización y proclamados en la Convención de Derechos del niño de 1989). En el ámbito procesal, el autor observa todas las garantías y los derechos jurisdiccionales. Todo ello responde a los principios de protección de interés del menor y el fomento de su inclusión activa en la sociedad. El derecho a la libertad adquiere cierta importancia en este sistema, pero no obstaculiza la aplicación de eventuales medidas de internamiento (cuando existan circunstancias objetivas de peligro para el menor). Pues, en su opinión, la aplicación de una medida educativa, aunque conlleve la privación de libertad, no parece contraria ni a la libertad, ni a la dignidad<sup>22</sup>.
3. La creación de un proceso no estigmatizador, es el tercer elemento constitutivo de este modelo. En

19 Vid., RÍOS MARTÍN, "El menor ante la ley penal: educación versus sanción", *Op. cit.*, p. 476.

20 Vid., RÍOS MARTÍN, "Derecho Penal de menores: aspectos sustantivos y otras consideraciones", *Op. cit.*, p. 152. En igual sentido, Vid., GARCÍA PABLOS, "Presupuestos criminológicos y político criminales de un modelo de responsabilidad de jóvenes y menores", *Op. cit.*, p. 275.

21 Vid., RÍOS MARTÍN, "El menor ante la ley penal: educación versus sanción", *Op. cit.*, p. 477. Del mismo autor, Vid., *El menor infractor ante la ley penal*, Granada, 1993, p. 246.

22 Vid., RÍOS MARTÍN, "El menor ante la ley penal: educación versus sanción", *Op. cit.*, pp. 263-276 y 312-316. De otra opinión, son Albrecht y García Méndez, para quienes la privación de libertad conlleva una restricción de derechos, por lo que no puede afirmarse como una medida meramente educativa; pues, debe reconocerse su alto contenido sancionador. Vid., ALBRECHT, *El Derecho penal de*

un intento por reducir la estigmatización del proceso de menores, RÍOS MARTÍN propone la articulación de un proceso de carácter civil que respete todas las garantías jurídicas (pues, éstas no son exclusivas del ámbito penal, sino que son inherentes al funcionamiento de los Tribunales, con independencia del proceso que se siga<sup>23</sup>). Estas garantías obedecerían a razones de política de la minoridad y no de política criminal.

El proceso de carácter civil, propuesto por dicho autor, unificaría las facultades de reforma y protección en ésta última. Según él, la configuración de esta única actividad protectora encontraría su justificación en dos razones<sup>24</sup>: en primer lugar, porque por motivos de coordinación y eficacia, una política de la minoridad no puede concebirse con líneas cerradas de acción. En segundo lugar, porque las diferencias entre ambas facultades son artificiosas; pues, el nacimiento de conductas infractoras del menor, en la mayoría de los casos, proviene de situaciones de desamparo y abandono<sup>25</sup>.

Los principios y garantías procesales que observaría la actividad jurisdiccional, tendrían un carácter específico. El procedimiento propuesto por el referido autor, no sólo fomentaría la educación y responsabilización del

menor, sino que brindaría la protección necesaria, mediante el respeto de los siguientes principios y garantías<sup>26</sup>:

- A. Principio de legalidad, que exigiría que las acciones motivadoras de la intervención de los Juzgados de menores estén tipificadas en el Código Penal y en las leyes penales especiales. Además para determinar la imposición de una medida, el Juez debería ponderar la naturaleza de los hechos en relación con la situación socioeducativa del menor y las circunstancias que motivaron su conducta infractora. Por último, la exigencia de legalidad conllevaría la determinación temporal de la medida y, junto a ella, la posibilidad de modificación temporal de la medida.
- B. Principio de oficialidad (el Juez Civil estaría llamado a averiguar todas las circunstancias que rodean al menor), audiencia, oralidad, concentración inmediata y carácter reservado de las actuaciones.
- C. Control jurisdiccional, según el cual el Juez sería el encargado de, en su caso, dictar medidas que limiten derechos a los menores o a sus representantes legales.
- D. Derecho a tutela efectiva de los Tribunales, que implicaría que durante el proceso, el Juez actúe por encima de las partes procesales.
- E. Principio de la unidad jurisdiccional, que requeriría la eliminación de los Juzgados de menores como jurisdicción especial y su subsunción en la jurisdicción civil (que se encargaría de una sola facultad: la de protección).

*menores*, (Trad. Bustos Ramírez), Barcelona, 1990, p. 11. También, Vid., GARCÍA MÉNDEZ, "Infancia y adolescencia: la privación de libertad en las normas internacionales", en *Cuadernos de la cárcel. Edición especial de Derecho Penal y Criminología de la Revista No hay Derecho*, Buenos Aires, 1991, p. 128.

23 Vid., RÍOS MARTÍN, "Derecho penal de menores: aspectos sustantivos y otras consideraciones", *Op. cit.*, p. 153.

24 Vid., RÍOS MARTÍN, "El menor ante la ley penal: educación versus sanción", *Op. cit.*, p. 477.

25 De otra opinión es García Méndez, para quien hablar indistintamente de situación de necesidad (o irregular) e infracción a la Ley Penal, es incorrecto. Pues, permite la negación de las garantías penales y procesales del menor. Vid., GARCÍA MÉNDEZ, "Política de la infancia/adolescencia en América Latina. Estado, movimiento social y modelo jurídico institucional: tendencias y perspectivas", en *Doctrina Penal*, Año XIV, julio-diciembre, Madrid, 1991, p. 485.

26 Vid., RÍOS MARTÍN, "El menor ante la ley penal: educación versus sanción", *Op. cit.*, pp. 477-479. Del mismo autor, Vid., "Derecho Penal de menores: aspectos sustantivos y otras consideraciones", *Op. cit.*, pp. 246 ss.

- F. Defensa efectiva del menor, que se ejercería por el Ministerio Fiscal. La intervención del Abogado sería potestativa.
  - G. Principio de publicidad del proceso, que se restringiría a las personas que tengan algún interés educativo en el menor.
  - H. Rapidez y ausencia de dilaciones indebidas y derecho a recurrir las resoluciones.
4. El cuarto elemento de este modelo, es el contenido educativo que deberían tener las medidas a aplicar<sup>27</sup>. Según el autor referido, esto se desprende del propio entendimiento de la infracción como expresión de una carencia en el cumplimiento de los derechos del menor, frente a su familia o la sociedad. Por ello, las medidas a aplicar, deben orientarse hacia la protección educativa de los menores (para así defenderlos del rechazo y las deficiencias de las instancias socializadoras) y hacia la potenciación de las condiciones de vida, salud y cultura que posibiliten el desarrollo de éstos y su plena integración social.

El modelo propuesto por RÍOS MARTÍN es, en mi opinión, una propuesta seria y concreta que debe valorarse positivamente. Sin embargo, su construcción merece algunas observaciones.

Como se ha visto, básicamente la preocupación del autor es construir un modelo extrapenal, no estigmatizador, que tienda a responsabilizar y educar al menor. Uno de los fundamentos político criminales de este modelo, es el entendimiento del delito como un fenómeno social, que debe analizarse globalmente<sup>28</sup>. El marco de referencia de

este sistema, coincidiría con el propuesto por GARCIA PABLOS<sup>29</sup>, en cuanto debería abarcar todas las instancias socializadoras (y no solamente al menor).

El funcionamiento de un modelo de estas características necesitaría, pues, de la colaboración conjunta de las personas que rodean al menor y que intervienen en su proceso de socialización (familia, educadores, trabajadores sociales, etc.). Sin olvidar que a ello hay que sumar la disposición colaboradora del menor. No cabe duda que habrá casos en que las circunstancias del menor, permitan dicho trabajo conjunto (por ejemplo, cuando se trate de una familia integrada e interesada en colaborar y exista un entorno social adecuado.). Sin embargo, creo que debe tenerse en cuenta que, en su mayoría, los menores infractores presentan situaciones familiares problemáticas, escasos medios económicos o entornos sociales perjudiciales<sup>30</sup>. Todo ello, además de imposibilitar una colaboración global, influiría en el menor y complicaría la asunción de una actitud contributiva en su proceso educativo.

Otra de las dificultades que, a mi juicio, encontraría la existencia de este modelo son los recursos económicos. Y es que el estudio individualizado de cada caso, supondría un despliegue de medios económicos elevados. A tal efecto, de nada serviría la construcción teórica de un proceso que refuerce la socialización del menor, es necesario que existan recursos que permitan llevar a la realidad esa idea<sup>31</sup>. Al no contar con ellos, la individualización se perdería, y como ya ha sucedido, la privación de libertad aparecería como la medida masificadora tenden-

27 *Vid.*, RÍOS MARTÍN, “El menor ante la ley penal: educación versus sanción”, *Op. cit.*, p. 479. En la misma línea, *Vid.*, CUELLO CONTRERAS Y MARTÍNEZ PEREDA –SOTO, “La indeterminación de la mayoría de edad penal en el Código penal de 1995: una ambigüedad insoportable”, en *La Ley*, Tomo 6, Madrid, 1997, pp. 1585-1587.

28 *Vid.*, RÍOS MARTÍN, “Derecho Penal de menores: aspectos sustantivos y otras consideraciones”, *Op. cit.*, p. 152.

29 *Vid.*, GARCÍA PABLOS. “Presupuestos criminológicos y político criminales de un modelo de responsabilidad de jóvenes y menores”, *Op. cit.*, p. 275.

30 *Vid.*, por todos, *Idem.*, p. 269

31 *Vid.*, DEL ROSAL BLASCO., “Joven Delincuente y Derecho Penal”, en *Cuadernos de Política Criminal*, N° 54, Madrid, 1994, p. 1050. En la misma línea, *Vid.*, GARCIA MÉNDEZ. “Política de la infancia/adolescencia en América Latina. Estado, movimiento social y modelo jurídico institucional: tendencias y perspectivas”, *Op. cit.*, p. 483-

te a solucionar de forma apresurada e ineficaz, el problema de los menores infractores<sup>32</sup>.

Hasta aquí he mencionado algunos de los problemas que, en mi opinión, plantearía el funcionamiento efectivo del sistema propuesto por RÍOS MARTÍN. Sin embargo, ya en relación con los requisitos constitutivos de su modelo, aún haré algunos comentarios.

Coincido con el autor referido, en que el respeto a los derechos fundamentales es requisito indispensable de cualquier tipo de proceso que se siga. También comparto su opinión de que el derecho a la libertad tiene importancia en el ordenamiento de menores, sin que éste deba obstaculizar la adopción de medidas de internamiento. Sin embargo, disiento de que el recurso a estas medidas proceda “cuando existan condiciones objetivas de peligro para el menor”<sup>33</sup>. Y es que el autor parece atribuir al Estado un papel paternal, que le autoriza a privar la libertad al menor, cuando se encuentre en circunstancias objetivas de peligro. Ello, a mi entender, es poco acertado. Pues, la privación de libertad debe proceder sólo ante la comisión de una conducta infractora especialmente grave que esté tipificada como delito, y no porque el menor se encuentre en peligro<sup>34</sup>. Pareciera, a simple vista, que el autor se contradice al afirmar que el internamiento procede ante circunstancias de peligro para el menor y, sin embargo, después defiende el respeto al principio de legalidad, como uno de los elementos de su proceso no estigmatizador.

Todo lo anterior lo entiendo como un problema que se deriva de la subsunción de facultades de la Jurisdicción

de menores (que lo lleva a fusionar educación con prevención, y reforma con protección). Si la infracción es, para él, la expresión de una carencia en el proceso de socialización, el menor que cometa una conducta infractora, se encontraría necesitado de protección educativa y responsabilizadora<sup>35</sup>. Por ello, la medida de internamiento que se le aplique estaría encaminada a paliar esa circunstancia de peligro, de indefensión<sup>36</sup>. Por tanto, entiendo que no se trata de que el autor mencionado proponga una alteración del principio de legalidad, sino que al subsumir las facultades de reforma y protección en ésta última, confunde y amplía el ámbito de actuación de la jurisdicción de menores<sup>37</sup>.

En este sentido, él mismo afirma que la detención del menor puede llevarse a cabo por la comisión de hechos tipificados en el Código Penal. Sin embargo, luego agrega que cabría la posibilidad de que las medidas privativas de libertad se adoptaran (por orden judicial) como consecuencia de una especial situación de peligro para la integridad física o psíquica del menor. Como puede verse, el campo de acción del modelo propuesto por el autor, se extiende tanto a conductas delictivas como a situaciones de peligro<sup>38</sup>. De tal modo, que esta jurisdicción conocería de hechos que el mismo Derecho Penal se abstendría de conocer respecto al adulto. Esto no me parece viable. Además, se confundiría a los menores respecto al motivo por el que se les detiene, o se les priva de libertad. Y, en todo caso, si se aplica una medida de internamiento al menor, por estar en situación de peligro, él podrá entender que se le está castigando por ello, y se dificultará que distinga entre circunstancia de peligro e infracción.

32 Vid., GUTIERREZ FRANCÉS. *Justicia de menores. Reflexiones en torno a la imputabilidad y justicia de menores*, *Op. cit.*, p. 242. En igual sentido, Vid., IBAÑEZ, “El sistema tutelar de menores como reacción penal reforzada”, *Op. cit.*, p. 223.

33 Vid., RÍOS MARTÍN, *El menor infractor ante la Ley penal*, *Op. cit.*, p. 247.

34 En igual sentido, Vid., CANTARERO BANDRÉS, “La Justicia y los menores”, en *Reforma política y Derecho*, 1985, p. 129. De la misma autora, Vid., “Los menores y el Derecho Penal”, en *Derecho Privado y Constitución*, Nº 7, septiembre-diciembre, Madrid, 1995, p. 29.

35 Vid., RÍOS MARTÍN, *El menor infractor ante la ley penal*, *Op. cit.*, p. 265.

36 En el mismo sentido, Vid., MENDIZABAL OSES. *Derecho de Menores. Teoría General*, Madrid, 1977. pp. 358 y 359.

37 En la misma línea, Vid., CANTARERO BANDRÉS. “La Justicia y los menores”, *Op. cit.*, pp. 118 - 119.

38 De otra opinión, Vid., GARCÍA MÉNDEZ, “Política de la infancia/adolescencia en América Latina. Estado, movimiento social y modelo jurídico institucional, tendencias y perspectivas”. *Op. cit.*, p. 485.

Como puede observarse, la aceptación de esta fusión de facultades también conllevaría otras dificultades, como el de la finalidad de las medidas a aplicar<sup>39</sup>. En este sentido, RÍOS MARTÍN afirma que la aplicación de una medida educativa, aunque conlleve la privación de libertad, no parece contraria ni a la libertad, ni a la dignidad; pues, ésta no es considerada como castigo, sino como medida educativa y protectora<sup>40</sup>. Al respecto, debo puntualizar mi coincidencia con quienes afirman que una formulación de este tipo, es de escasa sinceridad y supone una forma encubierta de restricción de derechos. En esta línea se manifiesta CANTARERO BANDRÉS<sup>41</sup>, cuando afirma que, es necesario desmitificar real y efectivamente los presupuestos de las medidas educativas y resocializadoras, haciéndolas pasar por el tamiz constitucional en iguales condiciones que las penas, porque ambas afectan gravemente el derecho a la libertad y seguridad de las personas.

Desde mi punto de vista, no basta con decirle a un menor que se le aplicará una medida de internamiento, pero de acuerdo a la jurisdicción civil (y no penal), ni que esta medida es para educarle y protegerle (y no para castigarle). Pues, en mi opinión, la privación de libertad difícilmente puede aceptarse como una mera medida edu-

cativa, es necesario que también quede claro su carácter sancionador<sup>42</sup>. Si se obvia esto, lo único que se logrará es aumentar en los menores la sensación de mixtificación y de manipulación<sup>43</sup>.

Hasta aquí me he referido brevemente a los que, a mi juicio, son los planteamientos más importantes de las tendencias en contra de la instauración del modelo penal de Justicia de menores. A modo de reflexión, quiero plantear una inquietud: la intención de evitar al menor la estigmatización y exclusión que provoca el Derecho Penal es, sin duda, encomiable. Sin embargo, es necesario cuidarse de no caer en un fraude de etiquetas; pues si se propone suprimir el Derecho Penal de menores, debería partirse de que un abolicionismo real significa renunciar a las restricciones coactivas de derechos como respuesta a la infracción del menor<sup>44</sup>. Limitarse a cambiar el nombre del organismo bajo el cual se ejercen dichas funciones, no altera el contenido restrictivo de éstas.

No puede negarse, pues, la buena intención de los abolicionistas, pero tampoco podrá negarse que existen inconsistencias en las alternativas que proponen<sup>45</sup>. Con base en estas ideas, dedicaré las próximas páginas a esbozar algunos planteamientos críticos a esta tendencia.

39 Vid., GONZÁLEZ ZORRILLA, “Los menores entre protección y justicia”, *Op. cit.*, p. 139.

40 Vid., RÍOS MARTÍN, *El menor infractor ante la ley penal*, *Op. cit.*, pp. 247 - 265.

41 Vid., CANTARERO BANDRÉS, *Delincuencia juvenil y sociedad en transformación*, Madrid, 1988, p. 238. En la misma línea, Vid., BELOFF, “La prisión ideal es sólo aquella que no existe. A propósito del encierro de niños y jóvenes”, en *El Reformatorio*, Año I, N° 2, diciembre 1993,/ marzo 1994, Buenos Aires, p 27.

42 En este sentido, Vid., ALBRECHT, *El Derecho Penal de menores*, *Op. cit.*, p. 11.

43 Vid., GONZÁLEZ ZORRILLA. “Minoría de edad, imputabilidad y responsabilidad”, en *Documentación Jurídica*, N° 37140, Madrid, 1983, pp. 178 - 179.

44 En este sentido, Vid., por todos, BUSTOS RAMÍREZ, “Hacia la desmitificación de la facultad reformadora en el Derecho de menores: por un Derecho Penal del menor”, (Dir., Bustos Ramírez), *Un Derecho Penal del menor*, *Op. cit.*, p. 21.

45 Vid., SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*, Barcelona, 1992, p. 21.

# Sobre Política Jurídica

\*RAFAEL LÓPEZ MURCIA

## I. NOCIÓN DE POLÍTICA JURÍDICA

Pareciera una contradicción de términos, pero la Política Jurídica es una expresión razonable, dotada de sentido. El origen de la expresión se remonta al positivismo decimonónico (Austin, Bentham), que tuvo representación en Honduras por la obra del preclaro Ramón Rosa quien, en el Discurso de apertura de la Universidad Central de Honduras de 1882, designa a la ciencia positiva como la viva representación de la reflexión, de la sensatez y del fomento de las conclusiones prácticas; en contrapunto a la metafísica, la cual: "... se funda primordialmente en lo que está más allá de la experiencia".

Con Política Jurídica se quiere significar que los juicios de valor sobre el Derecho deben emitirse en un ámbito conceptual distinto al derecho mismo. Refiriéndose al problema, desde el enfoque paradigmático de la teoría pura (en el sentido otorgado por Hans Kelsen), el doctrinario Roberto M. Jiménez Cano ha escrito: "Sí la teoría pura es ciencia jurídica, pues se encarga del Derecho que "es", la política jurídica no es ciencia y se ocupa del Derecho que «debe ser»".<sup>1</sup>

A párrafo separado, Jiménez Cano, explica que la opción teórica seguida por Kelsen tuvo su equivalente

anglosajón en Herbert L.A. Hart quien, en su conocida obra, *El concepto de Derecho*, se refiere a la teoría jurídica analítica, como destinada a: "... (l) a clarificación de la estructura general del pensamiento jurídico, y no de la crítica del derecho o política jurídica".<sup>2</sup>

La noción de política jurídica conlleva a una metodología que presupone al Derecho como distinto y separado de la moral. Ésta es la denominada "tesis de la separación", que Robert Alexy sugiere como característica esencial de todos los sistemas positivistas; llegando inclusive a afirmar, categóricamente: "Mi tesis es que hay una relación conceptual necesaria entre el derecho y la moral que supone que el positivismo jurídico falla como teoría general".<sup>3</sup>

La consideración positivista del Derecho y la Moral no es hoy uniforme ni mayoritaria. Tampoco ha de ser absoluta, dígalo sino el auge de la corriente de la hora actual denominada "Positivismo jurídico incluyente", que ha morigerado el normativismo extremo de antaño y ha hecho más porosa la ciencia que estudia al derecho positivo al insoslayable problema de los valores.

No obstante la superficialidad, límite de opinión necesario en este ensayo, trataré a continuación de reseñar uno de los primeros hitos filosóficos que desafiaron la noción de una ciencia como pureza, y de la crítica axiológica como sinónimo de política jurídica.

\* Juez. Tribunal de Sentencia de la sección judicial de Comayagua, Honduras.

1 Lista de [www.filosofiyderecho.com](http://www.filosofiyderecho.com), comunicación efectuada el 23 de agosto de 2004, con el tema: Re: Kant, Kelsen y la Política Jurídica.

2 Vid: Hart, H. L. A., en: *El concepto de Derecho* [1961], trad. Genaro R. Carrió, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, p. XX.

3 En: *Derecho y Razón Práctica*, Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, Fontamara, Hidalgo, México, 1998, p. 35 y ss.

## II. EL ARGUMENTO DE LA INJUSTICIA

Antes de la segunda guerra mundial, muy pocos pensadores centroeuropeos dudaban de la virtualidad del positivismo jurídico. El influjo de sus doctrinas puede explicarse parcialmente, en nuestro entorno, por las traducciones que de Hans Kelsen, de su *reine rechtslehre* (Doctrina Pura del Derecho)<sup>4</sup> y de señeros trabajos, hicieron —alrededor de 1934— autores como Renato Treves (al italiano) y, Luis Legaz y Lacambra, Luis Recaséns Siches y Eduardo García Maynez (al español).

Todo pareció cambiar, sensiblemente, a raíz de un hecho significativo para la historia, pero indiferente para la ciencia pura que, consciente de la necesidad de su “pureza conceptual”, se abstraía de la problemática ética, social o política con toda la fría cortesía que la ciencia (*logos*) es capaz de infligir a lo opinable (*doxa*).

Este hecho fueron los hornos diseñados para infligir muerte y sufrimiento a millones de seres inocentes en Dachau y alrededores. Las ordenanzas emitidas para desproveer a gente de vida, propiedad y libertad, bajo el supuesto legal de que estaba expropiada la dignidad de quienes pertenecieran a un grupo diferente de seres humanos (*üntermenschen*), al modelo representado por el grupo dominante.

Y todo bajo la cobertura y basamento de un régimen formalmente democrático. Pues no habremos de olvidar que el régimen político jurídico que hizo posible la barbarie fue posible, a su vez, por una marea humana de más de diez millones de votos en la Alemania de la posguerra y de la crisis capitalista de los años treinta.

Pero existió un iusfilósofo alemán quien, aun siendo reputado como “positivista”, no pudo doblegarse, ni dejar pasar desapercibido nada de lo anterior. Guido Fassó lo describe así: “Precisamente hacia el final de la guerra se

4 Sobre la distinción entre la doctrina y la teoría del Derecho positivo resulta ilustrativo ver el planteamiento de Roberto J. Vernengo en la Nota del Traductor de la *Reine Rechtslehre*, y del porque, convencionalmente, dicha obra ha sido traducida al español como Teoría Pura del Derecho y no Doctrina Pura del Derecho. Vid. La 8ª edición Op. Cit., Editorial Porrúa, México, 1995, p. 358.

produjo la clamorosa conversión al iusnaturalismo de Gustavo Radbruch (1878-1949) (...) jurista célebre y hombre político de relieve, ministro de justicia de la república democrática alemana en la primera postguerra, privado de su cátedra por el gobierno hitleriano, lleno de prestigio por su doctrina y su nobleza de ánimo”.<sup>5</sup>

En su *Rechtsphilosophie (Filosofía del Derecho)* de 1946, Radbruch escribe: “El conflicto entre justicia y certeza jurídica puede resolverse de forma que se dé prioridad al derecho positivo, asegurado por la promulgación y el poder, incluso si éste no es razonable y es injusto en sus contenidos, excepto en el caso en que la contradicción entre el derecho positivo y la justicia se vuelva tan intolerable que la condición de “derecho incorrecto” **tenga que hacer lugar a la justicia**”.<sup>6</sup> A esto es lo que Robert Alexy denomina: “La versión más conocida del argumento de la injusticia referido a normas individuales” (Ídem).

Y es que aquí, en esta manifestación del “segundo Radbruch”, cuando se suscita un punto de interés para la demarcación del positivismo jurídico clásico, para el cual el concepto de Derecho es exclusivamente formal y, por ende, susceptible de cualquier contenido; de un iusnaturalismo renovado, que, en palabras del citado Fassó: “... indujo a muchos a buscar valores que no sólo dependieran de la voluntad del Estado, sino que pudieran imponerse a ésta, limitándola y controlándola”.<sup>7</sup> Un iusnaturalismo que habría de tamizar toda la concepción histórica de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948) y su pretensión de universalidad de los valores objetivos allí positivados.

Esto pudiera, a su vez, sugerir la existencia de una paradoja, que bien puede expresarse en el antiguo adagio ilustrado: *Summun ius, summa iniuria*; esto es, que la cumbre del positivismo jurídico formalista coincidía históricamente con una de las depravaciones políticas más grandes de la historia, como fue el nacionalsocialismo alemán. Este “Leviatán”, como bien observa Fassó, ni siquiera res-

5 Fassó, Guido, en: *Historia de la Filosofía del Derecho*, Ediciones Pirámide, Tomo III, Madrid, 1982, p. 271.

6 Alexy, Robert. Op. Cit., p. 43-44, el subrayado es nuestro.

7 Fassó, Guido. Ídem.

petó el principio de legalidad, toral para un desenvolvimiento normal de las estructuras jurídicas del Estado, llegando entonces a una especie de paroxismo que termina devorándose a sí mismo.

Para G. Radbruch las antinomias sólo podían ser resueltas en la práctica jurídica. P. Minkkinnen, sobre la concepción expuesta originalmente por Radbruch, comenta que no se trata de un conflicto de normas en sentido estricto, sino que de un conflicto que resulta esencial, de carácter ontológico para la definición del Derecho: “Una verdadera antinomia es una situación en que la aplicación del derecho positivo puede, innegablemente, devenir en un resultado injusto. En tales casos, el conflicto debe resolverse de acuerdo al “derecho suprapositivo” (*Übergesetzliches Recht*). El derecho positivo que no aspire a la idea de derecho, es decir, que no “sirve a la justicia”, es incorrecto, es un “injusto legal” (*Gesetzliches Unrecht*)”.<sup>8</sup>

El “detalle” que no se le escapa a este autor finés es que la ley así considerada puede, eventualmente, ser injusta, pero debe aspirar a la justicia. Debe “corregirse”, entonces. Y esto implica que la corrección ha adquirido un énfasis ético, por medio del cual: “... el derecho correcto es la entidad fáctica que “sirve a la justicia”, en la cual aspira a realizarse como una norma ética” (Ídem, traducción libre).

El argumento de la injusticia, como se conoce actualmente, es debido entonces a Gustav Radbruch. Si esta formulación axiológica supera a otras de indudable prestigio, como la del decálogo de Eduardo Couture o a la noción misma de San Agustín, en el sentido de que un Estado en que estuviere ausente la justicia se asemejaría más a una banda de ladrones, que a un Estado, no son, ni pueden ser, alcances de tan somero trabajo. Esto no obsta para observar que las concepciones expuestas son coincidentes en buscar un parámetro de valoración a la actividad normativa e institucional del derecho. Y siguiendo siempre a Radbruch, nos es dable recordar que la justicia no es sino “la medida del derecho”.

8 *Thinking without desire: a first philosophy of law*, Oxford, 1999, p. 41-2, traducción libre.

Chaim Perelman, un autor insuficientemente ponderado en nuestras latitudes, era de una opinión laudable y de indudable autoridad sobre el tema de justicia, muchas de cuyas formulaciones históricas estudió, clasificó y sistematizó en el ensayo *De la Justice* de 1945.<sup>9</sup> Allí arribaría a la conclusión de que: “... un sistema de justicia completamente racional no es realizable, existiendo en sus valores últimos, en los que todo sistema se funda, un ineliminable elemento de arbitrariedad”. M. Dobrosielski, pondera de la siguiente forma este aserto fundacional de la Nueva Retórica: “El redescubrimiento por Perelman de la retórica arranca de su primer ensayo sobre la justicia, en el que constata que no se pueden explicar la regla de justicia ni las normas jurídicas o morales en términos de lógica formal, cuyas proposiciones son racionales y gozan de necesidad y universalidad”.<sup>10</sup>

El argumento de la injusticia podría ser medido, entonces, y siguiendo la terminología neo positivista, como un discurso plausible, justificado en caso concreto, el cual —con fundamento en la historia viva de la humanidad— conexasaría de cierta forma la fenomenología jurídica (“el derecho como es formalmente”) con el problema axiológico (“el derecho como perfeccionamiento moral o posibilidad de realización ética”). Ahora bien, un análisis conjunto de la imprecisión normativa —derivada de esa materia maleable e inasible con que trabaja el Derecho, como es el lenguaje—, sumado a la falta de predicibilidad, en cuanto a lo que será reconocido como jurídico en el itinerario cotidiano de la norma hacia la eficacia; aunado ello a la carencia de estándares valorativos de universal aceptación, consecuencia de la creciente complejidad y concomitante pluralismo que son blasones de la época contemporánea, devendría en admitir la indeci-

9 Fassó, Guido, Op. Cit., p. 283.

10 Vid: *Tratado de la Argumentación (La nueva Retórica)*, Gredos, Madrid, 2000, p. 14., donde el prologuista D. Jesús González Bedoya lo recapitula así: “En efecto, es estudiando el problema de la justicia (...) o sea, la inadecuación de la lógica de la demostración al mundo de los valores y la necesidad de abordar estos con otra lógica, como surge el encuentro de Perelman con la retórica de Aristóteles.”

bilidad conceptual respecto a lo que es justicia en términos puramente abstractos o generales.

### III. POLÍTICA JURÍDICA Y JURISDICCIÓN

Tal vez una distinción interesante entre el formalismo jurídico (Kelsen y Hart, la mayoría de nuestras Escuelas de Derecho, etc.) y la Teoría de la Argumentación, consiste en la consideración —afirmativa o negativa— que merezca el Derecho como ciencia. Con todo este problema irresuelto del debate contemporáneo tiene al menos un punto de interés para el jurista práctico, para los abogados de los tribunales y los estudiantes de Derecho, como veremos a continuación.

Un punto de relieve, es la “antinomía” que hemos supuesto a principio del trabajo, entre los términos “política” y “jurídica”, contradicción que es sólo aparente, pues dentro del Estado de derecho se supone implícita la declaración solemne y constitutiva de los derechos, lo cual se conoce también como la parte dogmática de la Constitución.

En otras palabras, si aceptamos la noción de límite como constitutiva del accionar de la política —y no otra cosa proponen los derechos fundamentales de primera generación—, esto significaría que la política, en sus diferentes esferas que le son inherentes dentro de la democracia republicana, incluyendo desde luego la actividad legislativa, debe estar sometida a derecho, específicamente a ese derecho fundacional del régimen democrático, esa “... ley por la cual el soberano mismo fue investido como rey” (Bracton). Tal derecho fundacional (*Grundnorm*), no es otro que la Constitución de la República, la cual, con mayor o menor suceso, jura el alto funcionario cumplir y hacer cumplir al tomar posesión del cargo.

¿De dónde deriva, entonces, la fuerza normativa insita en los valores constitucionales? ¿De la moral o de la convención positiva? Una respuesta pragmática —aunque elusiva al problema filosófico planteado— nos sugeriría que más allá del problema de fundamento de los derechos, resulta más importante preocuparnos por fortalecer la vigencia de los mismos. Creemos que la teoría del “positivismo jurídico incluyente”, ya aludido, culti-

vado en España por maestros de Derecho como José Juan Moreso y G. Peces-Barba, es afín a este punto de vista.

Así, valores como la libertad, la dignidad del ser humano y la igualdad, no necesitarían derivar de su aceptación dentro de un paradigma científico para su consideración racional eficiente en orden a la vigencia del Estado de derecho. Al parecer, no son minoritarias las concepciones iuspositivistas que aceptan que, un sistema jurídico racional puede obtener legitimación del reconocimiento que se le dé a determinados valores, aun y cuando la procedencia y establecimiento de los mismos carezca de “arraigo científico”, o lo que es lo mismo, no importando que su eficacia provenga principalmente de su poder de persuasión y de convencimiento dentro de la sociedad.

Un análisis particularmente sugerente es el del ampliamente citado H. L. A. Hart, para quien son “características indispensables” del Derecho positivo las “formas mínimas de protección de las personas, de las propiedades y de las promesas”,<sup>11</sup> rechazando, así, las tesis formalistas a ultranza, en virtud de las cuales el Derecho puede tener cualquier contenido. Robert Alexy, por otra parte, vincula el problema de la legitimidad con el de validez, al declarar que, sistema jurídico: “...que no contiene normas generales ni para proteger la libertad ni la propiedad de sus miembros, no tiene ninguna oportunidad de validez continua y, por lo tanto, de existencia permanente en el mundo con personas realmente existentes”.<sup>12</sup>

Problema teórico de larga data, en él pueden verse diversos criterios incluyentes. Así, John Locke, precursor del moderno liberalismo, manifestó que, en el Estado de naturaleza (que se supera por el pacto social), “... el hombre posee derechos naturales y dentro de éstos algunos fundamentales: la propiedad, la libertad y la vida. El pacto o contrato descansa en la protección de esos derechos inalienables e individuales”.<sup>13</sup> H. L. A. Hart, por su parte, refuta la tesis iusnaturalista haciendo acopio de Bentham, en su artículo “Positivismo y la Separación del Derecho y la

11 Fassó, Op. Cit., p. 246.

12 Alexy, Op. Cit., p. 47.

13 Cfr. *Teoría del Estado*, Manrique Jiménez, Editorial Jurídica Continental, C.R., 2001, p. 207.

Moral”, donde expresa que en el utilitarismo pueden identificarse los elementos del Estado de Derecho, así como todos los principios “... por cuya defensa, la terminología del derecho natural ha sido revivida en nuestros días”. Menciona a guisa de ejemplo: la libertad de expresión, de prensa y de asociación; la necesidad de que las leyes se publiquen para ser mejor conocidas y acatadas; el principio de que no debe haber responsabilidad criminal sin ofensa, el principio de legalidad, etc.<sup>14</sup>.

Como se puede suponer, el ejercicio judicial del derecho tampoco está exento de tratar con problemas valorativos, sobre todo en casos difíciles o en casos que exigen una ponderación de principios. El ejercicio de la judicatura ofrece, en ocasiones, la puesta en relieve de lo anterior de diversa maneras. Y es en la práctica judicial donde se conocen, no sólo las antinomias de la ley, sino que la inacabada tentativa de aplicación del “derecho correcto”, aquel derecho que, aplicado dentro de una pluralidad de respuestas plausibles al caso concreto, conlleva a una realización mayor de la justicia.

Donde se ve con mayor definición el problema de la valoración crítica y metódica del derecho es, entonces, en el ejercicio de la jurisdicción, la cual está llamada a conocer el problema de la interpretación de la Constitución y las leyes, en una forma armónica e integral.

Una posibilidad teórica digna de explorarse es si constituye o no una licencia hermenéutica al Juez la mencionada en el artículo 3 de la Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales de Honduras, mediante la cual: “(se) Prohíbe a las autoridades judiciales: 1º... 2º Aplicar leyes, decretos o acuerdos gubernativos que sean contrarios a la Constitución”.

Lo anterior tendría un sentido regulativo sólo si se acepta que, insitos en la Constitución, se encuentran los “valores objetivos positivados” que deben regir la vida en comunidad. Y que el Juez, en tanto “intérprete final” de la norma emitida por el legisferante, puede y debe darle un contenido constitucional material a sus resoluciones.

Cabe ahondar más en esta tesis, pues, de ser plausible, resultaría inevitable afirmar que la legislación orgánica de 1906 precavía ya el otorgamiento de una cierta forma de control constitucional difuso a los juzgados y tribunales de la República de Honduras<sup>15</sup>.

## BIBLIOGRAFÍA

1. ALEXY, Robert, *Derecho y Razón Práctica*, Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, Segunda edición por Fontamara, Hidalgo, México, 1998.
2. FASSÓ, Guido, *Historia de la Filosofía del Derecho*, volumen III, versión española de Ediciones Pirámide, Madrid, 1982.
3. FEINBERG, Joel y GROSS, Hyman (Editores y recopiladores), *Philosophy of Law*, Dickenson, California. Material fotocopiado sin colofón.
4. JIMÉNEZ, Manrique, *Teoría del Estado*, Editorial Jurídica Continental, Costa Rica, 2001.
5. KELSEN, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, trad. Roberto J. Vernengo, Editorial Porrúa, México, 1996.
6. Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales de Honduras de 1906.
7. Lista de correos [www.filosofiyderecho.com](http://www.filosofiyderecho.com), moderada por el doctor Roberto M. Jiménez Cano, editor de la Revista Telemática de Filosofía del Derecho, ISSN 1575-7382.
8. MINKKINNEN, Panu, *Thinking without desire: a first philosophy of law*, Oxford, 1999.
9. PERELMAN, Chaim y OLBRECHTS-TYTECA, Lucía, *Tratado de la Argumentación (La nueva Retórica)*, Gredos, Madrid, 2000.
10. ROSA, Ramón, *Oro de Honduras: Antología de Ramón Rosa* (Prólogo de Rafael Heliodoro Valle y colaboración de Juan B. Valladares). Segunda edición facsimilar por la Editorial Universitaria, Tegucigalpa, 1993.

14 Vid: La recopilación *Philosophy of Law*, Dickenson, California. Edición de Joel Feinberg e Hyman Gross, material sin colofón, p. 40, traducción libre.

15 Artículo revisado y ampliado sobre el publicado en Diario *Tiempo* el día martes 21 de diciembre de 2004.

# Principios del Derecho Penal

## Una visión limitativa del poder penal

CARLOS ERNESTO SÁNCHEZ ESCOBAR\*

*A don Francisco Morazán.  
Patriota Hondureño y Centroamericano.*

### SUMARIO:

Introducción. I. Principios Penales. 1. El principio de Legalidad. 2. El principio de Dignidad Humana. 3. El principio de Ofensividad. 4. El principio de Culpabilidad. II. Los Principios y Garantías Procesales. 5. El principio de Juicio Previo. 6. El principio de Legalidad Procesal. 7. La garantía de independencia e imparcialidad de los jueces. 8. La garantía de presunción de inocencia. 9. La garantía de prohibición de doble o múltiple persecución penal. 10. La garantía de inviolabilidad de la defensa. Epílogo.

### INTRODUCCIÓN

Una visión importante dentro de todo el sistema penal normativo, es el reconocimiento de un marco de principios y garantías penales mínimas, estos se derivan directamente del marco regulativo de la Constitución de la República, así como de los tratados internacionales suscritos por nuestro país, y como tales brocados son diversos, nos limitaremos a la enunciación de algunos de ellos, que para los fines de esta reflexión tiene más trascendencia.

La presente elaboración que ciertamente es muy sintética, la presento para su publicación en la Revista que impulsa el Centro de Estudios Jurídicos de la hermana República de Honduras; para mi es un alto honor que

estas cavilaciones puedan ser consideradas por todos los Jueces y Abogados de la patria de Morazán; a ellos les patentizo las muestras de mi más alta estima y respeto profundo; así como los mas caros anhelos una patria centroamericana.

## I. PRINCIPIOS PENALES

### 1. El principio de Legalidad

Uno de los principios esenciales, por no decir el más emblemático de todos, es el principio de legalidad, de ahí que se reconozca fielmente dicho principio por el código penal en el artículo 1 CP<sup>1</sup>, bajo cuya égida es imposible incriminar penas o delitos, si estas no están previamente descritas en una ley que sólo puede emanar del poder legislativo, en consecuencia, se prohíbe la aplicación de normas

\* Licenciado en Derecho por la Universidad de El Salvador. Especialista en Ciencias Penales por la Universidad Nacional de Costa Rica. Juez del Tribunal Tercero de Sentencia de la República de El Salvador.

1 El artículo 1 CP reza: "Nadie podrá ser sancionado por una acción u omisión que la ley penal no haya descrito en forma previa precisa e inequívoca como delito o falta, ni podrá ser sometido a penas o medidas de seguridad que la ley no haya establecido con anterioridad. No podrá configurarse delito o falta, ni imponerse pena o medida de seguridad por aplicación analógica de la ley penal".

penales de manera retroactiva, a menos que de la estructura normativa, se desprendan cuestiones favorables al imputado, en cuanto a la restricción de sus derechos fundamentales, sólo en la favorabilidad la norma puede ser retroactiva, de lo contrario si la prescripción normativa es perjudicial la misma es por definición irretroactiva<sup>2</sup>.

Lo anterior se complementa, por el principio político de obediencia a la norma, de que las descripciones de las conductas delictivas sean claras, precisas, sin ámbitos de ambigüedad, es decir se impone aquí la garantía de *lex stricta*, con ello se destierra la analogía *in mala partem* y la práctica de construir tipos penales abiertos, que conculquen a su vez el principio político constitucional, de la separación de poderes<sup>3</sup>; por que en estos casos, de normas cuyos supuestos se colman por otras autoridades, se transgrede el principio de que la ley penal, debe ser una derivación en su carácter prohibitivo que emane del poder legislativo, máxime representante de la pluralidad social<sup>4</sup>.

## 2. El principio de Dignidad Humana

También se reconoce el llamado principio de dignidad humana<sup>5</sup>, con el cual se quiere significar, que las

injerencias y las restricciones a los derechos fundamentales de la persona humana, tanto en la coerción material como en la procesal, no pueden reducir el núcleo esencial de la persona, deshumanizándola, mediante la aflicción excesiva de las limitaciones que se le impongan<sup>6</sup>.

Se impone aquí reconocer, que el conjunto del sistema penal normativo está —como entequeia estatal— al servicio del hombre, no para degradarlo, extirparlo de la sociedad o inflingirle tratos crueles o excesivos, sino para tratar de brindar opciones a la persona para que se injerte nuevamente en el tejido social; es por ello que, ni aun ante la persona condenada, cesa este derecho de ser tratado dignamente, puesto que quien es declarado culpable de un delito, no por ello pierde la dignidad de ser una persona del género humano.

En tal sentido, estas proscritas todas aquellas consecuencias jurídicas del delito, que afecten el núcleo esencial de los derechos y libertades de la persona, por ejemplo: cierto es que el justiciable se ve mediante la pena privado de su libertad, ello es una restricción a ese derecho, pero tal limitación no significa la afectación de la esencia del mismo, es decir no obstante la perjudicación, ese derecho no se encuentra vaciado en su contenido sustancial; pero si *vervi gratia*, a la privación de la libertad se agrega el aislamiento, o la privación de libertad se convierte de manera material en una prisión perpetua, sea por la extensa duración de la pena, o por que esta no tiene límite, más que el morir en prisión, al imponerse penas dilatadas sin la posibilidad real de subrogados penitenciarios, el derecho primario a la libertad sí resulta afectado en su esencialidad.

Tampoco bajo el principio de respeto a la dignidad del hombre, pueden admitirse en modo alguno restricciones a los derechos fundamentales que sean inhumanas, degradantes, o infames.

2 Sobre la vigencia del principio de legalidad en el sentido que la ley penal perjudicial es irretroactiva ver JAKOBS Günther “Derecho Penal”. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación. 2ª edición corregida. Traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo. Marcial Pons. Madrid. España. 1997 p. 111.

3 Sobre estas ideas de limitación en la interpretación, por la vigencia del principio de legalidad de acuerdo a la época actual JAÉN VALLEJO Manuel “Principios Constitucionales y Derecho Penal Moderno”. Estudios sobre cuestiones de especial relevancia constitucional. AD-HOC. Buenos Aires. Argentina. 1999 ps 31 a 35.

4 Sobre el origen y los alcances del principio de legalidad en su moderna formulación confrontar: ZAFFARONI Eugenio Raúl, ALAGIA Alejandro, SLOKAR Alejandro. “Derecho Penal”. Parte General. EDIAR. Buenos Aires. Argentina. 2000 pp. 105 a 119.

5 El artículo 2 CP reza: “Toda persona a quien se atribuya delito o falta, tiene derecho a ser tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano. No podrán imponerse penas o medidas de seguridad, que afecten la esencia de los derechos y liber-

tades de la persona o que impliquen tratos inhumanos o degradantes”.

6 En dicha perspectiva ver MARTINEZ LAZARO Javier “Los Principios del Derecho Penal en la Legislación Salvadoreña” en Revista “Justicia de Paz”. N° 7. Año III. Vol. III. Septiembre-Diciembre. 2000. Justicia de Paz. (CSJ-AECI). San Salvador, 2000, p. 131.

### 3. El principio de Ofensividad

El reconocimiento del principio de ofensividad, también llamado de lesividad<sup>7</sup> permite hacer una diferenciación en el fundamento esencial de la pena, ciertamente ésta no obedece preponderantemente a transgresiones de orden moral, sino que se justifica por la afectación a los bienes jurídicos de las personas<sup>8</sup>.

Lo significa, que la norma penal no se entiende de manera unidireccional, como norma de determinación, cuya afectación se legitima por su mismo *imperium*, es decir por el sólo hecho de ser transgredida, sino que, además, subyace de manera preponderante un enfoque valorativo material, en cuanto a la realidad de la afectación de los bienes que la norma tutela<sup>9</sup>.

En tal sentido, no basta la mera desobediencia normativa, para justificar la intervención punitiva, sea en el merecimiento abstracto o concreto, sino que las conductas criminalizadas, deben injuriar bienes jurídico-penales relevantes. De ahí que el legiferante no está habilitado para criminalizar conductas que materialmente no estén tutelando bienes jurídicos<sup>10</sup>.

Y debe tenerse en cuenta, que cuando se acude a esta forma de punición, aún para aquellos intereses jurídicos que son esenciales, la tutela de los mismos sigue

siendo fragmentaria y discontinua, es decir, no todos los bienes se deben proteger por medio del derecho penal, ni tampoco dichos intereses jurídicos, pueden tutelarse de todas las formas de ataques antijurídicos<sup>11</sup>, con ello se indica, que en algunos casos, la tutela más efectiva y menos lesiva, será la que dispense el derecho civil o el derecho administrativo sancionador.

Aquí también es importante añadir, que la separación entre derecho y moral, como conquista fundamental del pensamiento demoliberal, impide la punición por el derecho penal de conductas auto-referentes, en estos casos, una correcta intelección de la dañosidad social, impedirá que el derecho penal, sea utilizado para enfrentar esos conflictos personales del ser humano.

Y es que si se admite, que en algunos casos se criminalicen verdaderas conductas auto-referentes —así el tema en boga del consumo de drogas— no hay razón valedera, que no justifique la intervención del Estado, en esferas que solo atañen a la persona y su conciencia; nótese que los reparos que hacemos, es a la intervención del derecho penal, como mecanismo altamente formalizado, violento y de *última ratio*, no así a otras formas de control social informal, que son legítimas para dirigirse a las claves valorativas de la persona —la familia, la escuela, la religión, grupos cívicos, etcétera— en el sentido de poder constituirse, como verdaderos disuasivos de conductas, que afecten al sujeto en su dimensión de persona humana.

Por último, si la conducta ya en concreto, ni siquiera ha puesto en peligro a un determinado bien jurídico, no se justifica la punición, por el mero desvalor ético de la acción en cuanto desobediencia normativa, ese por ejemplo, es el fundamento de la no punición del delito imposible y de la tentativa desistida, en esta última, cuando en el *iter* de la ejecución, se renuncia de seguir cometiendo el delito, y no se injuria de pasaje en grado de consumación otro bien jurídico intermedio.

7 El tenor literal del artículo 3 CP es: “No podrá imponerse pena o medida de seguridad alguna, si la acción u omisión no lesiona o pone en peligro un bien jurídico protegido por la ley penal

8 En esa línea de pensamiento ampliamente BUSTOS RAMIREZ Juan “Control Social y Sistema Penal”. PPU. Barcelona. España. 1987 ps. 166 a 167.

9 En el mismo sentido ver. CALDERON CEREZO Ángel, CHOCLÁN MONTALVO José Antonio “Principios, Hecho Punible y Responsabilidad Penal” en Revista Justicia de Paz. Año I. Vol. I. Septiembre-Diciembre.1998. (CSJ-AECI). San Salvador. El Salvador. 1998 p. 3

10 Reconociendo la vigencia del principio de lesividad dentro del marco de un derecho penal que funciona como límite al ejercicio del poder punitivo del Estado confrontar: DALL’ANESE Francisco “Ni Satanizar ni Sacralizar” en “Delito, Autoritarismo y Estado”. Apuntes de derecho Penal. Cuaderno n° 1. Editorial Jurídica Continental. San José. Costa Rica. 2002 p. 9.

11 Ver en tal sentido MIR PUIG Santiago “Introducción a las Bases del Derecho Penal”. Concepto y método. Editorial B de F. 2° edición. Buenos Aires. Argentina. 2002 ps 108 a 112.

#### 4. El principio de Culpabilidad

El llamado principio de responsabilidad<sup>12</sup>, que propiamente se dimensiona como principio de culpabilidad, permite enervar toda reacción punitiva, con fundamento en cuestiones de responsabilidad objetiva, no importando que se trata de imputables o inimputables, también la imposición de las medidas de seguridad, quedan proscritas si el justiciable no ha actuado dolosa o culposamente. Sin embargo, los alcances del principio de culpabilidad son más extensos, y no se limitan al principio de que no se impone pena, a quien no actúa con dolo o con culpa<sup>13</sup>.

Así, una manifestación de tal principio, es prohibir que las predicaciones de la culpabilidad o de la pena, trasciendan del culpable a otras personas, a quienes subjetivamente no les es imputable el injusto penal. Para no parecer ingenuos, si se tiene plena conciencia de que la pena privativa de libertad —primordialmente— genera efectos deletéreos para terceros, esa transferencia de aflicción real debe reducirse a costos menores, por ejemplo manteniendo penas de prisión no excesivas, ni agudizando la separación familiar del penado —que surge de manera inevitable— en las modelos de ejecución.

Lo anterior, no es sólo un imperativo de justicia punitiva —que la justicia es un valor acuñado por la Constitución— sino que además, tiene fundamento positivo, normado al más alto rango en jerarquía de las leyes secundarias, por que la Convención Americana sobre Derechos Humanos prescribe en el artículo 5.3 que: “La pena no puede trascender de la persona del delincuente”; de la colisión de esta norma —que no hace más que reconocer el principio de personalidad de la pena— con los efectos que se derivan por ejemplo, del régimen de cumplimiento es-

pecial, que se prevé en la reforma del artículo 103 de la Ley Penitenciaria<sup>14</sup>, y que impide la visita íntima y el contacto físico entre interno y familiares, debe considerarse que con tales medidas aflictivas, se afecta no sólo al condenado, sino a sus familiares que no han delinquido, y que por un doble efecto de la pena ven restringidos sus propios derechos. No hay duda entonces, que ante el conflicto de lo garantizado por el artículo 5.3 de la citada Convención, y lo dispuesto en el artículo 103 precitado, debe prevalecer el tratado por imperio del artículo 144 de la Constitución<sup>15</sup>.

También debe tenerse en cuenta, que esta consecuencia del principio de culpabilidad, rige para el área procesal penal, en el sentido que ninguna medida de coer-

12 En su primer inciso el artículo 4 CP dice: “La pena o medida de seguridad no se impondrá si la acción u omisión no ha sido realizada con dolo o culpa. Por consiguiente, queda prohibida toda forma de responsabilidad objetiva”.

13 Sobre un desarrollo de las consecuencias que se derivan del principio de culpabilidad ver: SÁNCHEZ ESCOBAR Carlos Ernesto “El Principio de Culpabilidad Penal”. Revista Justicia de Paz. N° 13. Año V-Vol. III Septiembre-Diciembre. 2002. (CSJ-AEIC). San Salvador. El Salvador. 2002 ps. 88 a 121.

14 El tenor de la disposición es el siguiente: “Los internos que sean enviados a los Centros de Seguridad por su alto índice de agresividad o peligrosidad o hayan sido condenados por delitos de narcotráfico, crimen organizado, homicidio agravado, violación, secuestro, o que fueren reincidentes estarán sometidos a un régimen de internamiento especial de conformidad al Art. 45 del Código Penal que implicará las siguientes limitaciones: 1) El cumplimiento aislado de la pena en una celda o pabellón especial; 2) Restricción a su libertad ambulatoria dentro del centro de detención; 3) Prohibición de obtener información televisada y el material escrito que reciban deberá ser supervisado; 4) Comunicación telefónica interna supervisadas o monitoreadas; 5) Las visitas familiares sólo podrán ser realizadas ante la presencia de custodio con separación que evite el contacto físico; y 6) En ningún caso será permitida la visita íntima. En cumplimiento a lo establecido en el presente artículo, el ejercicio físico y salidas a áreas exteriores se hará de manera restringida, separada del resto de reos, evitando en todo momento el contacto físico con el resto de internos”.

15 El artículo 144 Cn. reza: “Los tratados internacionales celebrados por El Salvador con otros estados o con organismos internacionales, constituyen leyes de la República al entrar en vigencia conforme a las disposiciones del mismo tratado y de esta Constitución. La ley no podrá modificar o derogar lo acordado en un tratado vigente para El Salvador. En caso de conflicto entre el tratado y la ley, prevalecerá el tratado”.

ción procesal, limitadora de derechos fundamentales, puede transferirse a otras personas, que no tengan vinculación con el delito, salvo que se trate de elementos probatorios, las personas ajenas a la imputación no tienen por que soportar restricciones a sus derechos fundamentales, como consecuencia de la persecución penal.

Respecto de lo atinente a la cuestión probatoria, deben mediar criterios de proporcionalidad, en cuanto al grado de razonabilidad de la decisión, no se puede afectar en sus derechos —en principio— en el régimen procesal a quien no está vinculado como participe de un delito, a menos que se haya formalizado una imputación jurídico procesal, o que se trate de una fuente de prueba notoria, de la cual pueda extraerse información, siendo que la misma, se encuentra vinculada a un tercero al hecho criminal, pero en estos casos la afectación de ser imprescindible ha de ser mínima y por el menor tiempo posible.

Otra derivación del principio de culpabilidad, es la proscripción de graduar la culpabilidad y la pena del condenado, con fundamento en características o rasgos personales del justiciable, de ahí que, concepciones personales como el ser reincidente o habitual en el delito, para justificar una mayor punición, están proscritas en un verdadero Estado Constitucional; ciertamente, esa vocación por hacer más grave la responsabilidad y la pena del sujeto, en atención a su vida pasada, aún la inclinada al delito, no obstante cualquier antifaz conceptual por el que se la quiere justificar, es una aplicación de derecho penal de autor, que lesiona el principio de culpabilidad, y ello constituye una violación de orden constitucional, que quienes comulgan con tal visión deben aceptar sin remilgos.

Por último, la vigencia del principio *nulla poena sine culpa*, impide para el derecho penal de fondo, estructurar tipos delictivos, mediante ficciones de lo objetivo o subjetivo que anticipen la tipicidad; lo cual también se extiende al derecho procesal, prohibiendo las deducciones de culpabilidad, sea como inferencias subjetivas del juez —que no constituyan verdaderas *praesumptio hominis*— o como presunciones legales artificialmente creadas por ministerio de ley.

El principio de necesidad de las consecuencias jurídicas del delito<sup>16</sup>, se erige sobre la proporcionalidad, de ahí que estén prohibidas todas aquellas sanciones jurídico-penales, que sean excesivas por desproporcionadas, tanto en el ámbito de la decisión abstracta como en la determinación concreta<sup>17</sup>, e incluso atendiendo a este mismo criterio, se dispone que las medidas de seguridad, sólo sean impuestas cuando se haya cometido un delito y no una falta, delito aquí no debe entenderse como una infracción jurídica, es decir en su sentido amplio, puesto que en materia sancionadora rige plenamente el principio de legalidad prohibiendo la configuración analógica, no sólo de supuestos de hechos criminales sino también de sanciones, por eso a nuestro juicio conviene más una interpretación restrictiva<sup>18</sup>.

Obviamente, este principio que es fundamental para el derecho penal, persigue mantener inalterable la función que el programa constitucional le concede a la pena de prisión, conforme lo dispone el artículo 27 de la Carta Magna —y así lo ha interpretado la Sala de lo Constitucional— al indicarse, que la pena tiene como fin principal el posibilitar la readaptación del condenado<sup>19</sup>, y para lograr

16 Dice el artículo 5 CP “Las penas y medidas de seguridad sólo se impondrán cuando sean necesarias y en forma proporcional a la gravedad del hecho realizado. En ningún caso podrá imponerse medida de seguridad si no es como consecuencia de un hecho descrito como delito en la ley penal, ni por tiempo superior al que le hubiere correspondido al sujeto como pena por el hecho cometido. A tal efecto el tribunal establecerá en la sentencia, razonadamente, el límite máximo de duración”.

17 Sobre los alcances del merecimiento de la pena respecto del principio de proporcionalidad ver. SILVA SÁNCHEZ Jesús María “Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo”. J.M. Bosch Editor. Barcelona. España. 1992 ps. 260 a 261.

18 De otra opinión en este punto. CHOCLAN MONTALVO José Antonio “Culpabilidad y Pena”. Su medición en el sistema penal salvadoreño. Edición Justicia de Paz. (CSJ-AECI). San Salvador. El Salvador. 1999 ps. 18 a 24.

19 Se ha dicho en este punto: “Específicamente en lo relativo a la pena, el principio se manifiesta en la predeterminación —legislativa— y la aplicación —judicial— de la pena privativa de libertad, sólo

esa finalidad, se requiere del uso de penas proporcionadas, no desmesuradas y aflitivas en cuanto a su duración y forma de ejecución. De ahí que la pena proporcional, sea una exigencia, tanto para el legislador que crea la dosimetría abstracta de la pena<sup>20</sup>, como para el juez que fija el merecimiento en concreto; en ambos casos, la pena debe ser proporcionada a los fines preventivos especiales y generales positivos, pero siempre limitada –en última instancia– en ambos ordenes por el grado de culpabilidad..

## II. LOS PRINCIPIOS Y GARANTÍAS PROCESALES

### 6. El principio de Juicio Previo

Conviene ahora examinar brevemente, algunas garantías del ámbito procesal, así en el artículo 1CPP<sup>21</sup> se

y estrictamente en la medida y grado necesarios para que la pena cumpla con su fin esencial, sin desnaturalizar su carácter utilitario o instrumental en relación a tales fines; el agravamiento de la misma de forma tal que exceda la medida o grado necesarios para el cumplimiento de sus fines, deviene en inconstitucional, por violentar la función de la pena privativa de libertad preceptuada en el art. 27 Cn.”. Sentencia de Inconstitucionalidad de la Ley de Emergencia.. op. cit. p. 96.

20 De vital importancia es la consideración que la Sala Constitucional hace en este punto, sobre la actividad del poder legiferante y su obligación constitucional de crear penas proporcionadas al manifestar: “Finalmente en relación a tal principio hay que decir, que el mismo no se reduce al ámbito de la aplicación de la ley –lo cual corresponde al Órgano Judicial– sino que parte desde la formulación de la norma que construye el tipo penal, función que –en virtud del principio de legalidad– le corresponde al Órgano Legislativo. Es, por tanto, errónea la consideración según la cual es al juzgador a quien le corresponde, haciendo uso de la sana crítica, ponderar y medir la razonabilidad y proporcionalidad de la pena, ya que tal función se ve considerablemente reducida si la ley penal ya le ha determinado al juzgador un parámetro desproporcionado para la individualización e imposición de la pena”. Sentencia de Inconstitucionalidad de la Ley de Emergencia ... op. cit. ps. 96 a 97.

21 Dice tal disposición: “Nadie podrá ser condenado o sometido a una medida de seguridad sino mediante una sentencia firme, dic-

reconoce que para la imposición de las consecuencias jurídicas del delito, trátase de penas o de medidas de seguridad, debe necesariamente que celebrarse un juicio, con las características de ser oral y público. Tal garantía es la expresión de que no hay pena sin juicio<sup>22</sup>, y en nuestra jurisprudencia constitucional, tal exigencia se ha incardinado en el derecho de audiencia<sup>23</sup>.

tada luego de probar los hechos en un juicio oral público, llevado conforme a los principios establecidos en la Constitución de la República, en este Código y demás leyes, con observancia estricta de las garantías previstas para las personas”.

22 Sobre la garantía de juicio previo se ha dicho en precedente constitucional: “En este sentido dicha garantía en nuestro medio es absoluta y no admite más excepciones que las que la misma Constitución establece expresamente, al facultar a un órgano del Estado a privar a un gobernado de un derecho sin el requisito del juicio previo”. (sentencia dictada en el juicio de amparo clasificado 2-F-84). En relación con esto es de señalar que dicho artículo constitucional protege a los gobernados contra la privación arbitraria de cualquier clase de derechos subjetivos de los que sea titular, y no estableciendo ninguna excepción dicha disposición, es de concluir, que nadie puede ser privado de un derecho sin ser oído y vencido en juicio”. (sentencia dictada en juicio de amparo clasificado 14-R-85)”. Sentencia de Inconstitucionalidad pronunciada a las doce horas del diecisiete de Diciembre de mil novecientos noventa y dos respecto de la Ley de Impuestos a la Transferencia de Bienes Muebles y a la Prestación de Servicios”. Revista Judicial. Tomo XCIII. Enero-Diciembre 1992. Corte Suprema de Justicia. San Salvador. El Salvador. 1995 p. 434 a 435.

23 Sobre tal punto se dijo: “Refiriéndonos al contenido del derecho de audiencia, el artículo 11 de la Constitución señala en esencia que la privación de derechos –para ser válida normativamente– necesariamente debe ser precedida de proceso o procedimiento seguido conforme a la ley. Al respecto tal referencia supone y exige que se respete el contenido esencial del derecho de audiencia, conformado, de modo genérico y sin carácter taxativo, por los siguientes aspectos esenciales: a) que la persona a quien se pretenda privar de alguno de sus derechos se le siga un proceso o procedimiento que no necesariamente es especial, sino aquel establecido para cada caso por las disposiciones infraconstitucionales respectivas; b) que dicho proceso se ventile ante autoridades previa-

En virtud de tal concepción, indudablemente que la garantía precitada, debe completarse con la garantía del proceso, puesto que para satisfacer el derecho de audiencia, no basta sólo con conceder una etapa de debate, como fase ulterior, sino que para concluir ese período, debe haberse agotado un *iter* formalizado –el proceso–<sup>24</sup> por el cual, únicamente cuando se presenten ofertas bastantes de imputación, pueda habilitarse la etapa propia del enjuiciamiento, esto sin duda, tiende a evitar los riesgos de ser sometido a una declaratoria de culpabilidad, cuando no hay fundamento suficiente para ello, lo cual debe tenerse sumamente presente, por que nuestro modelo de justicia criminal, habilita también el conocimiento del jurado, empero, sea ante un juez de derecho o ante sus pares, es patente que ninguna persona, debe comparecer a esa etapa tan aflictiva, si no hay una imputación suficiente, que justifique legítimamente ese riesgo; y esa merituación sólo depende del transito del proceso, que por ello se erige también en garantía fundamental de un proceso regular, ello vale tanto para imponer penas como medidas de seguridad.

---

mente establecidas; c) que en el proceso se observen las formalidades esenciales procesales o procedimentales ; y d) que la decisión se dicte conforme a las leyes existentes con anterioridad al hecho que la hubiere motivado, de conformidad a la Constitución.(Sentencia de Amparo del 25 de mayo de 1999. Ref. 167-97).

24 En este sentido, estableciendo lo que se conoce como “*Nulla Poena sine Processu*” es decir la garantía del procedimiento se ha dicho desde el orden Constitucional: “La exigencia del proceso previo supone dar al demandado y a todos los intervinientes en el proceso, la posibilidad de exponer sus razonamientos y defender sus derechos de manera plena y amplia. Y es que, hacer saber al sujeto contra quien se pretende en un determinado proceso, la existencia de éste, y facilitarle el ejercicio de los medios de defensa, constituyen circunstancias ineludibles para el goce irrestricto del derecho de audiencia”. (Sentencia de Amparo del 13 de Octubre de 1998. Ref. 150-97).

## 7. El principio de Legalidad Procesal

A su vez, en la normativa procesal se estatuye el principio de legalidad<sup>25</sup>, que rige la forma del proceso, en el sentido que, de manera precedente al hecho delictivo imputado, se haya constituido la forma de enjuiciamiento –en su sentido amplio– la cual no puede ser alterada, por una norma posterior que en cualquiera de sus manifestaciones, se vuelva más restrictiva para los derechos y garantías fundamentales del acusado.

De ahí que, si la nueva normativa procesal, es más limitadora de ese ámbito, la misma ya no es inocua, y debe prevalecer el principio de estricta legalidad procesal, por el cual, se prohíbe que posterior al hecho delictivo –el injusto– se someta a una persona, a la persecución penal con formas procesales diferentes y más gravosas; y únicamente si la norma anterior es menos gravosa, procedería aplicar una consecuencia de la retroactividad de la ley cuando es favorable, que en este caso se concretiza a la garantía de ultractividad, que también esta presente en el ámbito procesal penal, por lo que el principio de irretroactividad no es absoluto –salvo que sea desfavorable– y por tanto, si normas anteriores al hecho resultan menos lesivas a los derechos fundamentales, estas son las que deben aplicarse de manera ultractiva<sup>26</sup>.

---

25 Dice el artículo 2 CPP “Toda persona a la que se impute un delito o falta, será procesada conforme a leyes preexistentes al hecho delictivo de que se trate y ante un tribunal competente, instituido con anterioridad por la ley. Este principio regirá también en la ejecución de la pena y en la aplicación de medidas de seguridad”. Ampliamente sobre el principio de legalidad procesal o de juridicidad en cuanto a sus fundamentos y estructura ver: TINETTI José Albino, SORIANO RODRÍGUEZ Salvador Héctor, MARROQUIN GALO Fernando, JOSA María Antonieta, SALAZAR TORRES Godofredo y CRUZ AZUCENA José Manuel “Ensayos N° 1. Tres Temas Fundamentales sobre la Fase Inicial del Proceso Penal”. Consejo Nacional de la Judicatura. Escuela de Capacitación Judicial. San Salvador. El Salvador. 1999 ps. 260 a 264.

26 Este punto de vista también es sostenido por López Ortega al comentar nuestro ordenamiento procesal indicando que: “En efecto, en materia procesal no debería considerarse prohibido que la

En verdad que el proceso penal y sus formas, no son instrumentos asepticos respecto de las restricciones de los derechos fundamentales, también el proceso penal y toda su gama de medidas de intervención, limitan y afectan los derechos y libertades de las personas, aunque dichas restricciones tienen una finalidad distinta de la pena, sin embargo esa diferencia sólo es de grado más no contenido, es por ello que en el proceso penal, también debe considerarse la irretroactividad de la ley procesal, cuando esta sea más restrictora de los derechos fundamentales de las persona sometida a proceso, y estimarse la ultractividad, cuando la ley anterior de juzgamiento en la cual sucedió el hecho, es más favorable en el sentido de ser menos lesiva a los derechos y libertades que concede la Constitución<sup>27</sup>.

---

ley se aplique “retroactivamente”, pues, se suele decir, toda norma procesal nace con una vocación para de futuro y esto es lo que sucede cuando, ante un cambio de legislación procesal, los procesos iniciados se rigen por la ley en vigor en el momento de la realización de cada acto procesal (“tempus regit actum”): unos por la ley anterior que, lógicamente conserva validez, y los posteriores por la nueva ley. En el proceso penal se trata más bien de la “ultractividad” de la ley anterior, que de la aplicación retroactiva de la ley posterior. Desde esta óptica, ningún inconveniente debería existir en admitir la aplicación de la nueva ley a los procesos en curso, posibilidad que, sin embargo, hay que reconocer se encuentra radicalmente proscrita por este precepto, de acuerdo con el mandato contenido en el artículo 15 Cn: “nadie puede ser juzgado sino conforme a leyes promulgadas con anterioridad al hecho de que se trate”. CASADO PÉREZ José María, DURAN RAMÍREZ Juan Antonio, DURO VENTURA Cesareo, LÓPEZ ORTEGA Juan José, MARCO COS José Manuel, SALAZAR GRANDE Cesar E. y SEOANE SPIEGELBERG José Luis “Código Procesal Penal Comentado”. Tomo I. Corte Suprema de Justicia. Primera edición. San Salvador. El Salvador. 2001 p. 8

27 No es esta la posición asumida por la Sala de lo Constitucional, tribunal que desde inveterados precedentes, ha mantenido la tesis, de la que las normas procesales penales son irretroactivas por ser aprotéticas.

## 8. La garantía de independencia e imparcialidad del juez

Se establece también como garantía básica, la independencia e imparcialidad de los jueces<sup>28</sup>, esta garantía política, de manera directa este dirigida a la protección del ciudadano, que como acusado o como víctima, acuden a los tribunales de justicia<sup>29</sup>, de ahí que, el que los jueces sean independientes e imparciales, tiene únicamente sentido, si al momento de juzgar, el juez sólo esta sometido a la Constitución y a las leyes; así tal garantía de manera directa, no esta pensada a favor de los derechos de la autoridad jurisdiccional, sino a favor y para los gobernados<sup>30</sup>.

Sobre la funcionalidad de esta garantía, debe indicarse que ciertamente, en estos últimos lustros, el poder judicial enfrenta en nuestro país un dilema de legitimación ciudadana, pero este fenómeno que es menester que sea exhaustivamente estudiado, no justifica que el órgano jurisdiccional, en el afán de presentar una imagen de seriedad en la aplicación de la ley, comprometan la imparcialidad de sus decisiones; el juez no se legitima por responder al clamor de las mayorías, por ello es que precisamente, su elección en nuestro sistema, no responde a criterios políticos directos del electorado, inclusive, en ocasiones la defensa de la Constitución y de sus garantías y libertades, originará que la decisión del juez, no responda a las expectativas que pueden formarse grupos mayoritarios, pero ahí radica la esencia de la independencia e imparcialidad del juzgador, éste es garante de la Consti-

---

28 Dice el artículo 3 CPP “Los magistrados y jueces, competentes en materia penal, sólo estarán sometidos a la Constitución de la República, y a la legislación secundaria, y sus actuaciones serán imparciales e independientes

29 Una versión muy bien elaborada de la imparcialidad del juez, la presenta Cafferata al examinar el proceso penal desde su configuración constitucional, bajo la “lupa” de la contraposición de intereses. Ver CAFFERATA NORES José I. “Cuestiones Actuales sobre el Proceso Penal”. Tercera edición actualizada. Editores del Puerto. Buenos Aires. Argentina. 2000 ps. 13 a 16.

30 Ver “Asociacionismo e Independencia Judicial en Centro América”. INECIP-Guatemala. Ciudad de Guatemala. 2001 p. 9.

tución, y debe hacerla valer, aunque eso contradiga el sentir popular, o las opiniones de los grupos de poder incluyendo los *mass media*, que más allá de la vía impugnativa, pretenden hacer valer sus derechos con injerencias indebidas sobre la actividad jurisdiccional.

### 9. La garantía de presunción de inocencia

La presunción de inocencia ya en el marco procesal penal<sup>31</sup>, es una garantía fundamental reconocida de manera inédita por nuestra Constitución de 1983, cuyo fuente es el reconocimiento que de ella se hace en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de ahí que, al amparo de dicho estado de inocencia, quede prohibida toda forma de presunción legal o judicial de culpabilidad, que no sean las inferencias judiciales, que respeten el marco del sistema de apreciación de la prueba, bajo el modelo de la sana crítica.

Pero no sólo bastará afirmar que la persona es inocente, sino que realmente ésta debe ser tratada como tal, en áreas sensibles como por ejemplo, en el ámbito de las medidas cautelares, donde no puede campea la idea de la prisión preventiva obligatoria, tal como actualmente lo estatuye el artículo 294 inciso final CPP mediante senda reforma que se introdujo en materia de medidas cautelares, y la cual es utilizada por sectores de la judicatura para imponer la prisión preventiva, no obstante que ya se tiene reconocida la inconstitucionalidad de la prisión preventiva con carácter obligatorio, según precedente de la Sala de lo Constitucional<sup>32</sup>.

31 El artículo 4 CPP estatuye que: “Toda persona a quien se impute un delito, se presumirá inocente, y será tratada como tal en todo momento, mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la Ley y en juicio público, en el que se le aseguren las garantías del debido proceso. La carga de la prueba corresponde a los acusadores.

32 Sobre este se dijo en lo pertinente “Cuando se acude al mecanismo de prohibir la excarcelación, se está prescribiendo la detención provisional como medida obligatoria; o dicho con otras palabras, en dicho artículo se postula la privación de libertad que la detención supone como necesidad investigativa, circunstancia que no puede ser constitucionalmente la regla. Si desde una perspectiva constitucional la excarcelación es la regla general, lo que

También como derivado de la presunción de inocencia, se reconocen dos aspectos sustanciales. El primero es que al justiciable, no le incumbe probar nada, todos los extremos de la acusación, que versan sobre la imputación del injusto y de la culpabilidad, deben ser probados por quien ejerce la acusación; por lo que, si en materia de hechos probatorios, no hubiese certeza de demostración, y subsistiese la duda debe –según el estado en el cual se acredite la situación dubitativa– favorecerse al acusado, quien ante esa situación, debe considerarse inocente de los hechos atribuidos –naturalmente este estado de penumbra rige con todo sus vigor al momento de dictarse la sentencia<sup>33</sup>– y es que en estos casos, debe optarse por considerar a un ciudadano inocente, aunque haya duda sobre la culpabilidad en el hecho, por que con esas dudas no es legítimo destinarlo a una pena cuyos efectos son irremisibles; subyace aquí todavía el antiquísimo aforismo “*satius esse impunitum relinqui facinus nocentis quam innocentem damnari*” o “*es preferible dejar impune al culpable de un hecho punible que perjudicar a un inocente*”.

puede hacer le legislador secundario es señalar los supuestos en que excepcionalmente podrá el juez –en resolución motivada – denegar aquélla; pero no puede, sin violar la normativa constitucional, disponer en abstracto supuestos en los que la excarcelación no podrá concederse; es decir, en abstracto todo delito es excarcelable, y el legislador secundario puede disponer los motivos por los cuales el juez puede rechazar la concesión de la excarcelación. Consecuencia de lo anterior, y en virtud de lo expuesto en el considerando que antecede, es imperativo concluir que, en cuanto al artículo 15 del cuerpo normativo impugnado impone la obligatoriedad de la detención provisional del imputado, impidiendo que el juzgador determine la concesión o no de la excarcelación, es violatorio de los artículos 2 y 12 de la Constitución, por lo que es procedente declarar su inconstitucionalidad” Sentencia de Inconstitucionalidad de la Ley de Emergencia ... op. cit. ps. 134 a 135.

33 Ver en tal sentido CAFFERATA NORES José I. “La Prueba en el Proceso Penal”. 3ª edición actualizada y ampliada. Depalma. Buenos Aires. Argentina. 1998 ps. 12 a 13.

## 10. La garantía de prohibición de doble o múltiple persecución penal

Se reconoce también el principio de *Ne bis in idem*<sup>34</sup>, como aquel que según nuestra propia carta magna, prohíbe el doble o múltiple enjuiciamiento, tal reconocimiento en los planos valorativos tiene gran trascendencia; la prohibición de no ser enjuiciado múltiplemente, no se reduce a la proscripción de transgredir la “cosa juzgada”, sino que –por ejemplo– también a la multiplicidad de imputaciones, cuando no se observa correctamente las normas de los concursos aparentes de leyes, lo cual genera múltiples imputaciones y enjuiciamientos; de igual manera, la observancia de la agravante de la reincidencia –además de violar otros principios– también quebranta el principio de no ser enjuiciado dos veces por el mismo hecho, puesto que más allá de la discusión dogmática que pueda plantearse, nadie dudará, de que la pena se agrava en su dosimetría concreta, en este caso tomando en cuenta la condena precedente, que ya es un hecho pasado y juzgado.

Un punto que merece destacarse, es que nuestra Constitución al estatuir la prohibición de doble juzgamiento, acuñó lo que la doctrina procesal denomina como el “criterio amplio”<sup>35</sup>, por cuanto, la norma constitucional no se limita a prohibir la situación de ser doblemente sancionado por un mismo hecho, sino que hace descansar la garantía, en proscribir incluso esa posibilidad, prohibiendo anticipadamente inclusive el doble juzgamiento, y por ende el doble procesamiento, esa es la intención que infero, del postulado de la norma que dice “ni puede ser *enjuiciada* dos veces por la misma causa”.

34 En el código se regula tal instituto en el artículo 7 CPP de la manera siguiente: “Nadie será perseguido penalmente más de una vez por el mismo hecho. La sentencia absolutoria firme dictada en el extranjero sobre hechos que puedan ser conocidos por los tribunales nacionales producirá el efecto de la cosa juzgada”.

35 Ver en tal sentido MAIER Julio B.J. “Derecho Procesal Penal Argentino”. Tomo I. Vol. B. Fundamentos. Editorial Hammurabi. Buenos Aires. Argentina. 1989 p. 372.

## 11. La garantía de inviolabilidad de la defensa

Por otra parte, se reconoce de manera específica la inviolabilidad de la defensa<sup>36</sup>, esta garantía que es trascendental, tiene como fundamento de su existencia el derecho de audiencia, por lo que, sólo respetando un derecho de defensa amplio, se asegura así mismo un juicio justo al imputado, quien no puede ser condenado a pena ni medida de seguridad, si no ha sido oído y vencido en juicio.

Varias son las manifestaciones que pueden predicarse del ejercicio del derecho de defensa, de entre las más principales nos limitamos a señalar:

- a) La presencia física del imputado al momento culminante del juicio y su comparecencia a los anticipos de prueba anteriores al mismo, para los cuales él estime oportuno comparecer, y en razón de ello el encartado debe ser informado personalmente de la práctica de los mismos. Sobre todo, merece destacar que respecto a este derecho de defensa material, el justiciable no puede ser juzgado en contumacia, es decir la Constitución como norma suprema no habilita juicios en rebeldía, necesariamente el imputado ha de estar presente de lo contrario no puede haber debate<sup>37</sup>, digamos que

36 Dice el artículo 9 en lo pertinente: “Será inviolable la defensa en el procedimiento”.

37 Situación distinta es que el imputado estando presente en la etapa del juicio, decida por alguna estrategia de su defensa o por otro motivo no estar físicamente en la sala de debates después de el inicio de la vista pública y de haberse realizado la intimación, así como de habersele indicado que tiene la facultad de declarar, tal eventualidad la norma el artículo 325 que reza en lo pertinente: “La vista pública se realizará con la presencia ininterrumpida de los jueces y de las partes. El imputado no podrá alejarse de la audiencia sin permiso del tribunal. Si después de su declaración rehúsa permanecer, será custodiado en una sala próxima y para todos los efectos podrá ser representado por su defensor...”; los límites a esta no presencia del justiciable, son los de la intimación, cuando se amplía la acusación o para la práctica de una actividad probatoria, en la cual el imputado es objeto de prueba, vale decir

este es el fundamento máximo del derecho de audiencia cuando dice que a nadie se puede privar de un derecho sino es “oído y vencido en juicio”.

- b) El derecho de defensa, también se asegura con la asistencia de un defensor que debe ser abogado de la República, el cual debe asistir y representar al justiciable en el proceso y en los actos del juicio. Este derecho es irrenunciable cuando se practican actos de prueba anticipada, conforme a las reglas del artículo 270 CPP<sup>38</sup>, por que el rito consiste precisamente, en adelantar las condiciones del juicio, de ahí que, si en el juicio un evento de actividad probatoria no se desarrollaría sin el concurso del defensor, tal requisito es imprescindible también al momento de anticipar dicha prueba, en estos casos, si el imputado es ausente o se teme por motivos fundados que la información anticipada a su defensor de confianza pueda afectar la

---

por ejemplo un reconocimiento de personas. También en lo relativo a aquellos delitos no sancionados con pena privativa de libertad, o en los delitos de acción privada, el imputado puede para todos los efectos hacerse representar por su defensor otorgando poder especial para ello, salvo para la practica de actos imprescindibles, uno de ellos como ya se abundara, es la intimación de los hechos al justiciable que es personal e intransferible, quizá únicamente exepcionada en aquellos casos, en los cuales la persona sujeta a un juicio para medidas de seguridad, por la patología psíquica de la cual adolece, no esta en posibilidad de comprender los hechos intimados, pero estos entonces deben serle intimados a su tutor.

- 38 En lo pertinente dicha norma prescribe: “El juez si considera que el acto es ejecutable, lo realizará citando a todas las partes, sus defensores o mandatarios, quienes tendrán derecho de asistir, con todas las facultades previstas respecto de su intervención en las audiencias. El imputado detenido será representado, a todos los efectos, por su defensor, salvo que pida intervenir personalmente. Si por la naturaleza o la urgencia del acto, la citación anticipada hace temer la perdida de elementos de prueba, excepcionalmente, el juez lo practicará únicamente con la citación del fiscal y de un defensor público...”.

finalidad del acto, un defensor público puede legítimamente realizar la función de contradicción<sup>39</sup>. Ahora bien, la actividad probatoria también limitará en lo pertinente, el ejercicio del derecho de defensa, según la especie de prueba que se reciba, por ejemplo, mientras que en la prueba testimonial, es *sine quanom* que el defensor esté presente para inmediar la declaración del testigo y decidir si le contrainterroga; en algunas pruebas periciales, la presencia del defensor no será posible en el ámbito de la captación de la información, por que atentaría contra la naturaleza de la prueba, y en algunos casos contra otros derechos fundamentales.

Dos ejemplos aclaran este panorama; en una pericia psiquiátrica o psicológica del imputado o de otra persona, al momento de la entrevista forense entre perito y entrevistado, el defensor no debe estar presente, ni tampoco el fiscal, el querellante, el juez u otros, puesto que la presencia de cualquier persona extraña al entorno afecta la puridad

- 
- 39 Es por ello que la ultima reforma en el apartado que precede, es violatoria del más elemental derecho de defensa, puesto que pretende que el acto se realice aún si el concurso de las partes que no comparecen, pretendiendo solucionar ello mediante el uso de la incriminación delictiva, la norma en este apartado reza “Dicha diligencia se realizará aún si la presencia de una de cualquiera de las partes si han transcurrido tres horas posteriormente al señalamiento por el juez, sin perjuicio de la responsabilidad penal que prescribe el Art. 313 del Código Penal”. Ciertamente, esta reforma desconoce la garantía de inviolabilidad de la defensa, y sobremanera la de debido proceso, que esta estrechamente vinculada con la anterior, la comparecencia de las partes, no es una mera formalidad ritual, es como lo dijimos, el adelantar las condiciones del debate, sobre todo, el contradictorio de las partes sobre el objeto de prueba que se incorpora, de ahí que, si una parte no comparece, en este caso el defensor, lo que debe ordenarse, es la comparecencia de un defensor público, por que en el debate a nadie se le ocurrirá, recibir un elemento de prueba sin la presencia del fiscal o del defensor, de ahí que tal reforma, como lo dijimos viole sensiblemente la garantía de defensa.

de la prueba. En esta actividad, el derecho de defensa se garantiza primero por la notificación de la pericia, con lo cual la parte puede nombrar su propio perito o recusar al nombrado (Art. 199/200/201 CPP); y además por el interrogatorio al que el perito puede ser sometido en la etapa del juicio sobre la pericia practicada; en todo caso, el derecho de defensa queda asegurado, por la intervención de un consultor técnico, cuya característica esencial es la especialidad de la materia, lo cual lo vuelve idóneo para participar del acto<sup>40</sup>. Un caso más sería la practica de exámenes de genitales en la víctima de un delito sexual, en tal actividad obviamente no puede estar presente la defensa, ni el fiscal, ni el juez, el límite es la dignidad e intimidad de la víctima, que impiden la presencia de otras personas que no sea la del perito examinador; y los ámbitos de defensa se asegura en los términos supracitados.

- c) También constituye un fundamento esencial para preservar el derecho de defensa, el hacer saber al imputado los hechos que se le acusan, en los momentos oportunos y con los requisitos pertinentes para esa etapa. Esta actividad de hacer saber los hechos atribuidos al encartado, es progresiva según las fases del enjuiciamiento, y lo que justifica tal menester, es que nadie puede defenderse correctamente, si no sabe primero de que hechos se le acusan. Sin embargo hay momentos claves para formular este conocimiento al imputado, uno de ellos es el momento en el cual se formaliza la acu-

sación, de ahí que, quien acusa tiene el peso de exponer los hechos de manera “clara, precisa circunstanciada y específica” ello bajo pena de nulidad.

Esta actividad no le corresponde al juez, sino al acusador, es él quien debe de manera prístina, describir cuales son los hechos acusados, como fundamento de la conducta ilícita; el control de esa actividad, en cambio si corresponde al juez, quien debe asegurar que los hechos que el fiscal acusa cumplan con estos requisitos de claridad, precisión, y especificidad, en este punto, si tal requisito se incumple por el acusador, y no se controla por el juez, ocurre un defecto que es insalvable, se trata de una nulidad<sup>41</sup> que es absoluta y no relativa. La cuestión de por que es insalvable o absoluta esta nulidad, obedece a que, tras la necesidad de que la acusación en cuanto a los hechos, tenga una relación clara, precisa, circunstanciada y específica, se resguarda la obligación de hacer saber al acusado con toda claridad los hechos atribuidos, y este presupuesto lo que garantiza, es el derecho de inviolabilidad de la defensa, y creo que nadie negara, que ésta es una garantía fundamental reglada por la Constitución, que estatuye que a las personas se les aseguren todas las garantías necesarias para su defensa, de ahí que, la nulidad sea absoluta, por que la violación de un derecho o garantía constitucional, genera un defecto absoluto que debe proveerse en nuestro medio como una nulidad de esa especie<sup>42</sup>.

40 La norma que regula esta facultad defensiva es el art. 177 CPP que dice: “Si por las particularidades del caso, alguna de las partes considera necesario ser asistida por un consultor en una ciencia, arte o técnica, lo propondrá al juez o tribunal, quien lo designará según las reglas aplicables a los peritos, en lo pertinente, sin que por ello asuma tal condición. El consultor técnico podrá presenciar las operaciones periciales, hacer observaciones durante su transcurso, sin emitir dictamen, y se dejará constancia de sus observaciones. En las audiencias podrá acompañar a la parte con quien colabora y auxiliarla en los actos propios de su función”.

41 Dice a la letra el artículo 314 CPP “La acusación contendrá bajo pena de nulidad”.

42 De otra opinión López Ortega quien la dimensiona como una nulidad relativa, aunque sin abordar tal temática desde la perspectiva de una garantía fundamental. Confrontar. CASADO PÉREZ José María, DURÁN RAMÍREZ Juan Antonio, DURO VENTURA Cesareo, LÓPEZ ORTEGA Juan José, MARCO COS José Manuel, SALAZAR GRANDE César E. y SEOANE SPIEGELBERG José Luis “Código Procesal Penal Comentado”. Tomo I... op. cit. P 823.

Ello es lo que manda precisamente el artículo 224 en su número sexto CPP cuando ordena que: “El proceso es nulo absolutamente en todo o en parte, solamente en los siguientes casos: 6) Cuando el acto implique inobservancia de derechos y garantías fundamentales previstas en la Constitución de la República, en el Derecho Internacional vigente y en este Código”.

Y como ya se expresó, el requisito de que la acusación sea clara, precisa circunstanciada y específica, no es una simple formalidad, esa regla resguarda la inviolabilidad de la defensa del acusado, en el sentido que, éste tiene derecho a saber con toda precisión, los hechos que se le acusan, para estar en capacidad de defenderse de la imputación que se le ha formulado. Una adición, es conveniente formular en el sentido que, “hechos” no significa calificación jurídica, el *nomen iuris* que se de al delito es algo diferente a los hechos, estos se refieren a la facticidad de lo ocurrido, como conducta material histórica desarrollada por el imputado, la cual debe estar suficientemente clara y detallada, o para decirlo en términos pragmáticos: debe satisfacer el cuando ocurrieron esos hechos, a donde ocurrieron esos hechos, como ocurrieron esos hechos, y quien cometió esos hechos.

d) Por último, es importante indicar, que manifestación del principio de defensa, es que el acusado no puede ser constreñido a declarar contra si mismo, por que el justiciable no esta obligado a producir prueba contra él mismo, de ahí que, toda actividad que tienda a afectar esa libre voluntad para declarar, se ve proscrita mediante prohibiciones probatorias<sup>43</sup>, que están normadas tanto a ni-

vel constitucional como de normativa infraconstitucional. Así lo prescriben los artículos 12 CN; el artículo 14.3. “g” del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; el artículo 8.2. “g” y 8.3. de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos; y los artículos 87 No. 7 y 262 CPP.

De lo anterior, se formula el denominado “derecho a guardar silencio”, el cual tiene una doble dimensión, que debe ser explicada pulcramente al justiciable. Por una parte, al acusado debe hacerse saber, que tiene el derecho de no declarar, sin que esta inactividad, pueda perjudicarlo en nada, en cuanto a su situación jurídica y respecto de la imputación que se le ha formulado. Pero además, debe explicársele que tiene la facultad de declarar voluntariamente, haciéndole notar que lo que diga en su declaración, puede ser usado en su contra, este último predicado, es de vital importancia que el imputado lo sepa y comprenda, por que de lo contrario, se generaría una especie de error, a la cual es inducido el procesado, cuando se le dice que puede declarar, pero sin advertirle, que lo que diga puede ser usado en perjuicio suyo. Por otra parte, cuando el imputado declara, lo cual se considera como una manifestación de su defensa material, el tribunal debe valorar lo que el imputado ha manifestado, aunque ello no constituya una confesión.

Tal exigencia de valoración es necesaria, por que confesión y declaración son dos manifestaciones diferentes que surgen de una misma fuente, la indagatoria del acusado respecto de los hechos. Pero por ello, no debe confundirse el ámbito de las mismas,

---

gentina. 2001 p. 190. En el mismo sentido, se informa que las prohibiciones probatorias constituyen barreras infranqueables a la búsqueda de la verdad, respecto de la comprobación de ciertos hechos, para los cuales, queda enervada la investigación, mediante la utilización de medios especiales, indicándose que estas prohibiciones pueden ser absolutas como relativas. Ver GUARIGLIA Fabricio “Las Prohibiciones Probatorias” en AA. VV. “El Nuevo Código Procesal Penal de la Nación”. Análisis crítico. Editores del Puerto. Buenos Aires. Argentina. 1993 ps. 15 a 16.

---

43 Roxin define las prohibiciones probatorias como “todas las normas jurídicas que contienen un limitación de la práctica de la prueba en el procedimiento penal, dividiéndolas en prohibiciones de producción de prueba y prohibiciones de valoración de prueba. Ver ROXIN Claus “Derecho Procesal Penal”. Traducción de la 25° edición alemana por Gabriela E. Córdova y Daniel R. Pastor. Editores del Puerto. 1° Reimpresión. Buenos Aires. Ar-

la confesión es un medio de prueba, que puede en un momento determinado inculpar al encartado, al atribuirse éste la comisión de un hecho delictivo, sea que la confesión sea simple o calificada. En cambio la declaración del imputado que no constituye una confesión, es un medio de defensa del justiciable, para rebatir las pruebas que presenta quien lo acusa; y como medio de defensa que es —muy especial por cierto— debe ser valorada, de lo contrario si tal declaración no fuera objeto de estimación, que sentido tiene que se le diga al imputado que puede declarar, si al final la información que brinde no será sujeto de una ponderación.

De ahí que, si no se valora lo que el imputado ha declarado, fijándole su medida con respecto a las probanzas incorporadas, la decisión del tribunal carece de motivación, y además afecta el derecho de defensa del imputado, que no declara tan sólo para ser escuchado, sino para que se pondere valorativamente, lo que exprese acerca de la imputación que se le formula; como violación del derecho de defensa, es un motivo que habilita casación, para su examen en esa vía impugnativa.

e) Por último, una manifestación más del principio de inviolabilidad de la defensa, y en este punto en particular, conectado con el de presunción de inocencia, es que el justiciable no tiene la carga de la prueba, ella le corresponde a quien acusa, tal como lo dispone de manera positiva el artículo 6 CPP cuando en lo pertinente prescribe que: “La carga de la prueba corresponde a los acusadores”.

Sin embargo, debe señalarse, que el imputado tiene amplias facultades defensivas, ello por que, aunque él mismo no esta obligado a probar su inocencia —la cual se ha construido jurídicamente hasta que quien acusa no construya su culpabilidad— esta garantía no significa, que el justiciable no tiene derecho, a presentar la prueba que estime útil y necesaria a sus pretensiones, los límites de dicha prueba para ser admisible, serán los generales en materia de prueba, como son pertinencia, licitud, relevancia.

Esta facultad defensiva, que los tribunales deben

garantizar cuando el imputado ofrece prueba, encuentra su respaldo normativo en el artículo 12 CN que determina que al imputado deben asegurársele todas las garantías necesarias para su defensa. Además, de lo establecido en los artículos 14. 3 (b) y (e) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que dicen: “Durante el proceso toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad a las siguientes garantías mínimas: (b) A disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa... (e) A interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y a que estos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo.

Por su parte el artículo 8.2 (c) y (f) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos prescribe en lo pertinente: “Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: (c) concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa; (f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos”. En suma, parte vital del derecho de defensa, es que el justiciable goce de oportunidades reales, para proponer e incorporar la prueba que estime conveniente a sus pretensiones de defensa, ello es manifestación de la garantía a un juicio justo o al debido proceso, como lo entiende nuestra Sala Constitucional<sup>44</sup>.

44 La Sala Constitucional al construir el derecho de audiencia ha exigido de entre otros presupuestos esenciales el siguiente: “que en el proceso o procedimiento se observen las formalidades esenciales, dándosele al gobernado oportunidad amplia y real de controvertir los motivos de la posible privación, facilitándole, además, la presentación de los medios de prueba conducentes”. (Sentencia de Amparo ref. 492–98 de fecha 11 de enero de 2000).

## Epílogo

Podemos afirmar que el respeto a los principios y garantías constitucionales de orden penal, son el único medio para enfrentar el delito en un marco de estricto respeto al Estado de Derecho, más que al Estado de Derecho, al Estado Constitucional de Derecho, por cuanto la Constitución es la norma suprema que debe ser respetada por todos los poderes, y a quienes los mismos funcionarios deben hacer respetar, cuando la vigencia de la misma, sea puesta en riesgo por actos o leyes que la contradigan; bajo este enfoque exponemos tres breves conclusiones:

- (I) El respeto al principio de legalidad debe ser reconocido en toda la sistemática del orden jurídico, tanto en el derecho penal de fondo, en el derecho procesal penal y en el derecho de ejecución de penas.
- (II) La vigencia de los principios de dignidad humana y de lesividad, son mecanismos límites al poder configurativo de las incriminaciones penales, y justifican la validez constitucional de las normas penales.
- (III) El respeto de los principios y garantías del juicio previo, de legalidad procesal, de independencia e imparcialidad de jueces, de la presunción de inocencia, de *Ne bis in idem*, y de inviolabilidad de defensa, construyen entre otros la noción de debido proceso.

# El Derecho y la Gramática

ENRIQUE FLORES VALERIANO

## PLANTEAMIENTO

El Derecho se presenta como una ciencia congruente y unitaria, cuyas partes o disciplinas especiales guardan la debida correspondencia y armonía, a efecto de constituir un verdadero sistema. Así lo concibió Hans Kelsen, representándolo gráficamente como una pirámide: “Todo sistema jurídico es una organización funcional que no admite conocimientos parcializados ni divisiones o consideraciones aisladas”<sup>1</sup>.

Ahora bien, con respecto de las restantes ciencias del conocimiento humano, el Derecho debe mantener una relación de respeto y colaboración recíproca, para asegurar así la universalidad de todo el saber científico. Tema verdaderamente interesante es éste, de establecer la relación del Derecho con las demás ciencias, particularmente con la Política, la Medicina, la Ética y la Gramática.

En cuanto a las dos primeras, sería un estudio intenso que no podemos por ahora abordar. Sólo unas cuantas reflexiones sobre Derecho-Política: ¿Son compatibles o contradictorios? Porque, ¿quién no ha oído decir, o dicho, ante una situación o problema concreto, que éste no es jurídico sino político? ¿Se quiere significar con ello que no pueden existir soluciones políticas violatorias o contrarias al ordenamiento legal? ¿Es que éste se encuentra supeditado o subordinado a la Política?

Pero no es nuestro propósito, en este ensayo, responder a tales interrogantes. Otro tanto sucede con la

Medicina, cuyo método de trabajo no difiere del que emplea el Jurista que, ante un caso, lo “diagnostica” para encuadrarlo en la normativa correspondiente, a fin de darle solución. Por eso es que el médico dice a su paciente: ¡desnúdese!; y el abogado al suyo ¡Cuénteme!, que después de todo es también una forma de desnudarse, quizá más embarazosa que la simplemente física.

En lo que atañe a la relación Derecho-Ética, sería también tema de un ensayo especial. Sólo acotaremos aquí que, lejos de haber contradicciones entre ambos, debe mantenerse una complementación tal, que las normas y principios morales deben informar o ser recogidos por las leyes, porque los valores que éstas persiguen son siempre altos y trascendentes. En este sentido se ha calificado a las normas legales como el *mínimum* moral obligatorio para hacer posible la vida social.

Parecida relación a esta de Derecho-Ética, es la que se da entre Política y Moral, que cada día se hace más distante. El eminente jurista español, don Jesús González Pérez, en forma anecdótica lo plantea: “Hace unos años, al pronunciar una conferencia en la Universidad Autónoma de México y aludir el presentador a mi condición de miembro de la Academia de Ciencias Morales y Políticas, dio lugar a que, en el coloquio que siguió a mi disertación, la primera pregunta que se me hiciera fuera cómo podía existir una Academia con aquel título, dada la absoluta incompatibilidad entre moral y política. Era comprensible la reacción de aquel profesor mejicano, que entonces se enfrentaba con una realidad muy similar a la española de hoy. Ante realidades como éstas, ciertamente

1 *Introducción a la Teoría Pura del Derecho*. UNAM, México, 1960.

no resulta tarea fácil conciliar una y otra”<sup>2</sup>. Nos queda, entonces, y es el tema a desarrollar, el de la necesaria e inevitable relación del Derecho con la Gramática.

En principio, se trata de dos ciencias que tienen sus propias normas y principios que cada una debe respetar. Teóricamente no deben existir discrepancias o contradicciones, sino más bien una relación de colaboración e implementación recíprocas. La Gramática es, en efecto, el medio de expresión en general y, por consiguiente, también del Derecho. Es, por así decirlo, la lengua del Derecho. Arte de hablar y escribir correctamente una lengua; y ciencia que estudia los elementos de una lengua y sus combinaciones, según el Diccionario de la Lengua Española. Es cierto que el Derecho, como cualquier otra rama científica, ha estructurado sus propios conceptos y términos, pero es sin perjuicio ni menoscabo de los que la Gramática ha elaborado. Esto debe ser un punto de partida, un *mínimum* obligatorio. No pueden ni deben existir contradicciones entre lo gramatical y lo jurídico; antes bien, deben mantenerse en estrecha asistencia y ayuda mutua.

Esta premisa nos conduce a la aseveración de que el jurista debe ser un buen gramático o, al menos, conocer las reglas de esta ciencia, ya sea como legislador, juez, funcionario, académico o profesionista.

Tuvimos la suerte de un catedrático que sí llenaba esta condición de entendido de las reglas y principios de la Real Academia de la Lengua Española y, a su vez, de las instituciones jurídicas: Don Rogelio Martínez Agustinus (Q.D.D.G.). Él siempre nos enseñó la importancia de la Gramática en la formación del profesional del Derecho.

Ya como profesionales, compartimos responsabilidades con Don Rogelio, como Magistrados de la Corte Suprema de Justicia. Y, como es natural, por haber sido su alumno y dada su experiencia y capacidad, nos convertimos nuevamente en su discípulo. Nos corregía constantemente los proyectos de sentencias que elaborábamos, más en el aspecto lingüístico o formal que en el de fondo o legal. Lo hacía con tal insistencia, que terminó por incomodarnos; y en un arrebató de malestar e irrita-

ción, le reclamé apelando para ello a la anécdota religiosa aquella de los dos campesinos que tenían que recolectar la cosecha con sus respectivas guadañas; el primero, en cuanto vio el trigo sin trillar, comenzó a cortar y cortar, hasta que llegó un momento en que su instrumento de trabajo no cortaba la hierba por falta de filo, sino que solamente la derribaba. El otro, por el contrario, se dio a la tarea de afilar y afilar, preparándose, hasta que anocheció, sin hacer nada, sin cortar nada. Don Rogelio, le dije, yo creo que lo correcto está en el justo medio, o sea que en la vida hay que afilar y cortar, afilar y cortar; ya que es tan incorrecto cortar poco por falta de preparación, como no cortar nada por estar toda la vida preparándose.

En ese mal momento olvidé que mi Maestro, además de notable gramático y jurista, también era un con-sagrado religioso, que no admitía ni citas ni bromas con sus sentimientos evangelistas; por esa razón me retiró la palabra durante más de un mes. Y reconociendo mi error e irrespeto, triste y compungidamente le presenté disculpas, a lo que accedió, no sin antes hacer su último comentario, que siempre recuerdo: “Enrique, muchos de nuestros colegas ven con desprecio la Gramática, y más bien quisieran violarla de la misma manera como violan el Derecho”.

## EL LENGUAJE DEL DERECHO

La visión unitaria del Derecho que hemos planteado inicialmente, es en función de un adecuado y auténtico vocabulario. Cada ciencia tiene y se expresa en su propio lenguaje. Cuando decimos que existe una ciencia matemática, vale decir que existe un vocabulario propio de la Matemática. Hay quienes sostienen, por ello, que ciencia y lenguaje son la misma cosa, que se identifican, ya que por el lenguaje se manifiestan los hechos, datos y valores comunicables.

Por nuestra parte, preferimos afirmar y sostener que donde existe una ciencia existe también su correspondiente lenguaje. Todo científico tiene su propia forma de expresarse y comunicarse. Y los juristas no pueden constituir la excepción tratándose de la ciencia del Derecho. Los profesionales del Derecho hablan su propio lenguaje y deben

2 *Administración Pública y Moral*. Cuadernos Civitas, S.A., 1995.

saber, a mucha honra, que su lenguaje data de siglos, condición de la que muy pocas ciencias pueden presumir.

Lo anterior es tanto más cierto cuanto que algunas expresiones de uso popular, trasladadas al campo jurídico, adquieren un sentido técnico especial. Tomemos como ejemplo el vocablo “competencia” y su adjetivo “competente”. Cuando afirmamos que los Jueces de Paz son competentes para conocer de los negocios o causas de menor cuantía, no nos estamos refiriendo en modo alguno a la formación cultural y profesional de tales funcionarios. Su competencia consiste en poder conocer y juzgar determinados casos en virtud de las normas legales contenidas en la Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales; porque competencia, en sentido jurídico, es la medida o extensión de la jurisdicción. Por ello es que decir que un Juez es incompetente, resulta incomprensible para un ciudadano común y corriente. ¿Cómo, el juez Raudales incompetente?, ¡Es un juez competentísimo!, me replicaba sorprendido un cliente. Tuvimos que explicarle que no se trataba de sus capacidades o méritos profesionales, sino de su capacidad legal para poder conocer de la demanda que debíamos promover.

Otras veces un mismo vocablo puede tener significados distintos si se refieren a ciencias especializadas diferentes. Enajenar, para el caso, en Derecho significa vender, gravar; en Medicina y aplicándolo a una persona, es que ésta ha perdido sus facultades mentales.

La terminología jurídica es el método más eficaz para descubrir el mundo del Derecho. Cuando se escogen los estudios jurídicos y no otra área del saber, el aprendiz de jurista debe recorrer un largo periplo, de cinco o más años, para identificar y reconocer el mundo del deber ser. Pero para que este recorrido sea exitoso, debe aprender el lenguaje clave para comunicarse, ya que la teoría de la comunicación y la teoría del lenguaje guardan íntima correlación, verdad que a veces es olvidada por los juristas.

El vocabulario jurídico se va adquiriendo con el estudio, la investigación y el ejercicio práctico de la profesión, en forma gradual y sostenida. El rigor científico que implica no excluye, antes bien, demanda los valores de belleza y elegancia que sólo pueden aportarle las reglas gramaticales.

Ahora bien, el hecho de que el Derecho tenga su particular lenguaje, no significa en manera alguna, que este léxico deba, en todo caso, usarse frente a personas que por carecer de formación legal no pueden interpretarlo cabalmente. Entre colegas, o en instancias judiciales, o en estudios y publicaciones jurídicas, es normal y hasta necesario su empleo como lengua nativa y vehículo eficiente de comunicación. Pero hacer uso de voces y expresiones estrictamente legales y latinas para dirigirse a legos en Derecho, no sólo es inoportuno e inconsecuente, sino que tal actitud tiene un nombre no muy bonito: *pedantería*, en la que caen muchos colegas en su afán de impresionar a propios y extraños.

La ventaja que ofrece el Derecho es que, no obstante su propio léxico y diccionario, se puede expresar ante los no abogados en términos simples, claros y hasta populares. No como oí una vez a un colega decirle a su cliente, un humilde campesino ávido de saber cómo estaba su asunto: “¡Mire!, hemos perdido en primera instancia, pero ya he expresado agravios en la segunda, pidiendo la revocatoria del fallo del Juez *a quo*; pero en caso de que la confirmara el Tribunal *ad quem*, nos queda expedito el recurso de casación por infracción de ley o de doctrina legal y, en última instancia por quebrantamiento de las normas esenciales del juicio ante la Corte Suprema de Justicia”. Pude advertir en el rostro del pobre campesino una angustiada y perpleja expresión, como la del que es lanzado a un mundo de tinieblas y sin retorno alguno.

Podemos, pues, expresarnos con humildad y con conceptos y términos sencillos y accesibles a todo el mundo, sin perjuicio de usar para con los entendidos y entre colegas, Jueces y Magistrados, la lengua propia y técnica del Derecho. Con los particulares no usamos diccionarios o enciclopedias jurídicas, sino el Diccionario de la Real Academia Española.

## CASOS REALES DE CONFLICTO

Veamos, ya en el plano de nuestra realidad nacional, algunos casos de conflicto entre el Derecho y la Gramática, que no deberían existir:

1. Los artículos 373 y 374 de la Constitución de la República vigente expresan que, con excepción de los artículos irreformables o pétreos (los mismos artículos 373 y 374: forma de Gobierno, territorio nacional, período presidencial, prohibición para ser nuevamente Presidente de la República, y el referente a quienes no pueden ser Presidente por el período subsiguiente), los demás pueden ser reformados por el Congreso Nacional en sesiones ordinarias, con dos tercios de los votos de la totalidad de sus miembros. El Decreto de reforma debe señalar el artículo o los artículos que hayan de reformarse, debiendo ratificarse por la *Subsiguiente Legislatura* ordinaria, por igual número de votos, para que entre en vigencia.

En estos dos artículos, 373 y 374, al igual que en los números 208 numeral 2º., 217, 223 párrafo final, 229, 242 párrafo tercero y 365 se emplea la palabra *subsiguiente* que, según el Diccionario de la Lengua Española, significa *después del siguiente* (de subseguir, que sigue inmediatamente a otra cosa) contrario, pues a *seguir*, que es el que sigue. No obstante esta clara conceptualización gramatical, el Congreso Nacional, mediante Decreto 169-86 del 30 de octubre de 1986, “interpretó” que la expresión *subsiguiente* significa la “siguiente legislatura ordinaria”, la que sigue de inmediato. El problema que se “resolvió” mediante esta “interpretación” es en relación al artículo 373, antes transcrito, que ordena que para que una reforma de la Constitución entre en vigencia debe ser ratificada por la “subsiguiente” legislatura ordinaria. Entonces, de acuerdo a la acepción gramatical del término *subsiguiente*, habría que esperar o, mejor, dejar pasar un período legislativo para poder ratificar la reforma. En términos más comprensibles, si se hiciera la reforma constitucional en el 2005, habría que esperar hasta el 2007, para su ratificación. Pero mediante la referida interpretación puede hacerse en el siguiente año 2006. Y así se interpretaron todos los demás artículos que usan el término subsiguiente.

Ante tal singular situación, cabe hacerse algunas preguntas: ¿Puede el legislador, por decreto, cambiarle el sentido gramatical a un término o palabra que el diccionario oficial ha definido con toda claridad y precisión? ¿No será ésta una *reforma* constitucional encubierta o disfrazada como *interpretación*? ¿Por qué se recurrió a este expediente, y no al de la reforma?

Todas estas interrogantes, pero en especial las dos últimas, su respuesta, puede ayudarnos a esclarecer esta situación.

El artículo 373 que se *interpretó* es, por mandato del siguiente, el 374, *irreformable o llamado “pétreo”*. No se podía, entonces, reformarlo para sustituir “subsiguiente” por “siguiente”. Luego, el expediente más rápido y simple que se adoptó fue el de *interpretarlo*, siguiendo el procedimiento ordinario de una sesión ordinaria y simple mayoría, como si se tratara de una ley secundaria.

Lo cierto, real e indiscutible es que, no obstante la prohibición, se reformaron los artículos 373 y 374 y demás, apelando para ello a una cuestión aparentemente semántica, de llamar *interpretación* a lo que en verdad constituye una *reforma*, prohibida constitucionalmente.

2. Otro aspecto de carácter lingüístico que se presenta en el artículo 373 Constitucional es con la interpretación de la frase “subsiguiente legislatura ordinaria”. El Diccionario de la Lengua Española define legislatura como el “Tiempo durante el cual funcionan los cuerpos legislativos”; definición ésta que, aplicada al contexto del artículo 373, significaría que una reforma a la Constitución requeriría ser ratificada por el siguiente Congreso y, de ninguna manera, como se ha mal interpretado por el mismo Congreso, en el siguiente período de sesiones.

Nosotros estimamos que la acepción gramatical es la correcta, porque corresponde al espíritu de estabilidad con que los constitucionalistas han querido dotar a la Carta Magna, impidiendo que esté al

alcance del legislador ordinario y mediante un procedimiento simple y expedito. ¿Qué estabilidad tendría la Constitución, si un determinado partido político que tiene los dos tercios de diputados puede, en el 2006, reformarla en toda su extensión (menos los pétreos o irreformables), y ratificar este mismo Congreso, en el 2007, el decreto de reforma para que entre en vigencia? La estabilidad de los derechos y garantías individuales y sociales exige una reparación de este criterio tan simplista, por el legítimo de que sea un nuevo Congreso, integrado por otros diputados o por otro período, el que ratifique el Decreto de reforma Constitucional.

3. Con fecha 3 de febrero de 1998, el Congreso Nacional, mediante Decreto 5-98, que entró en vigencia el día de su publicación, 17 del mismo mes y año (*La Gaceta* 28,492), interpretó que los períodos o mandatos de los Directores de la Instituciones Descentralizadas o Desconcentradas “se iniciarán a partir del mismo año de inicio del período constitucional y en consecuencia, los nombramientos efectuados con anterioridad quedan sin valor ni efecto al momento de nombramiento de los sustitutos”.

Se *interpretó*, pues, el artículo 264 de la Constitución de la República, que establece que dichos directores durarán hasta cuatro años en sus funciones, y que su forma de nombramiento y remoción será de conformidad con las respectivas leyes de creación de las mismas. Leyes Orgánicas éstas que, con base en esta misma norma Constitucional, contemplaban períodos de cuatro años para los Directores de entes Descentralizados, los cuales no habían concluido a la fecha del Decreto 5-98.

Hagamos los correspondientes comentarios sobre este insólito Decreto Legislativo:

- a) Ni el precitado artículo 264 de la Constitución, como tampoco las respectivas Leyes Orgánicas de los entes descentralizados, ofrecen la más mínima duda en cuan-

to a su sentido y significación. Son más claras que un día de verano. No requieren interpretación alguna. Ya no se trata de Gramática sino de aritmética pura y simple;

- b) Por consiguiente, no se trata de ninguna interpretación, sino de una nueva reforma constitucional disfrazada de “interpretación” por el procedimiento más expedito de un simple decreto legislativo aprobado por simple mayoría: y todo ello mediante el uso, o mejor, abuso, de la palabra clave: “interpretar”; y vemos, nuevamente cómo, falsificando la gramática, se pueden reformar, por el procedimiento ordinario, las normas constitucionales.
4. Con fecha 28 de abril de 1998, el Congreso Nacional emitió el Decreto No. 122-98, publicado en *La Gaceta* No. 28,576 del 1 de junio del mismo año, entrando en vigencia en esa misma fecha. Mediante este Decreto, dicho órgano Legislativo *interpretó* el artículo 90 de la Ley General de la Administración Pública, “en el sentido de que los Jefes de Auditorías y su personal auxiliar, cuando sean despedidos sin justa causa, o bien sean trasladados de una entidad a otra, tendrán derecho a todas sus prestaciones e indemnizaciones laborales por cuenta de la entidad donde prestan sus servicios mientras tanto se emita el Estatuto del Empleado de la Contraloría General de la República”.

Al sólo efecto de demostrar que este Decreto no es ninguna interpretación, sino más bien una reforma del precitado artículo 90, transcribimos a continuación el texto original de éste:

“No obstante lo dispuesto en las Leyes orgánicas de las instituciones autónomas el auditor será nombrado por la Contraloría General de la República, empero, el sueldo y gastos inherentes a su cargo serán pagados por la institución autónoma respectiva”

Este artículo, pues, se refiere a “el sueldo y gastos inherentes al cargo” del Auditor, que debe sufragar la institución autónoma respectiva, pero de ninguna manera al aspecto laboral o pago de prestaciones e indemnizaciones laborales como se pretende interpretar con el Decreto 122-98. Es más, la Institución Autónoma no ejerce sobre el Auditor y personal subalterno ninguna relación de subordinación, como tampoco lo nombra y, por consiguiente, no puede despedirlo o trasladarlo a otra entidad; caso en el cual es que tendría derecho a prestaciones, según dicho Decreto.

## Conclusión

Para hacer compatible el sentido gramatical con el jurídico no se debe olvidar que el primero es el natural o normal, general si se quiere, y que el segundo no se aplica en contra de aquél, sino para hacer uso de términos y conceptos especiales que no se encuentran en el Diccio-

nario de la Lengua Española. Esto quiere decir nuestro Código Civil al expresar:

“Cuando el legislador definiere expresamente las palabras para ciertas materias, se les dará en éstas su significado legal” (Artículo 18).

A manera de conclusión, aspiramos a un Derecho bellamente expresado, en términos de un estilo gramatical claro y elegante, como su mejor forma y ropaje, ya en el escribir o en el hablar.

Negamos valor, por consiguiente, a un Derecho que se contraponga a las normas académicas de la Gramática. El Código Civil nuestro, o lo que de él ha quedado, es un ejemplo de conciliación entre lo gramatical y lo legal; como que su autor, Andrés Bello, reunió ambas condiciones. Es más, a veces nos gusta más su música y su letra, que su fondo:

“Se entiende por playa de mar la extensión de tierra que las olas bañan y desocupan alternativamente hasta donde llegan en las más altas mareas” (Artículo 622).

# La acción de amparo en materia penal y el Artículo 92 de la Constitución

JOSÉ MARÍA PALACIOS MEJÍA

El amparo, consagrado como una garantía por la Constitución de la República, y que se hace valer como una acción al tenor de lo que dispone la Ley de Justicia Constitucional, ha sido instituido, fundamentalmente, para mantener o restituir a toda persona agraviada en el goce y disfrute de los derechos que la misma Constitución establece.

Se dice y se repite que cuando un Tribunal debe pronunciarse sobre una acción de amparo, solamente puede verificar si se ha dado o no la violación señalada por el impugnante, que no puede “ir” al fondo del asunto, que no puede hacer valoración de prueba. Al respecto, y tratándose del artículo 92 de la Constitución de la República, me pregunto: ¿Cómo puede determinarse si ha sido o no vulnerado ese precepto, si no se echa mano del Derecho Penal material y si no se valora la prueba vertida en la audiencia inicial?

Veamos: el citado precepto constitucional dispone que no puede decretarse auto de prisión sin que preceda plena prueba de la comisión de un delito que merezca pena de privación de libertad, o sea que se hayan establecido todos los elementos de la tipificación legal, y sin que resulte indicio racional de quien sea su autor, debiendo entenderse por indicio racional todo hecho, acción o circunstancia que le sirva al Juez para adquirir la convicción de que el imputado ha participado en la comisión del ilícito. Si se interpone amparo contra la sentencia en que una Corte de Apelaciones haya confirmado un auto de cárcel y se alega violación del citado artículo 92, la Sala de lo Constitucional, debe resolver otorgándolo o denegán-

dolo; lo primero, si estima que se ha atropellado la indicada disposición, y, lo segundo, en caso de considerar que no lo haya sido. Ahora bien, para arribar a la conclusión de que se han establecido todos los elementos de la tipificación legal el Tribunal debe, en primer lugar, recurrir a la Teoría General del Delito, para luego, examinar la prueba evacuada al respecto y valorarla, pues solamente así podrá saber si se ha dado ese presupuesto; no hay otro medio que le permita adquirir ese conocimiento. Lo mismo sucede en cuanto los indicios racionales; para saber si los hay, tiene que estudiarse la prueba de los elementos a los que se dé la calidad de tales.

Algunos ejemplos nos ayudarán:

1. En una causa con motivo de la muerte de una persona, se le decreta al imputado auto de prisión por homicidio, no obstante que en la audiencia inicial se bahía establecido que el fallecimiento se produjo por disparo a boca de jarro en la sien izquierda, que el occiso era zurdo, con la prueba de absorción atómica que en la mano izquierda había huellas indicativas de que pudo él haber disparado; además, que presentaba un cuadro depresivo, del cual estaba siendo tratado por un alienista. Era claro que se trataba de un suicidio, pero, como se ha dicho, al acusado se decretó auto de prisión; la Sala de lo Constitucional, para tomar su decisión, no tiene otra opción que examinar las pruebas antes relacionadas para poder resolver en justicia, y

siendo que falta el presupuesto fundamental para el auto de prisión, pues es evidente que no se ha cometido delito, tendrá que otorgar el amparo.

2. En un caso de violación, se acredita que la supuesta víctima estuvo con el encausado “echándose tragos” en un negocio, de donde ella salió acompañando al varón, y hay prueba, también, de que ingresaron a un motel, en donde permanecieron varias horas y, al final, salieron juntos, en el vehículo de él. Si se decreta auto de prisión, el que es confirmado en segunda instancia, al conocer en amparo la Sala de lo Constitucional, tiene obligadamente que valorar esa prueba, para poder decidir si se ha violado o no el artículo 92 constitucional.

En los ejemplos anteriores pareciera que se plantean situaciones que pudieran no darse en la práctica, pero los he expuesto, para que se haga más comprensible la tesis que estoy sosteniendo.

3. Frente a una acusación por estafa, consistente en haberse librado un cheque si la debida provisión en el banco girado, la defensa acredita que el título valor de que se trata fue posfechado o dado en garantía, lo que indica que no hubo dolo de parte del emisor y, por lo tanto, no se trata de una conducta con relevancia jurídico penal. De igual manera que en el numeral anterior, al conocer en amparo, la Sala correspondiente debe obligadamente hacer valoración de esa prueba, para establecer si se ha vulnerado el mencionado precepto.

4. Un médico extiende una constancia en la que da fe haber diagnosticado que una persona está padeciendo de determinada enfermedad, para cuya curación le ha prescrito, además de los medicamentos del caso, reposo absoluto por diez días; nada de todo es cierto. El paciente es amigo suyo y le ha extendido ese documento, faltando a la verdad, para evitarle problemas con su novia, a quien dejó de visitar por igual período. Si la Sala de lo Constitucional tuviera que resolver sobre un amparo interpuesto contra la decisión de segunda instancia confirmatoria del auto de prisión que se hubiera decretado por falsificación de documentos, tendría necesariamente que determinar, previa valoración de la prueba, si la conducta relacionada se subsume en el tipo de falsificación.

Un colega me facilitó copia de una sentencia en la que la Sala de lo Constitucional había otorgado un amparo, haciéndome saber su desacuerdo en que se hubiera entrado al fondo del caso. Al leer ese fallo pude apreciar, con satisfacción, con qué propiedad se habían manejado categorías de Derecho Penal material, en particular la Teoría General del Delito. Y es que, sin esa sustentación doctrinaria, no puede haber un pronunciamiento adecuado cuando en un amparo se invoque, como violado, el tantas veces citado artículo 92 de la Carta Magna. El Derecho Constitucional, por sí solo, sin el auxilio del Derecho Penal, no proporciona los elementos indispensables para verificar si ese precepto, en un caso determinado, ha sido o no violado.

# Acerca de la Política Criminal

## Consideraciones para una definición democrática garantista

GUILLERMO LÓPEZ LONE\*

### SUMARIO:

I. Introducción. II. Fundamentos de la Política Criminal. III. Objetivos, principios e indicadores de una Política Criminal democrática. IV. Perspectivas.

## I. INTRODUCCIÓN

Asistimos a un nuevo escenario político que se abre con el cambio de autoridades en los poderes Ejecutivo y Legislativo, como producto de las recientes elecciones generales, en las que triunfó el Partido Liberal, encabezado por Manuel Zelaya Rosales. Se cierra así el ciclo del gobierno precedente, que inició su gestión con la política de “Cero Tolerancia” que, lejos de ser una mera declaración, se constituyó en los lineamientos generales de una política criminal que preconizó la persecución penal de las maras o pandillas. Más que una lucha contra la criminalidad, aquello fue una guerra —así lo afirmaban sus principales protagonistas— y, como tal, sólo cabía imponerse, sin importar el sacrificio de los derechos y garantías constitucionales.

Ley y orden rigieron durante cuatro años los desig-nios de las actividades de la Policía Nacional Preventiva privilegiándose, en la mayoría de los casos, la persecución penal en detrimento de la prevención de la criminalidad y la implementación de políticas sociales para tal fin. En este plano, la búsqueda de la demanda generalizada de seguri-

dad ciudadana<sup>2</sup> impuso de manera formal el desarrollo de un derecho penal simbólico que se expresó en la creación de nuevos tipos penales, en la reforma reiterada del ilícito de Asociación Ilícita y en el consecuente endurecimiento de penas, concluyendo con la reforma procesal penal que dispone, en detrimento del principio de jurisdiccionalidad, que no se podrán otorgar medidas sustitutivas de la prisión preventiva a las personas que se les siga proceso judicial por el delito de Asociación ilícita u otros relacionados con el crimen organizado<sup>3</sup>.

En los rasgos antes descritos es fácil adivinar que esta política criminal se decantó por la persecución penal en su esfera de represión del delito como un fin en sí misma, sin reparar lo suficiente o exigible, como sostiene Silva Sánchez<sup>4</sup>,

2 Ver: Borja Jiménez, Emiliano, *Ensayos de Derecho Penal y Política Criminal*. Editorial Jurídica Continental, San José, 2001, p. 213.

Enfatiza que la política criminal “... Tiene que guiarse por un cuidadoso equilibrio entre el necesario mantenimiento de unos mínimos en materia de seguridad ciudadana y el pulcro respeto de los derechos fundamentales y las libertades públicas de todos los individuos, incluidos los delincuentes”.

3 El decreto No. 223-2004, publicado en el diario oficial *La Gaceta* del 12 de marzo de 2005, reforma el artículo 184 del Código Procesal Penal, agregando un párrafo que establece: “En ningún caso procederá la sustitución de la prisión preventiva por otra medida cautelar en los delitos cometidos por miembros del crimen organizado o integrantes de asociaciones ilícitas”.

4 Ver: Silva Sánchez, Jesús María, *Política Criminal y Persona*. Editorial AD HOC, Buenos Aires, 2000, nota previa de la obra.

\* Juez de Tribunal de Sentencia.

en el "anclaje profundo en la idea de persona, su dignidad y los derechos que le son propios".

De la temática esbozada y sus ramificaciones con el sistema penal, y las repercusiones con el órgano jurisdiccional, se ocupa este ensayo, así como de las consideraciones a tomar en cuenta para ir sentando las bases y los objetivos de una política criminal acorde a nuestro Estado Constitucional de Derecho; ésta puede tener cabida en el escenario político que inauguran las nuevas autoridades de los poderes Ejecutivo y Legislativo. Junto a ellas y sin disminución, le corresponde actuar al Poder Judicial, tutelando los derechos y garantías de todos los ciudadanos, incluidos los presuntos delincuentes en fase de juzgamiento y los privados de libertad, mediante sentencia firme en los centros penitenciarios.

## II. FUNDAMENTOS DE LA POLÍTICA CRIMINAL

La política criminal es, ante todo, parte de la política o del conjunto de políticas que, desde el poder, se construyen en función de determinados objetivos y concepciones ideológicas de los grupos o sectores que detentan en un determinado período el poder del Estado. Al respecto, Emiliano Borja Jiménez<sup>5</sup> indica que, "Por regla general, los gobiernos de carácter conservador emplean mayor energía en el aspecto represivo en su visión del tratamiento de la criminalidad (mayor gasto presupuestario en la dotación de las fuerzas de seguridad del estado, aumento del número de centros penitenciarios, etc.). En cambio, las opciones de carácter progresista suelen incidir más en la prevención del crimen a través de políticas sociales y son más reacias a limitar las garantías de los ciudadanos, aunque se resienta con ello la seguridad ciudadana". Así, la formulación de la política criminal de un Estado resume, como bien señala Alberto Binder<sup>6</sup>, los objetivos, finalidades y concepciones

políticas de los acuerdos de los grupos o de la hegemonía de uno de ellos sobre los demás.

### 1. Concepto y alcance de la Política Criminal

La Política Criminal, como disciplina, surge a finales del siglo XIX con F. Von Liszt, en la clásica definición que la inscribe como "El conjunto sistemático de principios con arreglo a los cuales deben organizar el Estado y la sociedad la lucha contra el crimen". Feuerbach también destaca el conjunto de métodos represivos por los cuales el Estado reacciona contra el crimen. Mientras que Delmás Marty, en una definición sociopolítica, sostiene que "política es el conjunto de métodos por medio de los cuales el cuerpo social organiza las repuestas al fenómeno criminal"<sup>7</sup>. Por su lado, Alberto Binder<sup>8</sup>, con un concepto de mayor alcance político la define, en síntesis, como "el conjunto de decisiones, instrumentos y reglas que orientan el ejercicio de la violencia estatal (coerción penal) hacia determinados objetivos".

Destacan en el orden expuesto las definiciones de contenido sociopolítico de formulación de la política criminal; en ese ámbito, Emiliano Borja Jiménez, la conceptualiza "Como el conjunto de medidas y criterios de carácter jurídico, social, educativo, económico y de índole similar, establecidos por los poderes públicos para prevenir y reaccionar frente al fenómeno criminal, con el fin de mantener bajo límites tolerables los índices de criminalidad en una determinada sociedad"<sup>9</sup>. En esta dimensión de conjunto, vale la pena agregar la definición del Consejo Europeo, que recogiendo los elementos ya señalados de prevención, contenido social, participación interinstitucional y represión de la criminalidad, hace énfasis también en la necesidad de regular debidamente el tratamiento de los delincuentes y garantizar los derechos de las víctimas.

5 Borja Jiménez, Emiliano, *op. cit.*, p. 213.

6 Binder Alberto, "Diez preguntas básicas sobre política criminal", en: Revista jurídica del INECIPH *Justicia y Poder*, Honduras, vol. 1, No. 1, p. 40.

7 Citado por Amaya Cobar, Edgardo A, "Reflexiones sobre la política criminal como política", en: Revista Jurídica Centroamericana *Justicia penal y sociedad*, No. 21, 2004.

8 Binder, Alberto, "Diez preguntas básicas sobre política criminal", *op. cit.*, p. 40.

9 Borja Jiménez, Emiliano, *op. cit.*, p. 209.

En conclusión, la política criminal es ante todo una política pública, que se sitúa más allá de los límites de la política de seguridad que, de manera instrumental, persigue la represión de la criminalidad; empeña en este campo todos o la mayoría de los recursos disponibles, especialmente en el fortalecimiento del aparato policial, como sucede actualmente en nuestro país, donde asistimos a un proceso de crecimiento de las fuerzas policiales que parece no tener contención. Así, subordina al crecimiento continuo de las fuerzas policiales las necesidades de desarrollo y participación del elenco de instituciones estatales involucradas en la configuración de esa política criminal —Ministerio Público, centros penitenciarios, instituciones del cuerpo social, etc.— y minimiza la de actores externos no oficiales como los medios de comunicación, la sociedad civil y otros. Con esta visión unilateral que enfatiza en lo represivo, se olvida que lo que se trata de controlar es el fenómeno criminal, y no específicamente la delincuencia o el crimen en particular; en otras palabras, el fondo no es un asunto de infracción-persecución y sanción, sino que, ante todo, se trata de entender la criminalidad como un fenómeno que se enraíza en condiciones, indicadores y consecuencias de origen social<sup>10</sup>.

En este orden de ideas, lo que demanda el Estado y la sociedad hondureña no es en sentido restringido una política de seguridad pública, sino más bien una política criminal definida e implementada de forma interinstitucional, con participación de todos los actores, de profundo contenido político y social, orientada en primer término a la prevención de la criminalidad y al manejo de los conflictos penales en forma oportuna. Se asumen, como parte de esta política, los aspectos disuasivos y de contención del fenómeno criminal, pero sin perder de vista que este proceso no puede justificarse aun en aras de la seguridad ciudadana, en la solución práctica de pretender cambiar *libertad por segu-*

10 En torno a las consecuencias sociales que inciden en el fenómeno criminal, véase: Amaya Cóbar, Edgardo, “Reflexiones sobre política criminal como política pública”, *op. cit.* También Posas, Mario, Módulo instruccional de sociología de la delincuencia y de la criminalidad. Curso inicial de Jueces de sentencia, 2001, Escuela Judicial de Honduras.

*ridad*<sup>11</sup>, pues el respeto a los derechos fundamentales constituye el límite a la intervención estatal.

## 2. La Policía en el entramado de la Política Criminal

Hoy por hoy, en nuestro país y a escala internacional, asistimos a la expansión del fenómeno criminal. Esto conduce a la búsqueda de la seguridad ciudadana, la cual estamos dispuestos a conseguir con nuestro propio esfuerzo en el ámbito doméstico, dotando de mayor seguridad nuestras viviendas y estableciendo rutinas que no entrañen mayor peligro para nuestros desplazamientos; al mismo tiempo, demandamos de la policía mayor eficiencia, coacción y control de la delincuencia.

Al respecto, Hassemer expresa: *Vivimos cada vez más pendientes de un sentimiento de inseguridad y amenaza*<sup>12</sup>. Y en esta situación de desesperación y de sentirnos rodeados de peligros por doquier, abogamos por un “derecho a la seguridad” y estamos dispuestos a intensificar la respuesta penal.

En esta vivencia de la inseguridad, influye la percepción de que nuestro entorno social y familiar está amenazado por peligros de toda naturaleza: desde las circunstancias de orden económico que se relacionan con la estabilidad laboral, la devaluación de la moneda, la falta de empleo, el alza de los precios de los productos de consumo popular, hasta la criminalidad organizada que ronda de manera sigilosa y la criminalidad común de todos los días, que nos hacen presagiar riesgos aquí y allá. Por ello, “no hay causa

11 Ver: Hassemer, Winfried, *Mundo persona y responsabilidad*, traducción y prólogo de Francisco Muños Conde, editorial Temis, Bogotá, 1999, p. 154. En la conferencia Policía y Estado de Derecho, este autor, reflexionando sobre las categorías de Estado, Libertad y Seguridad, expone: “En la teoría y en la práctica, un “derecho a la seguridad” es algo cada vez más evidente, lo cual contradice totalmente la función clásica de garantía de los derechos fundamentales —cuanto mas crezca un derecho fundamental a la seguridad, el clásico derecho a la libertad se verá recortado a favor de la seguridad.

12 *Ibid.*, p. 148.

más común más defendida en este momento que la lucha contra la criminalidad y la defensa contra los ataques a la seguridad ciudadana”<sup>13</sup>. Ello incrementa de forma marcada nuestras expectativas en la respuesta policial, y esta manifestación de miedo al peligro genera las condiciones para una intervención policial que restringe, más de lo *permitido*, las garantías de los derechos fundamentales.

En torno a la función policial y las garantías de los ciudadanos, es incuestionable que la policía es el brazo armado del monopolio estatal de la violencia; por tanto, sus acciones u omisiones deciden lo malo y lo bueno de la seguridad interna. Pero *la policía es también la medida de la mezcla exacta entre fuerza y libertad en un Estado y una época determinados*<sup>14</sup>. En este marco, la limitación de la libertad por parte de la policía únicamente se justifica cuando está dirigida a la protección de aquélla.

En concreto: La intervención policial se desenvuelve en el campo de tensión existente entre la garantía de las libertades y la amenaza a las mismas. No existe, por tanto, para la policía —pese a la situación de inseguridad antes expuesta— justificación ni cheque en blanco para actuaciones reñidas con la legalidad como son las detenciones arbitrarias o allanamientos sin orden judicial, que no vayan de la mano de la situación de inmediatez o la flagrancia.

Por tanto, la policía no está autorizada para la restricción indiscriminada de derechos individuales, aun cuando tiene facultades para limitarlos, en condiciones justificadas, en función de *eficientar* la investigación preliminar. Pero su intervención solamente se justifica en casos de urgencia<sup>15</sup>; es decir, cuando no sea posible acudir al órgano jurisdiccional competente para solicitar la autorización respectiva<sup>16</sup>.

13 *Idem*.

14 *Ibid.*, p. 142.

15 El artículo 99 constitucional dispone: “El domicilio es inviolable. Ningún ingreso podrá verificarse sin consentimiento de la persona que lo habita o resolución de autoridad competente. No obstante puede ser allanado, **en caso de urgencia**, para impedir la comisión o impunidad de delitos o evitar daños graves a la persona o la propiedad”. (Las negritas son del autor).

16 El artículo 212 del Código Procesal Penal regula lo concerniente a los allanamientos, estableciendo que éstos sólo podrán practicarse

Por ello resulta improcedente la práctica de los allanamientos simultáneos o “*madrugones*”<sup>17</sup> —como suelen llamarles—, con los que se ha afectado a más de un domicilio, a veces en una colonia o barrio, y otras en distintas demarcaciones. Ni qué decir que para estas actuaciones planificadas con antelación, y a veces hasta publicitadas por los medios de comunicación, los responsables tenían tiempo suficiente para acudir al juez competente y así obtener las autorizaciones respectivas. Lo anterior evidencia no solo el abuso de facultades que se detentan de forma limitada, sino que, sobre todo, la actitud consciente de pretender invisibilizar el orden jurisdiccional y de soslayar o minimizar la importancia de los derechos fundamentales de todos los ciudadanos.

Esta práctica expresó la modalidad represiva de lo que se llamó política de *cero tolerancia* según la cual, los derechos de las *mayorías* estaban por encima de los derechos de los “delincuentes”, a quienes se les consideraba menos que ciudadanos y, por tanto, desprovistos de las garantías del ciudadano común. Estos rasgos de *ley y orden*, clásico binomio de la *cero tolerancia*, dominaron el cuatrienio del gobierno saliente significando, desde la realidad concreta, una persecución penal sin excepciones.

En todo caso, la *cero tolerancia*, propugna, a juicio de Hassemer, *un modelo de reacción desligado de las leyes o de cualquier otro tipo de normas, para conseguir mayor flexibilidad o eficacia*<sup>18</sup>, sin atender los principios de proporcionalidad entre el delito y la reacción al mismo<sup>19</sup>, que constitu-

previa orden escrita del órgano jurisdiccional competente. Sin embargo, autoriza determinados casos en que se podrá actuar sin esa orden cuando no sea posible esperar el tiempo necesario para solicitar la autorización judicial.

17 Véase: *El Heraldo*, 25 de febrero de 2006, p. 6. **Vuelven los madrugones policiales**. “Equipos de la Dirección General de Investigación Criminal (DGIC), del Comando de Operaciones Especiales Cobra, de la Jefatura Metropolitana y de la Unidad de Análisis, se movilizaron por 21 colonias después de una labor investigativa previa de localización de objetivos a atacar...La captura de 18 sospechosos y el decomiso de armas dejó un operativo ayer en la capital”.

18 Hassemer, Winfried, *op. cit.*, p. 160.

19 Véase: Silva Sánchez, Jesús María, *op. cit.*, p. 25. Estima que los principios de necesidad y proporcionalidad dotan de legitimidad

yen en todo caso límites a la intervención estatal. De esta forma, lo que se enmarca como política de *cero tolerancia* infringe, de forma estratégica y premeditada, la intervención represiva de conformidad a la normativa procesal y Constitucional.

En este balance de rasgos generales, quedan en precario los lineamientos de una política criminal reñida con las normas de orden jurídico constitucional, así como la institución procesal de la convalidación<sup>20</sup> judicial de esas actuaciones, que se autorizaron en un clima enrarecido por las presiones e injerencias provenientes del Ejecutivo<sup>21</sup>. Como consecuencia de esta práctica, la garantía de la inviolabilidad del domicilio es en la actualidad de cierta forma ilusoria, en tanto no se realicen los allanamientos con la debida autorización judicial, y sólo en casos urgentes o verdaderamente excepcionales y justificados por decisión de la policía, cuando no se pueda esperar la autorización judicial o

---

y cierta permanencia a la política criminal. *Es decir que, en el punto de partida, se ha sentado la premisa de que las decisiones político-criminales suponen un mal para alguien, mal que solo cabe infligir de modo subsidiario (esto es, si la finalidad perseguida no puede obtenerse de un modo menos dañoso) y además de modo proporcionado (esto es, de manera que el daño causado sea adecuado al fin pretendido, no cause un daño mayor que el que evita).*

20 El artículo 212 del Código Procesal Penal establece: “El Ministerio Público, una vez practicado el allanamiento (sin orden judicial), lo pondrá en conocimiento del juez competente, al que explicará las razones que lo determinaron. El juez, por auto motivado, **convalidará o anulará**, total o parcialmente lo actuado (la frase entre paréntesis y las negritas son del autor).

21 Numerosas noticias aparecieron en los medios de comunicación respecto a estas presiones o injerencias; para el caso, algunas correspondientes a los meses de agosto y septiembre de 2004. *La Tribuna*, 30 de agosto de 2004, p. 14: “Esta semana darán nombres de jueces ligados a narcos...” *La Tribuna*, 11 de agosto de 2004, p. 14: “No confía en el Poder Judicial: Álvarez vuelve a arremeterla por aplicación de justicia...” *La Tribuna*, 4 de septiembre, p. 36: “Terminar con calumnias le piden jueces al ministro Oscar Álvarez...” *Tiempo*, 5 de septiembre de 2004, p. 8: “Jueces rechazan vínculos con el crimen organizado...” *La Prensa*, 30 de agosto de 2004, p. 30: “Corte recibirá nombres de jueces ligados a criminales,” etc.

con la autorización expresa del morador contra quien se ejecuta tal diligencia.

Finalmente, hay que tener en cuenta que, en cuestiones de política criminal, la policía sólo debe prevenir delitos y perseguir el delito; pero no puede —ni está autorizada legalmente bajo ninguna justificación—, crear un “orden” en materia de presupuestos de garantías y derechos fundamentales; es decir, decidir al margen del orden jurídico los requisitos de su restricción y futura convalidación.

### 3. Política Criminal y Derecho Penal

Derecho penal y política criminal no pueden verse de manera separada. Ambos se integran y complementan. Al derecho penal o dogmática jurídico penal le corresponde la interpretación y sistematización de los preceptos, conceptos, categorías y principios científicos; y, a la política criminal, como conjunto de técnicas de contenido político y social, las propuestas de estrategias elaboradas por los poderes públicos para la prevención y represión de la criminalidad. Una y otra tienen sus límites en el conjunto de garantías del derecho penal; para el caso, de legalidad, proporcionalidad, culpabilidad, presunción de inocencia, necesidad, etc. Sin embargo, esta complementariedad no impide que mantengan su autonomía. En definitiva, como sostiene Binder<sup>22</sup>, “la política criminal determina los conflictos en que interviene el poder penal y regula la intensidad de ese poder penal”.

Dicho brevemente, la política criminal, en sentido teórico y formal, establece de forma perceptible los lineamientos o coordenadas que indican al legislador cómo debe formular el código penal, el código procesal penal, la ley penitenciaria, el funcionamiento de las fuerzas policiales y el tratamiento o ejecución de penas de las personas privadas de libertad. Las oscilaciones del péndulo las marcará la política criminal del régimen de turno. En periodos conservadores no será raro el adelantamiento de la punibilidad, expresado en tipos penales de sospecha y de peligro abstracto, endurecimiento de penas y restric-

---

22 Binder, Alberto, “Diez preguntas básicas sobre política criminal”, *op. cit.*, p. 40.

ción de derechos y garantías, mientras que en periodos “progresistas” o de gobiernos de centro, la política criminal se orientará a la prevención y formulación de leyes penales congruentes con los derechos fundamentales.

Silva Sánchez<sup>23</sup> estima que la política criminal, en tanto en cuanto se orienta mediante una serie de instrumentos a evitar que el delito se produzca o se reitere, “no se agota en medidas jurídico penales. Por otro lado, sin embargo, que, aunque la política criminal se configure en términos más amplios, todo el derecho penal se integra en la política criminal”. En este orden, la política criminal deberá preocuparse por la renovación y ajuste del derecho penal, sin descuidar la función preventiva.

En suma, y siguiendo siempre a Silva Sánchez<sup>24</sup>, cabe afirmar que *el derecho penal es expresión de una política criminal. Así, la discusión sobre los fines del derecho penal y sobre los medios precisos para alcanzar tales fines no puede ser más que una discusión político-criminal. Y la vocación de la discusión político-criminal es, en último término, la reforma del derecho penal.* Y en todo caso, como bien señala Binder<sup>25</sup>, *la política criminal tanto canaliza o desarrolla el poder penal (función expansiva) como lo limita (función de contención).*

### III. OBJETIVOS, PRINCIPIOS E INDICADORES DE UNA POLÍTICA CRIMINAL DEMOCRÁTICA

En este momento cabe señalar que la política criminal en un Estado de Derecho tiene como propósito disminuir la criminalidad hasta niveles tolerables, sin pretender ni prometer su erradicación. En otras palabras, no se trata de una “guerra” que hay que ganar a cualquier costo — incluido el de las garantías constitucionales— sino de controlar dentro de ciertos límites el fenómeno criminal. Hay que ser congruentes y plantear que se puede aspirar a reducir el delito, pero no a borrar todas sus huellas.

23 Silva Sánchez, Jesús María, *Política criminal y persona*, op. cit., pp. 22 y 23.

24 *Ibid.*, p. 23.

25 Binder, Alberto, op. cit., p. 40.

En un Estado democrático, el presupuesto de las garantías de los derechos fundamentales es irrenunciable; de ahí que su política criminal sea más difícil de configurar, pues en todo momento habrá de guiarse por los mínimos de seguridad ciudadana y el respeto irrestricto de los derechos y garantías públicas de todos los individuos, incluidos los que delinquen. En todo caso, las instituciones intervinientes en esta política criminal, especialmente la policía, deberán manejar acertadamente la tensión entre la garantía de las libertades y la amenaza a las mismas.

## 1. Objetivos de una Política Criminal democrática

### 1.1. Desde el campo de su formulación

- 1.1.1 *Conferirle una función protectora y promotora de valores humanos, no vindicativa.* O, sea, de profundo carácter democrático y respetuosa de la Constitución, de los Tratados Internacionales y de los Derechos Humanos. Anclada en la persona como fin supremo del Estado y de la sociedad, y en la dignidad humana que le es consustancial.
- 1.1.2 *Orientarla al desarrollo de la convivencia pacífica y en libertad.* Para lograrlo debe conseguir la disminución de la delincuencia y de la violencia en general, también la disminución de la criminalidad organizada, al tiempo que ceden las estructuras sociales injustas.
- 1.1.3 *Desarrollarla en función de la igualdad jurídica de las personas.* En función de superar las actuales desigualdades tan exageradas e inhumanas, así como toda práctica discriminativa de cualquier condición, entendiendo la desigualdad social y económica como sustrato de la subcultura de la delincuencia.
- 1.1.4 *Canalizarla en función del valor superior justicia.* Aplicando una tutela judicial efectiva, una justicia pronta y efectiva, protectora de las víctimas de los delitos; de los derechos humanos de las personas condenadas en centros penitenciarios. Responsable ante los crímenes que atentan contra los derechos humanos, tanto en la jurisdicción nacional como en el Sistema Interamericano y, en su caso, reparando a las vícti-

mas de estos delitos. Impartida por jueces imparciales e independientes, ajenos a las injerencias externas e internas.

1.1.5 *Impulsarla de forma pluridisciplinaria e interinstitucional*. Interviniendo en su formulación todos las disciplinas relacionadas: Criminólogos, penalistas sociólogos, etc. y coordinarla con todas las instituciones responsables de su ejecución: Ministerio Público, la Policía, instituciones gubernamentales, sociedad civil, etc.

## 2. Principios básicos para una política criminal

Los objetivos de una política son el faro de su formulación y posterior configuración institucional; son éstos los que determinan los valores fundamentales que regirán la teoría y la práctica de esa política criminal. A los principios, en cambio, les corresponde articular los objetivos y establecer los límites de intervención, particularmente del derecho penal como expresión de esa política criminal. Estos principios —llamados a materializar los objetivos de esa política criminal— determinan, en último caso, el carácter democrático garantista o, en su defecto, el perfil restrictivo-autoritario de una política criminal en una época determinada.

Partiendo de nuestra realidad —marcada por la inseguridad ciudadana y la creciente intervención policial como expresión decisoria de la política de seguridad pública— y siguiendo los criterios de varios de los autores precitados, podemos referirnos, entre otros, a los principios siguientes:

### 2.1. Principio de legalidad

En su acepción constitucional y normativa, prescribe que no se podrá juzgar ni sancionar penalmente a una persona, si no es en virtud de una infracción penal previamente establecida en la ley.

Tutelando el ámbito de este principio, las actuaciones de las instituciones estatales encargadas de configurar la política criminal, en este sentido, cada uno de los actos que se ejecuten, deben de realizarse de conformidad a la ley, y en correspondencia con las garantías establecidas en la Consti-

tución y los tratados internacionales sobre derechos humanos de los que Honduras forma parte.

Ahora bien, el cumplimiento de la legalidad previene en contra del interés preponderante de *eficientar* la persecución penal o particularmente la investigación de los delitos, en menoscabo de la observancia de las formalidades establecidas para el cumplimiento de las diligencias de investigación; por ejemplo, la detención o aprehensión de las personas sólo pueden realizarse en virtud de autorización judicial o cuando se produzca una situación de flagrancia, o, en su caso, el allanamiento del domicilio únicamente podrá verificarse previa orden expedida por el órgano jurisdiccional competente; sólo en casos de urgencia, cuando no sea posible esperar el tiempo necesario para solicitar la autorización judicial, podrá llevarse a cabo por la autoridad policial. Sin perder de vista que cualquier restricción a la garantía de los derechos fundamentales —sin que medie orden judicial— eventualmente habrá de ser convalidada por el juez competente de conformidad a los principios de necesidad y proporcionalidad de dichas diligencias.

### 2.2. Principio de dignidad humana

Nuestra Constitución, en el capítulo De Las Declaraciones, las que debemos entender como Derechos fundamentales establece: “La dignidad del ser humano es inviolable”. Delimita así el valor superior que se confiere a la persona humana, sin distingos de ninguna condición. Ello conlleva la obligación de respetar la individualidad de las personas como seres dignos y libres, que viven en la sociedad de conformidad a los derechos que son consustanciales a todos los ciudadanos. Desde esta óptica, nadie es menos persona que otra, ni sus derechos pueden ser tutelados de manera distinta en idénticas circunstancias.

No cabe, bajo la consideración de este principio, ningún trato degradante o discriminatorio. Todos merecemos un *trato respetuoso*, en particular de la autoridad policial o cuando nos encontramos privados de libertad o sujetos a la actividad jurisdiccional. Incardinándose este principio a la esfera de la punibilidad, por cuanto el régimen de cumplimiento de las penas<sup>26</sup> debe estar orientado a la resocializa-

26 El artículo 87 de la Constitución de la República dispone: “Las cárceles son establecimientos de seguridad y de defensa social. Se

ción o reinserción<sup>27</sup>. En el sistema penitenciario le corresponde al Poder Judicial una función de primer orden, mediante la actuación de los jueces de ejecución de penas<sup>28</sup>.

procurara en ellas la rehabilitación del recluso y su preparación para el trabajo”.

27 Ver: *Una reflexión sobre la masacre del 5 de enero de 2006 en la Penitenciaría Nacional de Támara y de sus consecuencias para el sistema jurídico y político de Honduras*. Documento del Equipo de Reflexión, Investigación y Comunicación (ERIC-SJ), pp. 4, 5 y 9. Al abordar la vulnerabilidad y crisis del sistema penitenciario, realiza el balance de las masacres ocurridas en estos reclusorios, situando como punto de partida que “La primera masacre se produjo el 12 de noviembre de 1999, cuando 11 jóvenes pandilleros perecieron y 31 resultaron heridos, al enfrentarse entre sí con armas blancas en el presidio de San Pedro Sula. La segunda masacre se produjo el 21 de marzo de 2003, siete miembros de la “mara MS” perecieron por intoxicación. La tercera sucedió el 5 de abril de 2003, en la granja penal El Porvenir, en el puerto de La Ceiba. Fallecieron 69 personas y 39 resultaron heridas. La cuarta masacre, la mayor de todas, se produjo el 17 de mayo de 2004. Murieron 105 jóvenes pandilleros a causa de un incendio en el pabellón que los albergaba. Todos eran miembros de la denominada “Mara 18”. Estos hechos no fueron esclarecidos por las autoridades. En ese orden se llega a la masacre del 5 de enero de 2006, en la Penitenciaría Nacional de Támara, donde 13 personas fueron asesinadas y una quedó gravemente herida. Sostiene el citado documento que, “tanto la masacre del 5 de enero de 2006, como en las anteriores, existen indicios sobre la participación directa o la tolerancia de las autoridades penitenciarias, por lo que el Estado puede ser considerado responsable de la violación de los derechos humanos de las personas privadas de libertad, que están bajo su custodia y responsabilidad. A la complicidad o la tolerancia del Estado se suma la falta de adecuación de su práctica a las normas internacionales, así como la omisión para prevenir y castigar a los responsables de la violencia, el tráfico de influencias, drogas y armas en los centros penitenciarios”.

28 El primer párrafo del artículo 381 del Código Procesal Penal prescribe: “La vigilancia y control de la ejecución de las penas y de las medidas de seguridad, estará a cargo del juez de ejecución, el cual velará por la correcta aplicación de las normas que regulan el régimen penitenciario, por el respeto de las finalidades constitucionales

El núcleo del derecho a la dignidad pondera, en la tradición liberal, el derecho penal del acto de carácter retrospectivo, en contraposición al derecho penal de autor, de cariz prospectivo; es decir, se penalizan los hechos anteriores, pero no los futuros<sup>29</sup>. En este planteamiento, “la individualidad, los estilos de vida, la personalidad misma de los individuos no puede ser objeto de afectación legal”<sup>30</sup>.

Por eso, en apego al derecho a la dignidad humana, no puede aceptarse como tal un derecho penal de autor, que estigmatiza a los individuos como seres peligrosos, ontológicamente malos y propensos a delinquir en cualquier momento. Esto justifica la persecución penal de los mismos (para el caso, los supuestos miembros de maras o pandillas) para privarlos de libertad y conseguir así su neutralización o, en el peor de los casos, su inocuización mediante el endurecimiento de las penas<sup>31</sup>.

de la pena y por el estricto cumplimiento de las sentencias dictadas por los órganos jurisdiccionales”. Asimismo, el artículo 382 de las atribuciones de los jueces de ejecución, del mismo cuerpo de leyes, establece en su inciso 6) Acordar lo que proceda, sobre las quejas que formulen los internos en los establecimientos penales, en relación con el régimen y funcionamiento de los mismos, y con el trato que los reclamantes reciban, en cuanto resulten afectados sus derechos fundamentales o sus derechos y beneficios penitenciarios.

29 En este plano viene al caso el tipo penal del artículo 332 referente a la **Asociación ilícita**, que describe entre sus elementos normativos: *los jefes o cabecillas (y los miembros) que se asocien con el propósito permanente de ejecutar cualquier acto constitutivo de delito*. De este modo se adelantan las barreras de la punibilidad a “hechos futuros” que podrían suceder por formar parte de una asociación ilícita, mara o pandilla.

30 Amaya Cobar, Edgardo, “Reflexiones sobre política criminal”, *op. cit.*, p. 57.

31 Para el caso, la última reforma al tipo penal de Asociación Ilícita, realizada mediante decreto No. 223-2004, publicado en *La Gaceta* del 12 de marzo de 2005, establece que “se sancionará con la pena de VEINTE (20) A TREINTA (30) años de reclusión y multa de cien mil a trescientos mil a los jefes o cabecillas de maras o pandillas... Con la misma pena de reclusión establecida en el párrafo anterior rebajada en un tercio, se sancionará a los demás miembros de las referidas asociaciones ilícitas”.

### 2.3 Principio de intervención mínima

En un Estado de Derecho, la política criminal debe obedecer a una persecución penal o derecho penal mínimo. Como sostiene Elena Larrauri Pijoan<sup>32</sup>, “un derecho penal que aumenta constantemente y criminaliza muchos comportamientos, que pueden ser adecuadamente resueltos sin recurrir al derecho penal, colapsa el sistema de justicia penal y crea el sentimiento de que, finalmente, el derecho penal se ocupa de comportamientos poco graves”. En consecuencia, el derecho penal es la *ultima ratio* y, como indica Binder<sup>33</sup>, “el poder penal es selectivo y la política criminal orienta a esa selectividad”.

No sobra decir que la penalización reiterada sólo conduce a la expansión del derecho penal y a una política criminal de corte utilitario en función de los intereses del legislador, que responde a los problemas de inseguridad ciudadana con su mejor arma: la creación o reforma de tipos penales que, a la larga, van conformando un derecho penal simbólico con características de *única ratio*, como herramienta de sus intereses políticos.

### 2.4 Principio de transparencia o de rendición de cuentas

Es un hecho innegable en la sociedad moderna (o postmoderna si se quiere) la demanda de publicidad de las funciones estatales, y de los logros y desafíos del conjunto de instituciones en un gobierno determinado. La población en general aspira a conocer más que meras declaraciones o buenos propósitos; quiere saber de los fines, resultados y conflictos relacionados con las políticas públicas. Pero, además de conocer, lo que se requiere es rendición de cuentas de los gobernantes, especialmente en aspectos tan sensibles como la seguridad ciudadana y la política criminal. Para el caso: Cuáles son los índices reales de criminalidad en el país; cuál es la incidencia objetiva de los delitos cometidos por los jóvenes integrados en maras o pandillas; cómo avanza el combate contra el crimen organizado; o bien, cuáles son las debilidades por las que atraviesan las fuerzas policiales para llevar a buen término la investigación y persecución de los delitos; cuántas personas se encuentran actualmente

32 Véase: Larrauri Pijoan, Elena, *Consideraciones sobre Política Criminal*. Comisión Coordinadora del Sector Justicia, San Salvador, 2001, p. 35.

33 Binder, Alberto, “Diez preguntas”..., *op. cit.*, p. 40.

privadas de libertad sin contar con una sentencia condenatoria; cuál es la situación institucional que se vive en los centros penitenciarios y las causas de los homicidios o masacres en su interior; cuáles son las causas del rezago judicial en la tramitación o sustanciación de las causas penales, etc.

En fin, en temas tan sensibles como la seguridad ciudadana, la ciudadanía tiene el derecho de recibir información y de verificar si las instituciones funcionan en las coordenadas de la eficiencia, la racionalidad y en el respeto de la Constitución y las leyes.

Sólo en la medida que se maneje la cosa pública con transparencia, los ciudadanos tendrán las condiciones de ejercer control sobre el poder penal y, consecuentemente, pronunciarse por lo que se refleja de la práctica de la política criminal. Muy importante será, en este plano, la rendición de cuentas en temas tan sensibles como lo que Binder llama *el sistema penal oculto*, consistente en prácticas tendientes a ejercer violencia o coacción sobre las personas para forzarlas a declarar<sup>34</sup>, detenciones ilegales y allanamientos ilegales, o, si ocurriesen, ejecuciones extrajudiciales, policías de “gatillo fácil”<sup>35</sup>, etc. Actos de esta naturaleza no hacen más que deslegitimar el sistema de justicia penal y la política criminal en su conjunto.

## 3. Indicadores de una Política Criminal democrática

Entre los principales indicadores, tenemos<sup>36</sup>:

- a. La selectividad del uso del poder penal a los casos verdaderamente graves. Es decir, los que causan mayor afectación a los bienes jurídicos de la población.
- b. El reconocimiento de los límites impuestos constitucionalmente para el ejercicio del poder penal. Garantismo a tener en cuenta tanto en materia pe-

34 El artículo 88 constitucional dispone: “No se ejercerá violencia ni coacción de ninguna clase sobre las personas para forzarlas a declarar. Nadie puede ser obligado en asunto penal, disciplinario o de policía, a declarar contra sí mismo, contra su cónyuge o compañero de hogar, contra sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad. Sólo hará prueba la declaración rendida ante juez competente”.

35 Binder, Alberto, “Diez preguntas...”, *op. cit.*, p. 41.

36 *Idem*.

- nal, procesal penal, como en la situación de los derechos de las personas privadas de libertad.
- c. La transparencia en el ejercicio del poder penal y la rendición de cuentas en todo lo que implique prácticas relacionadas con el derecho penal oculto, el cual deber ser proscrito y desterrado.
  - d. La definición de mecanismos ágiles de protección, participación y reparación de las víctimas de los delitos.
  - e. La acentuación de la judicialización del ejercicio del poder penal.
  - f. La transparencia y rendición de cuentas de todas las instituciones que participan en la configuración y desarrollo de la política criminal.
  - g. Existencia de mecanismos de participación ciudadana en las instituciones relacionadas directa o indirectamente con el sistema de justicia penal, así como en la elaboración y configuración de la política criminal como política pública.

#### IV. PERSPECTIVAS

Para finalizar, conviene situarnos en el momento actual para dilucidar las perspectivas que a corto y mediano plazo se pueden materializar en aspectos de política criminal. En tal sentido, conviene establecer un punto de partida para sentar las bases de esta política pública. Al respecto, Cuéllar Cruz<sup>37</sup> sostiene que uno de los fines del nuevo sistema de enjuiciamiento penal es convertirse en el *eje central de una política criminal coherente*. En particular por la marcada delimitación de funciones que define el Código Procesal Penal para los sujetos e intervinientes en el proceso penal, pero, ante todo, desde nuestra visión, por la concretada constitucionalización de sus normas, y la referencia directa que éstas guardan con los tratados internacionales sobre derechos humanos de los cuales Honduras forma parte.

Conviene enfatizar, siguiendo a Cuéllar Cruz<sup>38</sup>, “que la verdadera fórmula preventiva no está en incrementar las fuerzas represivas en la calle, ni siquiera en el aumento des-

proporcionado de penas...”, sino en poder garantizar que, ante la comisión de un ilícito penal, el Estado estará en capacidad de llevar a buen término una investigación conforme al principio de legalidad y de brindar a cualquier ciudadano un juicio justo.

El actual Ministro de Seguridad<sup>39</sup>, al referirse al tema de cómo afrontar el problema de las maras o pandillas, declaró que “El estado represivo lo que ha conseguido es una radicalización de la delincuencia”. El funcionario agregó que “nuestras prisiones las estamos llenando, llenando y llenando y va a haber un momento que rebalsarán o estallarán”<sup>40</sup>. De ahí la necesidad de poner énfasis en una política criminal que atienda ante todo la prevención del fenómeno criminal, visto como un todo, en especial desde las estructuras sociales injustas que originan, permanentemente, el problema de la delincuencia.

Ante las perspectivas relacionadas, según el actual Secretario de Estado en el Despacho de Seguridad, “la seguridad es global, integral, no mantenida por policías. La policía sólo es un elemento de seguridad ciudadana, orientada a la protección de bienes, pero la integral es la que eliminará las causas para que se produzca la violencia”<sup>41</sup>.

En forma similar lo reiteró el presidente de la República, Manuel Zelaya Rosales, en cadena de radio y televisión el uno de marzo de este año, al manifestar: “Hemos rediseñado la política de seguridad con los siguientes lineamientos: 1) Otorgarle mayor importancia a la labor de inteligencia estratégica y no sólo a los operativos tácticos empleados anteriormente, para la promoción mediática de las autoridades de seguridad; 2) Aumentar el número de policías para atender la demanda de seguridad de la población; 3) Desarrollar acciones de prevención y rehabilitación para combatir las causas del crecimiento del delito”<sup>42</sup>. De estos lineamientos se desprenden las que podrían ser las bases para elaborar una política criminal en sentido amplio; es decir, que tanto en su formulación como en su configuración tenga carácter democrático y garantista. Indudablemente, en este desafío, quien tiene la última palabra, más allá de las declaraciones, es el actual gobierno.

37 Véase Cuéllar Cruz, Rigoberto, “El significado de la Reforma Procesal Penal en Honduras desde una perspectiva de política criminal: Una experiencia a compartir”, en: Revista Jurídica del INECIPH *Libertad y Poder*, vol. 2, año 2, p. 15.

38 *Idem*.

39 *La Tribuna*, 25 de febrero de 2006, Revista sabatina *Día 7*, p. 3ªA

40 *Idem*.

41 *Idem*.

42 *Diario Tiempo*, 2 de marzo de 2006, p. 3.

# Violencia contra la mujer

MARÍA FERNANDA CASTRO MENDOZA\*

*Debe entenderse por violencia contra la mujer cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado.*

Artículo 1 de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer (Convención de Belém do Pará)

La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer, adoptada en Belém do Pará, Brasil, el 9 de junio de 1994, en el vigésimo cuarto período ordinario de sesiones de la Asamblea General surge, entre otras razones, bajo la afirmación de que la violencia contra la mujer constituye una violación de los derechos humanos y las libertades fundamentales y limita total o parcialmente a la mujer el reconocimiento, goce y ejercicio de tales derechos; ante la preocupación porque la violencia contra la mujer es una ofensa a la dignidad humana y una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres; y en vista del convencimiento de que la eliminación de la violencia contra la mujer es indispensable para su desarrollo individual y social y su plena e igualitaria participación en todas las esferas de vida.

Entre los derechos protegidos por la Convención de Belém do Pará encontramos el derecho de toda mujer a una vida libre de violencia, tanto en el ámbito público

\* Abogada con orientación en Derecho Penal, especialista en Derechos Humanos por la Universidad Nacional Autónoma de Honduras y especialista en Derechos Humanos y Mujeres: Teoría y Práctica por la Universidad de Chile. Jueza de Tribunal de Sentencias de Francisco Morazán y El Paraíso. Capacitadora de la Escuela Judicial Francisco Salomón Jiménez Castro.

como en el privado<sup>1</sup>. En los países latinoamericanos, la mayor parte de los actos de violencia doméstica todavía se consideran como una cuestión privada. En consecuencia, no son denunciados, y no es posible conocer la verdadera magnitud del problema<sup>2</sup>.

El derecho de toda mujer a una vida libre de violencia incluye, entre otros:

- a. el derecho de la mujer a ser libre de toda forma de discriminación, y
- b. el derecho de la mujer a ser valorada y educada libre de patrones estereotipados de comportamiento y prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad o subordinación<sup>3</sup>.

Garantizar a la mujer una vida libre de violencia incluye analizar sus causas, consecuencias e impacto, prevenir y sancionar. El Estado debe preparar a sus agentes

- 1 Artículo 3 de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer (Convención de Belém do Pará).
- 2 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Tercer Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Colombia. OES/Ser.L/V/II.102 Doc. 9 rev. 1, 26 de febrero de 1999, p.30
- 3 Artículo 6 de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer.

funcionarios y funcionarias para lograr una eficiente y eficaz garantía de dicho derecho.

Siendo ésta una obligación del Estado, si realmente es consciente de la problemática que envuelve el fenómeno de la violencia contra la mujer, es su obligación interponer las acciones correspondientes para ejercer la persecución penal y a su vez aportar a la víctima asistencia no sólo legal, sino material, médica, psicológica y social para ella y sus descendientes, a pesar de que ella no esté dispuesta a acercarse. La colaboración debe ofrecerse por el Estado; si es buena, eso generará la confianza de las víctimas y no sólo de las que busquen apoyo del sistema, sino también de aquellas víctimas silentes que reconozcan la situación de violencia que están viviendo y, que a pesar de no haber denunciado aún su caso, puedan visualizar en las entidades estatales un recurso de asistencia que les brinde seguridad ante la toma de una decisión generadora de tantos cambios al nivel más primario, cual es la familia.

La Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder señala que el Estado sancionará la violencia, sin olvidar el cuidado y respeto que merece la víctima, la necesidad de aminorar las consecuencias dañinas del hecho, darles seguridad, prácticamente empoderarlas, lo que es aplicable en violencia de género.

Para darle el tratamiento adecuado a la mujer víctima de violencia, el Estado de Honduras, mediante la adopción de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer, convino en adoptar, en forma progresiva, medidas específicas, inclusive programas para fomentar la educación y capacitación del personal en la administración de justicia, policial y demás funcionarios encargados de la aplicación de la ley, así como del personal a cuyo cargo esté la aplicación de las políticas de prevención, sanción y eliminación de la violencia contra la mujer<sup>4</sup>. Sin embargo, pese al reconocimiento de la problemática que envuelve la violencia contra la mujer, lo alarmante que resultan las estadísticas sobre este fenómeno, aún y cuando la generali-

dad es que no se denuncie, y los convenios internacionales suscritos, en la actualidad, la violencia contra la mujer, pese a ser un problema social de increíble magnitud, no goza de la importancia debida.

Ante hechos que conmocionan a la sociedad entera, reiterada e inconscientemente se tiende a culpabilizar a la mujer: *¿Por qué no se separó de él, si tanto daño le ocasionaba?*, es lo que frecuentemente nos preguntamos. La trascendencia de formularnos esta pregunta es aún más grande, cuando proviene de los operadores de justicia, ya sea Policías, Fiscales, Psicólogos, Abogados y Jueces; ya que con ello se refleja la falta de sensibilización hacia el tema.

La respuesta puede abordarse desde varios aspectos íntimamente ligados: El primero, el **cultural**: Las mujeres son educadas para desempeñar los roles que la sociedad les ha impuesto. Ser mujer implica ser hija, ser madre y ser esposa; son éstas las funciones que representan el ser mujer y en la medida que coopere con las labores domésticas en el hogar que la formó, se encargue exclusivamente de las labores domésticas y crianza de sus hijas e hijos en el hogar que formó y atienda a su esposo, en esa medida se reconoce su plenitud. Terminar con una relación, en la que ha centrado sus expectativas de vida, es por tanto una decisión de asumir un fracaso, para el cual ninguna mujer está preparada.

El segundo aspecto es **social**: Ante el patrón cultural tan arraigado que define a la mujer en cuanto a su ámbito doméstico, el juzgamiento de la sociedad respecto a la separación de un hombre que en principio puede ser proveedor, y del que no se conoce públicamente su irrespeto dentro del hogar, porque es considerado un asunto íntimo que avergüenza a la víctima más que al propio agresor, es algo que muy pocas personas están dispuestas a enfrentar. La vergüenza de la víctima se suscita en virtud de la baja autoestima que ha traído como consecuencia el maltrato; en cambio, el hombre ve reforzada su virilidad mediante la agresión, la sujeción de ésta a su persona y el dominio de las diversas situaciones.

El tercer aspecto es **económico**: No podemos ignorar que Latinoamérica cuenta con los índices más altos de pobreza en el mundo y que Honduras se encuentra dentro de los cinco países más pobres del área y con menor

4 Artículo 8 c de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer.

grado de desarrollo humano. Dentro de la pobreza que como país nos agobia, los grupos vulnerables son los más afectados; uno de esos grupos es el de las mujeres, cuyo sometimiento y discriminación (aceptado socialmente), sumado a que una gran parte se ve ante situaciones de irresponsabilidad paterna que la llevan a enfrentar sola el sustento de la familia, lo que ante la carencia de una política pública seria sobre el tema de salud reproductiva, la escasa educación formal que han recibido y la rapidez con que se incrementa el alto costo de la vida, se torna cada día más difícil. Dejar el sustento seguro, por más crítica que sea la situación vivida, por la incertidumbre de lograr la subsistencia ya no personal, sino de los hijos e hijas, ciertamente no es una decisión fácil de tomar. Menos aún cuando no se cuenta con un lugar adónde ir, por no tener recursos económicos, trabajo o profesión en la que puedan desempeñarse, no contar sus familias con medios para acogerlas o por falta de instituciones estatales que sirvan de apoyo para preservar la integridad física y emocional de mujeres e hijos, en cumplimiento a la obligación que le asigna no sólo la Constitución de la República en su artículo 68, sino también a las que se encuentra internacionalmente impuesto por medio de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belem do Pará), entre otras.

Un cuarto aspecto, es el **psicológico**: El psicólogo español Andrés Montero, a partir de 1999, acuñó y desarrolló el término *Síndrome de Adaptación a la Violencia Doméstica*, conocido también como *Síndrome de Estocolmo*, que explica de la manera siguiente<sup>5</sup>:

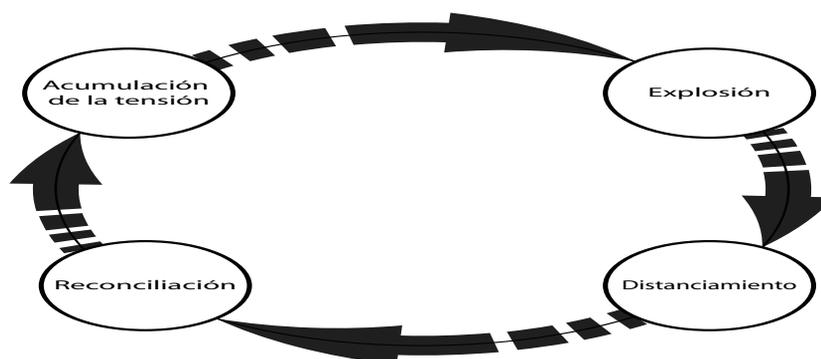
“Igual que las personas en períodos prolongados de aislamiento durante un secuestro, las mujeres maltratadas sufren una exposición constante al miedo que provoca la agresión física continuada en su espacio íntimo. Los iniciales estados agudos de ansiedad se cronifican pasando a generar cuadros depresivos que se unen a las claves traumáticas del escenario de violencia para producir una

configuración en donde la mujer, cada vez más aislada del mundo seguro que conocía junto a su pareja íntima, comienza a perder la noción de una realidad que ya no reconoce. La ruptura del espacio de seguridad en su intimidad, consecuencia de la conversión de su pareja de referente de seguridad y confianza a fuente de agresión y peligro, será el eje de desorientación sobre el que pivotará la incertidumbre acerca de cuándo y por qué se producirá la siguiente paliza. La mujer, ante estas perspectivas, pierde la capacidad de anticipar adecuadamente las consecuencias de su propia conducta y cede, cada vez más, a la presión de un estado de sumisión y entrega que le garantiza unas mínimas probabilidades de no errar en su comportamiento. El agresor mostrará momentos de arrepentimiento que contribuirán aún más a desorientar a la víctima y a incrementar la auto-culpabilización de la mujer.

La incapacidad de la víctima para poner en práctica recursos propios u obtener ayuda externa para disminuir el riesgo de agresión impulsará a la mujer a adaptarse, vinculándose paradójicamente a la única fuente que percibe de acción efectiva sobre el entorno: su pareja violenta. Para ello, disociará las experiencias negativas de las positivas y se concentrará en las últimas, asumiendo la parte de arrepentimiento de su agresor, sus deseos, motivaciones y excusas, y proyectando su propia culpa al exterior de la pareja, protegiendo así su debilitada autoestima y modificando su identidad. Después, cada una de las percepciones e informaciones que reciba la mujer pasarán por el filtro del nuevo modelo mental que ha asumido para explicar su situación, complicándose en gran medida las probabilidades de extraer a esa víctima del entorno de violencia. En mujeres con relaciones personales muy limitadas al espacio doméstico, cuyas oportunidades de intercambio en otros ámbitos estén restringidas, la percepción de su espacio vital puede ser bastante similar a la de un cautivo”.

5 Tomado de “Palabras y Conceptos Clave”, apartado creado por Mujeres en Red y AMECO (Asociación Española de Mujeres Profesionales de Medios de Comunicación) mujeresred@nodo50.org

## El ciclo de la violencia



Los ciclos de agresión pueden presentarse en una pareja en forma regular o estar separadas por diferentes períodos. Pueden aparecer tempranamente en la relación, puede ser al mes de estar conviviendo o tomar tiempo para aparecer, como puede ser después de varios años de convivencia (Batres, 1996)<sup>6</sup>.

El panorama emocional que atraviesa la mujer víctima de violencia, ha sido explicado a través de lo que se conoce como “El Ciclo de la Violencia-La Trampa”, en el Manual en módulos *Caminando hacia la igualdad real*, elaborado por las Naciones Unidas-ILANUD y UNIFEM, con lo que se intenta reflejar las emociones que se aprecian a lo largo del ciclo de la violencia y que nos llevan a entender ¿Por qué la mujer no se va?<sup>7</sup>. Entre la fase de acumulación de la tensión y la explosión, los sentimientos que experimenta la mujer son de angustia, ansiedad, miedo, desilusión, así que “evita provocación”.

La de explosión es el detonante para que requiera protección y entre en un estado de parálisis. Entre las

fases de explosión y distanciamiento, la mujer siente miedo, odio, impotencia, soledad, dolor. Es aquí cuando toma decisiones que bien pueden llevarla a la denuncia, separación o divorcio; busca ayuda, se esconde, se va de la casa, acude a grupos de apoyo, se aísla y, en el peor de los casos, se suicida.

El distanciamiento provoca una sensación de culpa, vergüenza, confusión, miedo, lástima propia, dolor. En medio del distanciamiento y la reconciliación se suscitan las renegociaciones, en las que generalmente la mujer cede en sus derechos y recursos y el hombre sólo promete cambiar. Luego de la reconciliación reaparece el miedo, pero esta vez acompañado de confusión, ilusión, lástima y culpa.

Tras abordar estos diferentes aspectos, podemos fácilmente situarnos en la posición de la mujer agredida y, con ello, plantearnos la necesidad de sensibilizar a las y los operadores de justicia, a fin de tener en cuenta que la aplicación del derecho debe contar con una transversalización genérica que no obligue a la mujer a justificar su no proceder y cuyo silencio se entienda como parte del proceso de violencia en que se encuentra inmersa y no como una demostración de hostilidad. Desarraigar culturalmente los patrones sexistas habituales no es realizable si la violencia contra la mujer no es combatida mediante el empoderamiento de la mujer, a través de la educación, del acceso al poder, de la intervención estatal, de la penalización, de la inserción de políticas públicas con enfoque de género y, sobre todo, con la sensibilización de agentes estatales para el tratamiento a la mujer víctima de violencia y la reeducación del agresor.

6 NACIONES UNIDAS-ILANUD y UNIFEM. *Caminando hacia la igualdad real*. Manual en módulos, dirigido a facilitadoras(es) de talleres para la capacitación de Juezas (es) en la Administración de Justicia con perspectiva de género, p.135. Tomado de: Batres M. Gioconda; Cortés de A. Alba Evelyn y Portugués C, Flor. *Manual de Lecturas para Cursos de Violencia Doméstica de las Academias de Policía*. San José, ILANUD, 1996.

7 *Ibíd.*, p. 141.

# El recurso de Hábeas data en Honduras:

Una primera aproximación tras la entrada en vigencia de la nueva  
Ley de Justicia Constitucional

CARLOS DAVID CÁLIX VALLECILLO\*

## SUMARIO:

I. Introducción. II. La incorporación de la figura del Hábeas Data en la Constitución hondureña. III. Algunas cuestiones relativas a la competencia y al procedimiento para sustanciar el recurso de Hábeas Data en la Ley de Justicia Constitucional. IV. Facultades que confiere el ejercicio de la acción de Hábeas Data.

## I. INTRODUCCIÓN

Gracias al vertiginoso desarrollo de las nuevas tecnologías, cada día es más fácil y menos costoso el acceso, tratamiento, almacenamiento y transmisión de la información; lo que a su vez genera nuevas oportunidades para su aprovechamiento en la creación de nuevas industrias, productos y servicios.

Sin embargo, paralelo a los beneficios que para la economía global trae el extraordinario desarrollo de los sistemas de almacenamiento y transmisión de la información, también hoy en día afrontamos los riesgos que del mal uso y tratamiento de ella pueda derivarse para la intimidad, buen honor y reputación de las personas.

En la sociedad de nuestros días los individuos aparecen registrados dentro de un conjunto de documentos, en los que se consignan datos relativos a su trayectoria vital, que van desde su nacimiento hasta su defunción;

documentos en los que se registran sus nombres y apellidos, estado civil, residencia o domicilio, fecha y lugar de nacimiento, historial clínico, hábitos sexuales, antecedentes policiales o judiciales, creencias religiosas, preferencias políticas, comportamiento financiero (hábitos de pago), ingreso a clubes deportivos o sociales, record escolar o universitario, etc..., información que constituye un cúmulo de datos, cuya divulgación sin previa autorización de su titular, puede acarrearle perjuicios en su intimidad y reputación.<sup>1</sup>

La institución del hábeas data nace, de este modo, como un mecanismo destinado a proteger la información de la persona, en poder o en manos de otros, permitiéndole el acceso a la misma, sea que se encuentre registrada en un banco de datos público o privado, de tal manera que si se acredita que tal información es falsa, incompleta, desactualizada, ha sido manipulada, o su divulgación puede acarrearle un trato discriminatorio, la persona afectada puede lograr que sea suprimida, rectificadas, modifi-

\* Abogado y Notario, D. de Especialización en Derecho Constitucional y Ciencias Políticas, Doctor en Derecho, Asistente de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

1 En este sentido, vid: Remolina Angarita, Nelson, "Centrales de información, hábeas data y protección de datos personales: avances, retos y elementos para su regulación", en: AAVV, Derecho de Internet & Telecomunicaciones, Editorial Legis, Bogotá, 2003, págs. 360 y ss.

cada, actualizada, o en su caso, que la divulgación de sus datos personales, sea detenida.<sup>2</sup>

El objeto de este trabajo es dar a conocer cuál es el tratamiento de esta figura en Honduras, sugiriendo al mismo tiempo cuáles son los principios generales que deben orientar su desenvolvimiento, atendiendo a las características especiales del marco constitucional y legal hondureño.

## II. LA INCORPORACIÓN DE LA FIGURA DEL HÁBEAS DATA EN LA CONSTITUCIÓN HONDUREÑA

Mediante Decreto No. 381-2005 del 20 de enero de 2006, el Congreso Nacional de la República aprobó en una primera legislatura la reforma del artículo 182 de nuestra Carta Magna<sup>3</sup>, incorporando la figura del *hábeas data*, junto a las ya preexistentes garantías constitucionales de *hábeas corpus* o de exhibición personal, acción de inconstitucionalidad, amparo y revisión.<sup>4</sup>

2 Vid. con más detalle, Ekmekdjian, Miguel Ángel / Calogero Pizzolo (h). El derecho a la intimidad frente a la revolución informática, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1996, págs. 21-23. Sagües, Néstor Pedro, Derecho Procesal Constitucional, Acción de Amparo, Tomo III, 4ª edición ampliada, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1995, pág. 678, explicando que "... conviene aclarar por qué y para qué está el habeas data. Su origen se explica en virtud del desarrollo del llamado *poder informático*. Quienes *hacen* informática (productor, gestor y distribuidor de datos) tienen generalmente protección constitucional de su actividad en las reglas que tutelan la libertad de comerciar, trabajar, propiedad, inviolabilidad de los papeles privados, etc... La situación no es la misma para los *registrados* en los archivos o bancos de datos, ya que éstos pueden contener información equivocada, antigua, falsa, o con potenciales fines discriminatorios, o lesiva del derecho a la intimidad de las personas. El *hábeas data* pretende dar una respuesta transaccional a los derechos constitucionales de *registrantes* y *registrados*, y atiende a cuestiones de fondo (los derechos de cada uno de aquéllos), y de forma (el tipo de procedimiento para asegurar tales derechos).

3 Decreto No. 243-2003, publicado en el Diario Oficial La Gaceta en su edición del día 17 de febrero de 2005.

Si bien es cierto que dicha reforma, —atendiendo al procedimiento previsto en nuestra Constitución, no entrará en vigor, y con ello tampoco las disposiciones relativas al *hábeas data*, contenidas en la Ley de Justicia Constitucional—, sino hasta que se produzca su ratificación en la siguiente legislatura, conviene hacer una primera aproximación sobre la configuración que dicho recurso tendrá, casi con toda probabilidad, en los mismos términos en que aparece regulado al tenor de lo establecido por el Decreto No. 381-2005, antes relacionado.<sup>5</sup>

*ARTÍCULO 182. El Estado reconoce las garantías de Hábeas Corpus o de Exhibición Personal, y de HÁBEAS DATA. En consecuencia en el Hábeas Corpus o Exhibición Personal, toda persona agraviada o cualquiera otra en nombre de ésta tiene derecho a promoverla; y en el Hábeas Data únicamente puede promoverla la persona cuyos datos personales o familiares consten en los archivos, registros públicos o privados de la manera siguiente:*

...2) EL HÁBEAS DATA: *Para tener acceso a la información, impedir su transmisión o divulgación, rectificar datos inexactos o erróneos, actualizar información, exigir confidencialidad y la eliminación de la información falsa; respecto de cualquier archivo o registro, privado o público, que conste en medios convencionales, electrónicos o informáticos, que produzcan daño al honor, a la intimidad personal, familiar*

4 El Decreto No. 381-2005, aprobado el día 20 de enero de 2006, aparece publicado en el Diario Oficial La Gaceta No. 30,920, del 4 de febrero de 2006.

5 Creo que el Decreto No. 381-2005, tendrá mejor suerte, que el Decreto No. 243-2003, mediante el cual se incorporaba la figura del *hábeas data* a la Constitución, pero que no entrara en vigor puesto que no fue ratificado en la siguiente legislatura a la de su aprobación, al parecer, y según informaciones que aparecen publicadas en la prensa nacional, por "errores de procedimiento y porque su oscura redacción provocó controversias entre varios sectores, por lo que fue necesaria devolverla a la comisión de dictamen para que la concertara de nuevo", vid. el artículo "*Diputados se echan para atrás*", edición electrónica del Diario La Prensa, del 11 de enero de 2006, en la sección titulada "El País" (noticias nacionales).

*y a la propia imagen. Esta garantía no afectará a las fuentes de información periodística.*

*Las acciones de Hábeas Corpus o de Hábeas Data se ejercerán sin necesidad de poder ni de formalidad alguna, verbalmente o por escrito, utilizando cualquier medio de comunicación, en horas o días hábiles e inhábiles y libre de costas. Únicamente conocerá de la garantía de Hábeas Data la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.*

*Los titulares de los órganos jurisdiccionales no podrán desechar estas acciones constitucionales y tienen la obligación ineludible de proceder de inmediato para hacer cesar la violación a la libertad, la seguridad personal, el honor, la intimidad personal, familiar o la propia imagen.*

Examinado el decreto de reforma antes transcrito, podemos afirmar que el hábeas data se configura como una garantía o mecanismo de protección de varios derechos fundamentales, frente a la eventual negligencia o a los posibles excesos que terceros puedan incurrir en la recolección, tratamiento y divulgación de datos personales.<sup>6</sup>

El constituyente hondureño, artífice de la Constitución vigente (1982), ha consagrado el hábeas corpus

6 Resulta interesante el planteamiento que hace Remolina Angarita, desde la perspectiva del Derecho colombiano, al afirmar que el hábeas data es un derecho fundamental en sí mismo y una garantía de protección de otros derechos fundamentales. De este modo, el hábeas data, en opinión del citado autor, constituye un derecho fundamental, de las personas jurídicas y de las personas naturales, claramente diferenciado del derecho a la intimidad, el buen nombre y otros derechos fundamentales, que les permite “conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan registrado sobre ellas en bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas”. Este derecho otorga a la persona la posibilidad jurídica de impedir que terceras personas usen datos falsos, erróneos o reservados y desvirtúen así su identidad o abusen del derecho a informar”, vid. Remolina Angarita, Nelson, “Centrales de información, hábeas data y protección de datos personales: avances, retos y elementos para su regulación”, op. cit, págs. 393-394.

como una garantía de nuestra Carta Magna, destinada a proteger la libertad de las personas. En la misma medida, con el decreto de reforma constitucional, aprobado en el seno del Congreso Nacional, el hábeas data va en camino de convertirse en una garantía con rango constitucional, como un mecanismo de protección y aseguramiento de derechos fundamentales (intimidad, información, buen nombre, honor, honra), posibilitando el cumplimiento del principio de efectividad de los derechos y deberes sociales; y en sintonía, con la declaración solemne en virtud de la cual se establece que, “*la persona humana es el fin supremo de la sociedad y del Estado*”. (Art. 59 de la Constitución hondureña).

### III. ALGUNAS CUESTIONES RELATIVAS A LA COMPETENCIA Y AL PROCEDIMIENTO PARA SUSTANCIAR EL RECURSO DE HÁBEAS DATA, EN LA LEY DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL

#### 1. Competencia

La Ley sobre Justicia Constitucional (LJC) ha sido aprobada mediante Decreto No. 244-2003 del 20 de enero de 2004, y publicada en el Diario Oficial La Gaceta, en su edición del 3 de septiembre de 2005.

En la LJC, la competencia judicial para conocer de los recursos de *amparo* y *hábeas corpus* es de carácter difuso, en el sentido de que no se atribuye la competencia exclusiva a la Corte Suprema de Justicia, sino que también a otros tribunales y juzgados de la República conforme a la distribución competencial que por razones de grado prevé la misma ley (vid. arts. 9, 10 y 11 LJC).

En cambio, cuando se trata de la acción de *hábeas data*, la LJC atribuye competencia exclusiva para su conocimiento, a la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema (vid. art. 13 No. 2, párrafo *in fine*).

En mi opinión, y en aras de garantizar el efectivo acceso de los ciudadanos a los Tribunales de Justicia para el ejercicio del recurso de hábeas data, sería deseable que de manera análoga a la competencia de carácter difuso prevista para el conocimiento y resolución del hábeas corpus y el amparo, se permitiera a los Juzgados y Tribunales

distintos a la Corte Suprema de Justicia, conocer, tramitar y decidir dicho recurso en el ámbito de sus respectivas competencias materiales y territoriales, lo que por otro lado también evitaría el enorme congestionamiento de asuntos que asedia hoy en día a los Tribunales y Salas de lo Constitucional en la mayoría de los países de nuestro entorno, y que a su vez impide en muchos casos la oportuna prestación de la tutela judicial efectiva a favor de ciudadanos afectados en el goce y disfrute de sus derechos fundamentales.

## 2. Aspectos procesales

*El Principio de Simplicidad* tiene un reconocimiento expreso cuando se establece que la acción de Hábeas Data se ejercerá sin necesidad de formalidad alguna, verbalmente o por escrito, utilizando cualquier medio de comunicación, en horas o días inhábiles y libre de costas (Art. 16 LJC).

*El Principio de oficiosidad* es previsto cuando se establece que, interpuesta cualquier de las acciones constitucionales, los órganos jurisdiccionales impulsarán de oficio todos los trámites (Art. 4 No.4, LJC).

*El Principio del formalismo moderado*, cuando se prevé que en la tramitación de la acción de hábeas data y las de amparo e inconstitucionalidad, prevalecerá el fondo sobre la forma, por lo que los defectos procesales no impedirán la expedita sustanciación de los asuntos, de tal manera que las partes podrán subsanar sus propios errores, siempre que fueren subsanables, sin perjuicio de que también lo haga de oficio el órgano jurisdiccional competente (Art. 4 No. 5 LJC).

En Honduras, el sistema de libre comparecencia constituye una excepción al de comparecencia obligatoria por medio de Abogado, que es la regla general. Siendo el hábeas data un recurso cuyo objeto de protección son derechos fundamentales de tanta relevancia como los relativos a la intimidad, el honor y la propia imagen, el legislador hondureño, a fin de garantizar el efectivo ejercicio de esa garantía, adopta por *vía de excepción* el sistema de libre comparecencia, al establecer que el hábeas data podrá ejercerse sin necesidad de poder, disposición que tiene un mayor

desarrollo en el artículo 16 de la LJC, donde se prevé que *“las acciones de hábeas corpus y de hábeas data se ejercerán sin necesidad de poder ni de formalidad alguna”*.

En lo que se refiere al procedimiento para sustanciar la acción de hábeas data, el artículo 40 párrafo segundo de la Ley de Justicia Constitucional prevé que, en la sustanciación de tal recurso, se observará el procedimiento establecido para el Hábeas Corpus o Exhibición Personal.

## IV. FACULTADES QUE CONFIERE EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN DE HÁBEAS DATA

El artículo 182 de la Constitución, reformado en primera legislatura, por el Decreto No. 81-2005, establece que el hábeas data únicamente puede promoverla la persona cuyos datos personales o familiares consten en archivos, registros públicos o privados de la manera siguiente: *para obtener acceso a la información; impedir su transmisión o divulgación, rectificar datos inexactos o erróneos, actualizar información, exigir confidencialidad y la eliminación de información falsa; respecto de cualquier archivo o registro, privado o público...*

Por su parte, el artículo 13 No. 2 párrafo primero de la LJC, establece que *“...toda persona tiene derecho a acceder a la información sobre sí misma o sus bienes en forma expedita y no onerosa, ya esté contenida en bases de datos, registros públicos o privados, y en caso de que fuere necesario, actualizarla, rectificarla y/o enmendarla”*.

Tomando como punto de partida lo dispuesto en los preceptos antes señalados, podemos afirmar que la garantía constitucional del hábeas data permitirá el efectivo ejercicio de los derechos de *acceso, actualización, rectificación, enmienda, eliminación, y confidencialidad de la información*. A ellos nos referiremos a continuación.

### a) Derecho de Acceso

Por medio de éste se permite al afectado averiguar o indagar sobre el contenido de la información que a él se refiere, cuando ésta se encuentra registrada en un banco de datos, sea manual, electrónico o informatizado.

En la doctrina, se han planteado interesantes problemas relativos a si el acceso comprende o no, el derecho

de los interesados a acceder físicamente o *in situ* a los registros o bancos de datos, y en qué momento los datos personales pueden ser objeto del derecho de acceso.

Respecto a la primera cuestión, estimo que la respuesta ha de ser afirmativa, puesto que de optar por la solución contraria, dependería de la buena o mala fe del titular del banco de datos, el cumplimiento cabal del derecho de acceso, con lo cual éste podría ser fácilmente burlado. En cuanto a lo segundo, el derecho nace a mi juicio, desde el momento en que los datos son incorporados al registro correspondiente.<sup>7</sup>

### b) *Derecho de rectificación*

Desde mi punto de vista, el derecho de enmienda equivale y por ende se asimila al de rectificación. El Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, entre otras acepciones del término *enmendar*, refiere los de “rectificar un tribunal superior la sentencia dada por él mismo, y de que suplicó alguna de las partes”, y la de “corregir, quitar defectos”, y en cuanto al verbo *rectificar* señala las de “modificar la propia opinión que se ha expuesto antes”, “corregir las imperfecciones, errores o defectos de una cosa ya hecha” y “*enmendar* uno sus actos o su proceder”.

Dicho esto, entendemos que por medio de la rectificación se busca la precisión o la fidelidad en los datos, siendo una variante de este derecho, la *actualización*. Así, por medio del hábeas data puede solicitarse que en los registros públicos correspondientes figuren la sentencia absolutoria o el sobreseimiento que habiendo sido comunicados, no han sido anotados en los mismos, o de igual modo en el caso de los registros privados, cuando figurando en ellos una persona como deudora o quebrada, ésta ha dejado de tener tal estado.

### c) *El derecho de eliminación o supresión*

Mediante el ejercicio del derecho de eliminación o supresión, se busca eliminar el dato erróneo, falso o discriminatorio que afecta la verdad o la igualdad en perjuicio del afectado.

7 En este sentido vid. Ekmekdjian, Miguel Ángel y Calogero Pizzolo (h), Hábeas data. El derecho a la intimidad frente a la revolución informática, op. cit., pág. 68.

En pleno desarrollo de la era digital la información tiene un gran valor, de tal manera que su uso y comercialización constituye el principal negocio de muchas empresas. En este sentido el borrado o supresión del dato puede suponer el enfrentamiento entre el derecho de propiedad del operador del banco de datos y la privacidad del individuo registrado.

El Juez que conoce del hábeas data deberá ponderar y valorar ambos intereses contrapuestos, ordenando la supresión o eliminación del dato cuando se concluya que el dato es falso o que causa algún perjuicio.

Resultan particularmente interesantes las cuestiones relativas al denominado “derecho al olvido” o caducidad del dato, de tal manera que la información asociada a una situación negativa, no querida, perjudicial, socialmente reprobada o simplemente desfavorable al nombre de una persona, como por ejemplo la relativa al estado de morosidad en una época determinada, o la cancelación de una orden de aprehensión, debe ser eliminada o suprimida, pasado cierto tiempo; pues de otro modo la conservación de tales datos negativos puede suponer una especie de sanción con vocación de perennidad. En este sentido la información negativa no debe estar incorporada a la base de datos de manera indefinida, sino durante un período de tiempo no superior al necesario para los fines que justificaron su almacenamiento.<sup>8</sup>

### d) *Sobre el derecho de preservar la confidencialidad*

El artículo 182 de la Constitución reformado, amplía el espectro de derechos o facultades que, conforme a la Ley de Justicia Constitucional, comprende el ejercicio del hábeas data, al establecer que tal garantía permite: *impedir la transmisión o divulgación de información*, así como también exigir su *confidencialidad*.

El Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, establece que el término *confidencial* alude a lo

8 Sobre este aspecto vid. con más detalle, Remolina Angarita, “Centrales de información, hábeas data y protección de datos personales: avances, retos y elementos para su regulación”, op. cit., págs. 405 y ss.

“que se hace o dice en confianza o seguridad recíproca entre dos o más personas”, y que la confidencia se refiere a la “revelación secreta” o a la “noticia reservada”. De este modo, entiendo que exigir la *confidencialidad* lleva consigo o de manera implícita *impedir la transmisión o divulgación* de datos que deben mantenerse en secreto o reserva, de ahí que, en mi opinión, uno y otro derecho son coincidentes.

Por medio de la confidencialidad, el individuo busca proteger la difusión de datos sensibles, como por ejemplo los relativos a las enfermedades que figuran en su historial clínico, o de impedir la identificación de un portador de HIV con arreglo a lo que prescribe la ley respectiva.

Muy interesantes resultaron las controversias producidas antes de la aprobación de la ley, surgidas por la posición asumida desde algunos sectores de la prensa, quienes entendían que el habeas data podía ser instrumentalizado para atentar contra la confidencialidad de las fuentes de información periodística. Para disipar esos temores, el Decreto de reforma constitucional, recientemente aprobado por el Congreso Nacional, establece que “*esta garantía no afectará el secreto de las fuentes de información periodística*”.

En torno a esta cuestión, Sagües señala que en su país, Argentina, previo a la incorporación de la figura del habeas data en el artículo 43 de la Constitución<sup>10</sup> se planteaba el debate en torno a la posibilidad de incompatibilidad entre tal recurso y la libertad de expresión, por el riesgo que podía suponer el que se empleara el habeas data para borrar datos de los archivos de prensa y aún más, que fuera utilizado como censura previa.

Como producto de ese debate, finalmente se consignó en el texto fundamental argentino que, con el habeas

data, “*no podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística*”.<sup>11</sup>

Coincido con el citado autor, en cuanto a que si bien es cierto que la norma constitucional, únicamente alude a la salvaguarda de las *fuentes* de información periodística, y no a la de los *datos* que obran en los registros periodísticos, debe entenderse que a través de la garantía de hábeas data no puede vulnerarse el libre ejercicio de la libertad de expresión, de tal modo que dichos datos no pueden ser afectados por el ejercicio de esa garantía, debiendo primar en consecuencia, la libertad de expresión por el carácter sistémico que tiene, como elemento indispensable para el flujo y libre difusión de las ideas en un régimen democrático.

La figura del habeas data en Honduras se encuentra, por así decirlo, en una etapa embrionaria, tomando en cuenta que no ha sido sino hasta hace pocos días que se aprobó en el Congreso Nacional y en primera legislatura, la reforma mediante la cual se incluye tal recurso dentro de las garantías previstas por la Carta Magna, y cuya ratificación ulterior dará paso a la vigencia de las disposiciones legales correspondientes, contenidas en la Ley de Justicia Constitucional.

En todo caso, y una vez que la garantía de habeas data entre en vigor, aspiramos a que la misma pueda estar a la altura de las exigencias que demandan los ciudadanos de un Estado de Derecho; pero sobre todo que el sistema de justicia constitucional, encargado de su efectiva aplicación, pueda estar a la altura de las expectativas que guardan dichos ciudadanos, dado el papel protagónico que los Juzgados y Tribunales, deben asumir, al tutelar, proteger o asegurar, derechos tan relevantes para la persona, como son los relativos a la intimidad personal y familiar, al honor y a la propia imagen, frente al enorme poder detentado hoy en día, por quienes tienen en sus manos el control de los sistemas de almacenamiento y tratamiento de datos personales.

9 El artículo 43 de la Constitución argentina establece que: “toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley...”. *...toda persona podrá interponer esta acción para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad, que consten en registros o bancos de datos*

*públicos, o los privados destinados a proveer informes, y en caso de falsedad o discriminación, para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquéllos. No podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística”.*

10 Vid. Sagües, Néstor Pedro. Derecho Procesal Constitucional, Acción de Amparo, 4ª edición, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1995, págs. 683-684

# La sentencia judicial en una sociedad democrática y la nueva Ley de la Carrera Judicial

JORGE ALBERTO BURGOS CÓRDOVA\*

Se ha dicho, tradicionalmente, que los jueces son meros ejecutores ciegos de la ley. ¡Qué falacia! En realidad, los buenos jueces se constituyen en auténticos agentes de cambio social, en tanto que su función pública no se agota con la simple aplicación de las normas generales al caso concreto, sino que va mucho más allá. La voz de la diosa Temis, equivocada o no, se deja escuchar cada vez que se inicia y concluye la lectura y notificación en estrados de una sentencia frente a las partes y al público presente.

La estructura y contenido filosófico-científico de la sentencia judicial es en esencia producto de la deliberación y síntesis hermenéutica de los Jueces del Tribunal, por lo que es una “interpretación casuística” de la ley general y abstracta al caso concreto, que se califica por sus valoraciones fácticas y jurídicas, razonamientos e inferencias lógicas, sus citas doctrinales que transfieren vida propia a la ciencia del Derecho. Se trata entonces de una labor reservada a seres selectos, cual ingeniosos arquitectos y por designio divino han debido dar figura terrenal a la autoridad sobre los hombres y mujeres de una nación.

Los juzgadores, al resolver cada asunto sometido a su conocimiento, deben esforzarse en extender sus motivaciones a una correcta interpretación de la ley, tratando

de ajustar las particularidades del asunto a la cultura jurídica y valores del contexto social que, lejos de ser estático e inmutable, se sabe que es evolutivo y cambiante, a manera de constituirse en auténticos “agentes de cambio” en la conformación de las ideas y de la conciencia jurídica colectiva.

Se espera que con las sentencias judiciales se abran nuevos horizontes democráticos no sólo a los beneficiarios directos de la justicia que a diario acuden a las instancias judiciales en búsqueda de Justicia, sino también al conglomerado en general, de manera que la gente común también pueda identificarse o no con el pensamiento judicial de sus operadores de justicia en su labor de juzgamiento, los que dentro de una idiosincrasia hemos decidido ofrecer en nuestros fallos más que un simple producto de la legalidad estricta.

Es por eso que el contenido material de las sentencias debe ser conocido ampliamente y sin cortapisas, superando todos los paradigmas de secretividad, para ser comunicados al público sin complejos, con el único interés de someterlo a la crítica. Debería ser éste el propósito inmediato de las sentencias judiciales, para garantizar de esta forma el libre juego de ideas y la evolución del Derecho, superando el limitado interés de las partes litigiosas.

Sin desestimar la posible referencia jurisprudencial, es necesario que las sentencias se conviertan en objeto de estudio no sólo para los estudiantes de la carrera de Dere-

---

\* Abogado, Juez de Tribunal de Sentencia de Tegucigalpa en funciones de Asistente de Magistrado de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia.

cho, sino también para los mismos operadores judiciales, para hacer de ésta un producto intelectual emulable y perfectible, sin que sea óbice para efectos de aprendizaje, que la sentencia publicada esté firme o no.

La publicidad, como postulado del sistema procesal acusatorio, tiene claras connotaciones políticas y culturales, a lo interno, como a lo externo del propio órgano jurisdiccional. A lo interno, los fallos quedan expuestos, como es natural, a los recursos judiciales, es decir a la crítica legal y razonada de la parte afectada por la decisión, quien argumenta normalmente contra la misma por considerarla injusta y contraria a legalidad. A lo externo, a la crítica del resto de la sociedad, no directamente vinculada a la decisión, pero interesada legítimamente en ella, cuyo interés no debe interpretarse como negativo, ni contrario al interés procesal de las partes, pues da contenido al propósito de “transparencia y participación ciudadana” en la administración de justicia.

Como ha quedado expresado, es aconsejable que las sentencias sean ampliamente conocidas y además sometidas a un amplio y desprejuiciado estudio también por los mismos operadores de justicia, ajenos al conflicto, no con afán de influenciar sus resoluciones a futuro, sino consolidar su formación profesional, en el marco de una sociedad democrática, caracterizada por el libre juego de ideas, congruente con el ejercicio legítimo de una “libertad ideológica”.

No se espera que los Jueces, como auténticos baluartes de la conciencia nacional, hagan depender sus valoraciones judiciales a la simple percepción de ideas circundantes, que en manera alguna les son vinculantes. Éstos no deben temer a escuchar deliberaciones, o aun a participar en estos temas de manera general e inespecífica, ya sea en foros, conferencias, congresos, cursos de capacitación, aulas universitarias y demás, siempre que se haga con fines altruistas y benéficos, sobre aspectos eminentemente científicos. No debería verse su participación en esta clase de audiencias públicas como atentatorias contra la libre formación de su propio criterio judicial, pues en tanto que sea sólida su formación y cultura jurídica, deberían éstos poder ser capaces de asimilar todos los puntos de vista, y de alejar posibles prejuizgamientos, que

puedan ser utilizados por los interesados para alegar causas de recusación, y menos aún que puedan ser invocados por los mismos Jueces, como causa de excusa, por estimar que atentan contra su independencia judicial, pues la ley los faculta a separarse de cualquier concepto interesado o prejuicio inducido, siempre que sus resoluciones sean motivadas y debidamente fundadas en ley.

Los Jueces no son entidades ajenas al contexto social, ni deben aspirar a mantenerse al margen de la sociedad; por el contrario, son verdaderos agentes de cambio, tendientes a integrarse activa y creativamente a su evolución, en cualquier ámbito donde se encuentren, sin que dicha anexión natural cause prejuicio o predisposición. Debemos entonces tener claro que no son seres neutros, sino que, por el contrario, parte integral y necesaria en la formación de las ideas preponderantes en la sociedad en general, por lo que pueden ser políticamente conservadores o liberales, sin que ello deba desmerecer su función.

Por lo anterior decimos que aun cuando una sentencia no esté firme, entendiéndose por ello, que sea posible a los interesados poderla enervar mediante el ejercicio oportuno de los recursos legales, que el contenido de las sentencias deba conservarse ocultas. No es propio, ni aconsejable, que después de leídas se pretenda mantener dichas sentencias publicadas en la oscuridad de los cajones judiciales, para con ello no afectar a las partes y evitar la crítica de ciudadanos de este país. Ello atenta contra el principio de publicidad, de libertad de expresión y de libre formación del pensamiento.

En congruencia con lo anterior, que un Juez honrado y responsable haya llevado a discusión a un evento de capacitación judicial una sentencia sin estar firme, con ánimo académico para someterla a discusión de sus pares, a solicitud de la entidad encargada oficialmente de la formación Judicial, en manera alguna ha debido ser interpretada como atentatoria a la ética judicial, de acuerdo a los nuevos parámetros de la justicia penal pública, no debía haber sido tenida jamás como una forma encubierta e interesada de defender posturas o señalar defectos públicamente, tampoco algunos de los jueces involucrados debían haberse sentido afectados por la simple exposición de su sentencia a la crítica académica de sus

compañeros, sea ésta a favor o en contra, o haber sido aprobada como causa legítima de recusación, sino que por el contrario, debía haberse percibido como el ejercicio del derecho a la libertad de expresión, en el marco de una sociedad libre y democrática, fundada en los principios de tolerancia, libertad, publicidad de la justicia, transparencia y participación ciudadana.

Haber sancionado disciplinariamente con un llamado de atención a ese Juez sirviéndose de argumentos débiles y cuestionables, como los de atentar contra la ética judicial y la dignidad de la administración de la justicia, ha sido interpretado por los entendidos en la materia como un mal precedente y una restricción al ejercicio legítimo de derechos amparados por la Constitución de la República.

No se trata simplemente de un asunto de aplicación indebida de leyes notoriamente obsoletas, como lo es la actual Ley de la Carrera Judicial; se trata también de la aplicación indebida de leyes desfasadas a los operadores de justicia, pero a la vez en forma desvinculada y ajena al contexto social en que vivimos, el cual desde la puesta en vigencia del nuevo Código Procesal Penal, en febrero de 2002, que da vida a los principios constitucionales, se encuentra inmerso de toda clase de derechos y garantías a las personas sometidas a juzgamiento en todos los ámbitos del Derecho, incluyendo el administrativo.

Ya no se concibe que se pretenda juzgar disciplinariamente a un Juez de la República por supuestas faltas

disciplinarias ocultándole el expediente, impidiéndole leer las declaraciones o las pruebas que pesan en su contra, ocultando quiénes son sus acusadores y de qué se le acusa; impidiéndole estudiar el caso, o contar con un abogado defensor con experiencia en este tipo de asuntos, en sesiones privadas por personal subalterno, delegado y sin suficiente independencia, sin que se le haya comunicado con la debida antelación y por escrito la resolución de la Inspectoría que declara con lugar la queja y que formaliza los cargos y de la fecha de celebración de la audiencia de descargos, todo con la finalidad de preparar su defensa. Ese tipo de procedimiento escrito, secreto y delegado sí atenta contra la dignidad de la Justicia aplicada a los propios Jueces.

Por lo anterior, reconocemos la necesidad que el Congreso Nacional de la República estudie a profundidad y con la debida seriedad el proyecto de Ley de la Carrera Judicial y del Consejo de la Judicatura, antes de su aprobación, haciéndose acompañar de funcionarios representativos que, preferiblemente, sean conocedores de propia mano de las deficiencias del procedimiento administrativo relacionado y que, a la vez, colaboren intensamente con los legisladores para adecuar la ley en cuestión a los tiempos en que vivimos, y de esta forma rodear a los jueces al momento de ser objeto de procedimiento disciplinario, de todos los derechos y garantías.

# Sentencia de la Sala de lo Constitucional en torno a la situación de las personas privadas de libertad

LA SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA en sentencia de fecha seis de enero de dos mil seis dictada en el Recurso de Exhibición Personal, interpuesto ante este Tribunal, en fecha diez (10) de mayo de dos mil cinco (2005), por la Abogada ENNY WALESKA ESTRADA, mayor de edad, hondureña y de éste domicilio, en su condición de Fiscal del Ministerio Público, adscrita a la Fiscalía de Derechos Humanos, a favor de las personas privadas de libertad en la Penitenciaría Nacional “Marco Aurelio Soto”, con sede en la aldea de Támara, jurisdicción del Municipio del Distrito Central; contra la Secretaría de Estado en el Despacho de Seguridad, por considerar la recurrente que en el centro penitenciario referido, se violentan los artículos 86 y 89 de la Constitución de la República, falló otorgando dicho recurso con base en las siguientes consideraciones:

“...**CONSIDERANDO:** Que los centros penitenciarios son instrumentos importantes para la realización de una política criminal, que tenga como fin último, la búsqueda de la defensa del orden social, mediante la reeducación y reinserción social de todos aquellos individuos que habiendo delinquido, son sometidos coactivamente a un programa rehabilitador que le brinde la oportunidad para volver a la sociedad como persona útil, sumisa a la ley y respetuosa de sus semejantes. **CONSIDERANDO:** Que el Estado de Honduras se encuentra constitucionalmente obligado a brindar protección a todos sus habitantes sin excepción; a la vez, garantizarles el goce de la justicia, la cultura y el bienestar económico y social. **CONSIDERANDO:** Que este deber estatal adquiere especial significado cuando se trate de sectores menos favorecidos o marginados de la población, tal como sucede con los privados de libertad en la Penitenciaría

Nacional Marco Aurelio Soto, según ha quedado evidenciado con la garantía constitucional de exhibición personal de mérito.<sup>1</sup> **CONSIDERANDO:** Que con el informe de la jueza ejecutora y la inspección *in situ* se ha constatado que las personas privadas de libertad en la Penitenciaría Nacional Marco Aurelio Soto, viven en condiciones precarias y hacinamiento<sup>2</sup>, desprovistos de elementales medios para satisfacer sus necesidades humanas básicas, carecen de acceso permanente a fuentes de agua potable, alimentación sana (variada, balanceada y nutritiva), una cama para el descanso o colchón en su defecto, atención médica eficiente (preventiva y curativa); los dormitorios carecen de luz y ventilación natural, además están desprovistas de instalaciones sanitarias higiénicas; no cuentan con espacios físicos para la práctica de deportes y recreación, programas educativos y formativos además de programas laborales que permitan su reinserción positiva en la sociedad. **CONSIDERANDO:** Que mediante la inspección *in situ* practicada por la Sala de lo Constitucional y el Comisionado Nacional de los Derechos Humanos, se constató que en cumplimiento a las recomen-

- 1 Vid. Artículos: 8 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el artículo 18 se refiere al Derecho de Justicia, para el cual requiere de la adopción de un procedimiento sencillo y breve que ampare al individuo en sus derechos fundamentales de los actos de la autoridad. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone similar idea en el artículo 2 numeral 3.
- 2 La Penitenciaría Nacional Marco Aurelio Soto cuenta con una capacidad máxima de mil ochocientos internos; en el momento de la inspección se constató que había 3,245 internos; o sea, más del doble de su capacidad.

daciones hechas por la jueza ejecutora en su informe, las autoridades de la Penitenciaría, remodelaron la celda conocida como “La Leonera” ampliándola y dotándola de agua potable y servicio sanitario; además se redujo el número de internos para habitarla, entregándole a cada uno de ellos su respectivo colchón. Además se apreció el avance en la construcción de las celdas en virtud del Proyecto ESCORPIÓN; asimismo se observó que los turnos de vigilancia se duplicaron. **CONSIDERANDO:** Que en el campo de la seguridad, ha quedado establecida la vulnerabilidad de los privados de libertad, al no contar con garantías básicas para el resguardo y respeto de sus vidas e integridad; el escaso personal asignado para brindar seguridad en la cárcel no cuenta con la debida instrucción profesional y carece del equipo mínimo requerido. **CONSIDERANDO:** Que una de las razones del Estado de Honduras, para mantener las actuales condiciones de vida dentro de la Penitenciaría Nacional, se debe, a la inobservancia del artículo 87 de la Constitución de la República que literalmente dispone: “Las cárceles son establecimientos de seguridad y defensa social. Se procurará en ellas la rehabilitación del recluso y su preparación para el trabajo”, ésta inobservancia conlleva a la aplicación de un criterio reduccionista del concepto de sanción penal, distorsionando el concepto de reclusión a castigo, por lo que el privado de libertad es separado de la sociedad y abandonado a su suerte dentro de lugares sin condiciones que le permitan una estancia digna como ser humano; tornando entonces dicha sanción penal a una mera vindicta social en contra de quien ha cometido delito, olvidando el aspecto constitucionalmente dispuesto, referido a la rehabilitación o resocialización del individuo. En consecuencia, el Estado deberá reorientar su política bajo la óptica del respeto a la dignidad humana, y por ende asumir que la pena, desde un punto de vista ontológico y teleológico, es un procedimiento destinado a lograr la reeducación o resocialización del interno, tendente a obtener del sujeto la predisposición para motivarse conforme a la norma a través del correcto manejo de su libertad.<sup>3</sup> **CONSIDERANDO:** Que el Estado de Honduras al mantener las condiciones actuales de los privados de libertad en la Penitenciaría Nacional Marco Aurelio Soto, quebranta la Constitución de la República, al someter a

dichos ciudadanos a una situación contraria a su dignidad humana.<sup>4</sup> Por lo que debe actuar de inmediato para que no persistan condiciones que lindan con tratos crueles e inhumanos, que comprometen la integridad física, síquica y moral de cada una de las personas que se encuentran bajo su custodia. Por otra parte, debe tomarse en cuenta que la función de las cárceles prevista en nuestra constitución, podrá ser cumplida únicamente, si se brindan condiciones que eleven la autoestima de los internos y les provean oportunidades y expectativas para una vida mejor al momento de recuperar la libertad, tomando como premisa básica que las condiciones de vida en un establecimiento penitenciario tiene una importancia considerable para la rehabilitación de los internos; y ésta depende tanto de las condiciones en que se encuentran las instalaciones que los albergan, como de las actividades ocupacionales que realicen y las relaciones entre los internos y el personal que les brinda atención en el establecimiento. **CONSIDERANDO:** Que es imperativo asegurar el respeto a los derechos fundamentales de las personas privadas de libertad y estimando que la Ley de Rehabilitación del Delincuente contiene los parámetros necesarios para alcanzar dicho propósito, se debe de manera inmediata observar y por ende implementar la misma en todo su contenido, sin perjuicio de la aprobación futura del Proyecto de Ley Penitenciaría. **CONSIDERANDO:** Que aparejado a lo anterior y como complemento al mandato constitucional y lo prescrito en los instrumentos internacionales de derechos humanos se deben observar las “Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos,<sup>5</sup>” en las que se establecen los lineamientos que deben ser aplicados en salvaguarda de una buena organización y administración penitenciaria. **CONSIDERANDO:** Que en atención a lo expuesto, la Sala de lo Constitucional concluye que la Secretaría de Estado en el

4 Vid el párrafo final del artículo 68, que ratifica esta protección al ordenar: “Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.”

5 Adoptadas por el primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955, y aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones 663C XXIV de 31 de julio de 1957 y 2076 LXII de 13 de mayo de 1977.

3 Rogelio Moreno Rodríguez. *Diccionario de Ciencias Penales*.

Despacho de Seguridad, como institución de la administración pública centralizada, encargada de la formulación de la política nacional de seguridad interior y de la custodia y administración de centros penitenciarios para adultos, deberá en el término prudencial de un año hacer las provisiones necesarias para que la Penitenciaría Nacional Marco Aurelio Soto, cuente con: 1) Dotación permanente de agua potable y de instalaciones sanitarias adecuadas para el aseo personal en condiciones de dignidad. 2) Espacio físico adecuado con luz y ventilación abundante, 3) Alimentación con calorías y nutrientes básicos. 4) Una cama digna. 5) Servicio médico y psicológico brindado por personal adecuado, con énfasis en la prevención y el aprovisionamiento de instalaciones físicas dignas y recursos suficientes. 6) Diseño de programas educativos y laborales, para el desarrollo de trabajo en el interior del centro. 7) Sistema de quejas, mediante los cuales los internos puedan hacer peticiones a las autoridades. 8) Dotar de mecanismos eficaces para evitar la introducción o elaboración de armas de cualquier tipo para garantizar la vida e integridad de los internos, además proceder a la investigación inmediata, para esclarecer las muertes violentas ocurridas al interior de los centros, a fin de llevar los casos a los tribunales. 9) Diseño de programas de adiestramiento de personal de seguridad y carcelario, encaminadas a crear una cultura institucional de conocimiento y respeto de las normas de derechos humanos. **CONSIDERANDO:** Que a la luz del derecho constitucional, es imperioso canalizar el presupuesto necesario para convertir las prisiones, en centros donde los derechos fundamentales tengan vigencia y eficacia, desde luego la Sala de lo Constitucional esta consciente, de que el gasto público en el mejoramiento de la situación carcelaria en el país, acarrea necesariamente disminución de la inversión en otros campos; sin embargo, la Sala también considera, que el sacrificio que ello impone sobre los demás ciudadanos, es en aras del cumplimiento de las disposiciones constitucionales, con lo cual se devolverá a la sociedad hondureña ciudadanos útiles mediante la resocialización. **CONSIDERANDO:** Que las condiciones en las que permanecen los privados de libertad en la Penitenciaría Nacional Marco Aurelio Soto, señaladas por la Juez ejecutora nombrada al efecto y constatadas mediante la inspección practicada *in situ* son constitutivas de vejámenes en perjuicio de la seguridad individual de esta población pe-

nitenciaria, por tanto vulneran lo establecido en el numeral 2 del artículo 182 de la Constitución de la República. **CONSIDERANDO:** Que al quedar demostrada la vulneración a la norma antes señalada, es procedente otorgar la garantía de Exhibición Personal a efecto de que se les restituya en el goce y disfrute de los mismos. **POR TANTO:** La Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, como intérprete último y definitivo de la Constitución de la República, en nombre del Estado de Honduras, **POR UNANIMIDAD** de votos y haciendo aplicación de los artículos números: 1, 16 párrafo *in fine*, 59, 60, 61, 63, 65, 68, 80, 82, 85, 86, 87, 303, 304, 313 atribución 5ta. , 316 numeral 1 y 321 de la Constitución de la República; 1, 2, 3, 5, 8 Y 30 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; 2, 3, 5, 6, 7, 10 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos; Principios Básicos para el Tratamiento de los Reclusos; 1, 2, 11, 12, 18, 24, 25 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 1, 2, 4, 5, 24 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 1, 74 y 78 atribución 5 de la Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales; 11, 13, 14, 16, 17, 19, 24, 32 y 41 de la Ley de Amparo, **FALLA: OTORGANDO** la Garantía de Exhibición Personal interpuesta a favor de las personas privadas de libertad en la Penitenciaría Nacional “Marco Aurelio Soto”, en consecuencia **ORDENA:** 1. Que la autoridad recurrida, Secretaría de Estado en el Despacho de Seguridad, en el plazo de un año a partir de la ejecutoriedad de esta sentencia, tome las medidas necesarias para hacer cesar las violaciones a los derechos humanos de los internos, acatando las disposiciones de esta sentencia. 2. Instar a los Poderes Ejecutivo y Legislativo a efecto de que diseñen y ejecuten una política pública en materia penitenciaria acorde al mandato constitucional y de cumplimiento a los instrumentos internacionales de derechos humanos. 3. Instar al Ministerio Público y al Comisionado Nacional de los Derechos Humanos para que en cumplimiento de sus atribuciones constitucionales y legales, vigilen el diseño y ejecución de la política penitenciaria ordenada. **Y MAN- DA:** Que previa certificación de este fallo para su ejecución, se archiven las presentes diligencias. Redactó la Magistrada **DUBÓN VILLEDA DE FLORES...**”.



## **Le invitamos a escribir en la Revista *Justicia***

Serán bienvenidos los artículos o ensayos sobre cualquier materia de la ciencia del Derecho y de otras disciplinas relacionadas con la Justicia y los Derechos Humanos.

### **Requisitos:**

- Para trabajos sobre Doctrina, una extensión máxima de 20 cuartillas o páginas; y, para otros artículos o ensayos, una extensión máxima de 15 cuartillas.
- Las páginas deberán contener un máximo de 25 líneas.
- Las citas bibliográficas y demás referencias se consignarán en notas de pie de página.
- Deberán acompañarse con un resumen sobre el contenido, no mayor de 15 líneas.
- Los trabajos se enviarán en archivo adjunto, formato Word a:

**Consejo de Redacción de la Revista *Justicia***

E-mail: [cejhonduras@gmail.com](mailto:cejhonduras@gmail.com)

# *Palabras para compartir*

Tegucigalpa, Honduras, 21 de marzo de 2006

Estimados amigos y amigas  
Centro de Estudios Jurídicos de Honduras:

Con mucha alegría el Centro de Investigación y Promoción de los Derechos Humanos, CIPRODEH, recibe la noticia del nacimiento a la vida organizacional del Centro de Estudios Jurídicos de Honduras y de la publicación de la primera edición de su revista JUSTICIA, pues sabemos de su horizonte de incentivar la investigación y publicación académica, pero también de estimular la solidaridad hacia y entre los operadores de justicia hondureños, con especial énfasis en los jueces de lo penal, quienes día a día asumen el reto de garantizar seguridad ciudadana con respeto a las libertades individuales garantizadas por nuestra Constitución de la República y los tratados internacionales.

Para CIPRODEH la creación del Centro de Estudios Jurídicos es un aliciente a la ciudadanía organizada ya que expresa el compromiso de los propios actores del sector justicia en el fortalecimiento de su independencia judicial, funcional y técnica con miras a entregar a la sociedad una justicia de calidad, pronta e imparcial.

Animamos a los fundadores e integrantes de esta iniciativa a mantener sus esfuerzos de investigación, formación, organización y solidaridad interna, pero principalmente les alentamos a establecer puentes de comunicación con las diversas expresiones de sociedad civil, pues uno de los grandes desafíos de los operadores de justicia es acercarse a las visiones que los ciudadanos y ciudadanas comunes tienen sobre la calidad y eficiencia de la justicia, lo que se espera de ella y las contribuciones que la población está dispuesta a brindar para el fortalecimiento de la Administración de Justicia, base fundamental para el afianzamiento del Estado de Derecho y realización última de los derechos y libertades humanas.

Sin otro particular, la ocasión es propicia para expresar a ustedes las muestras de nuestro deseo de cooperación y fraternidad.

Atentamente,

Reina Rivera Joya  
Directora Ejecutiva CIPRODEH

---

El Progreso, Yoro. 20 de marzo de 2006

Abogados y Abogadas  
Centro de Estudios Jurídicos de Honduras:

Por medio de la presente les saludamos con todo respeto. Asimismo, los felicitamos por la importante labor que desarrollan para fortalecimiento del Estado democrático de derecho que demandamos los y las hondureñas. Sin duda su aporte constante y creciente contribuirá significativamente a ir construyendo esa nación justa, igualitaria y equitativa que anhelamos.

El Equipo de Reflexión, Investigación y Comunicación (ERIC), con una trayectoria de más de 25 años como una obra del Apostolado Social de la Provincia Centro Americana de la Compañía de Jesús en Honduras, cuya misión es desde la Fe y la Justicia, acompañar a los sectores más pobres y vulnerables de la sociedad a través de la investigación y el análisis, la formación y la promoción de la organización, la promoción y defensa de los Derechos Humanos y el fomento de la comunicación y la cultura como un aporte institucional, se complace ante tan importante iniciativa y se suma a cualquier posible coordinación de esfuerzos para el fortalecimiento, promoción y respeto de los derechos humanos con el Equipo del Centro de Estudios Jurídicos de Honduras.

Reiteramos nuestras más altas muestras de afecto y consideración y los animamos a seguir la apuesta que acertadamente han iniciado y que contribuirá significativamente a la democratización de la justicia.

Atentamente,

Ismael Moreno Coto, SJ.  
Director del ERIC-SJ

José Amado Mancía Leiva  
Coordinador del área de DDHH del ERIC-SJ