

CONFERENCIA
INAUGURACION ACADEMIA
DEFENSORÍA PENAL PUBLICA
2010

**“LOS DERECHOS HUMANOS Y SU RELACION CON EL
DERECHO PENAL Y EL DERECHO PROCESAL PENAL”**

Claudio Nash Rojas

Santiago, 26 de abril de 2010

Contenido

I. INTRODUCCION	3
A. PRESENTACION	3
B. HISTORIA DDHH COMO LÍMITES AL PODER	3
C. PROCESOS RECIENTES QUE HAN PUESTO EL TEMA DE LOS DERECHOS HUMANOS EN EL CENTRO DE LOS ESFUERZOS NORMATIVOS Y JURISPRUDENCIALES	3
II. DERECHO PENAL Y PROCESAL PENAL EN LOS TRATADOS DE DERECHOS HUMANOS	4
A. NORMAS SUSTANTIVAS	4
B. NORMAS PROCEDIMENTALES	4
III. DERECHO PENAL	4
A. TEMAS TRADICIONALES: tanto en la normativa como en la doctrina los temas que han centrado la atención han dicho relación con los límites que los derechos humanos traen aparejado para el Derecho Penal.....	4
B. EL USO DEL DERECHO PENAL POR LOS ORGANOS DE INTERNACIONALES PARA PROTEGER LOS DERECHOS HUMANOS.....	5
IV. DERECHO PROCESAL PENAL	9
A. TEMAS TRADICIONALES	9
B. LOS DERECHOS DE LAS VÍCTIMAS COMO DERECHOS HUMANOS: el tema del acceso a la justicia	9
V. CONCLUSIONES	12
A. DESDE LA “LIMITACIÓN” A LA VALIDACION.....	12
B. DUALISMO ~ PARADOJA ~ CRITERIOS LEGITIMACION	12

INTRODUCCION

A. PRESENTACION

- El **tema** es la relación entre los derechos humanos y el Derecho Penal / Procesal Penal
- **Problema:** ¿la mirada tradicional sobre esta relación **da cuenta** de las actuales discusiones en el ámbito de los derechos humanos?
- **Hipótesis:** actualmente se ha replanteado la relación entre DDHH y el tema Penal, ya no se mira sólo como un límite a la respuesta punitiva del Estado, sino que hay una mirada más compleja que involucra tanto al derecho sustantivo como al procesal vinculado con la actividad punitiva del Estado.
- Mi **perspectiva** será la del sistema normativo de derechos humanos y estará condicionada por dos factores relevantes el tiempo que tengo para desarrollar mis argumentos y el público. Por factores de tiempo hay ciertas cuestiones en la que no será posible profundizar con el riesgo de que la propuesta que les formularé tenga déficits argumentativos. El público, me obliga a no tratar aquello que ustedes conocen más y mejor.

B. HISTORIA DDHH COMO LÍMITES AL PODER

- Constante en la historia: mecanismos de protección frente al poder.
- En el tema del derecho Penal es clave este límite porque esta es la manifestación más fuerte/violenta del Estado. Por eso, tradicionalmente, el enfoque de la relación entre derechos humanos y derechos penal/procesal penal ha estado en los límites que los derechos humanos imponen al derecho penal.
- El sistema de protección de derechos humanos tiene dos objetivos centrales:
 - Dar efectividad a los derechos consagrados nacional e internacionalmente
 - Prevenir las violaciones de dichos derechos

C. PROCESOS RECIENTES QUE HAN PUESTO EL TEMA DE LOS DERECHOS HUMANOS EN EL CENTRO DE LOS ESFUERZOS NORMATIVOS Y JURISPRUDENCIALES

- En los procesos de transición a la democracia, consolidación democrática el tema de los derechos humanos se puso en el centro de los debates
- Reformas constitucionales en este sentido desde fines de la década del '80
- También reformas normativas de relevancia en el ámbito de la justicia y en particular en los temas de justicia penal.
- Ha habido ciertos nudos críticos en estos procesos que han marcado el debate:
 - Derecho penal en los procesos de transición
 - Respuesta penal frente a casos de desaparición forzada de personas
 - Jurisdicción penal internacional como respuesta ante violaciones de derechos humanos

- Lucha contra el terrorismo y la nueva ecuación seguridad/derechos humanos
- Posición de tribunales constitucionales que cuestionaron leyes en este sentido sobre la base de los derechos fundamentales (Colombia, Perú)
- Penalización de la lucha contra problemas sociales: corrupción, narcotráfico, violencia estadios, etc.
- En el debate reciente en nuestro país se han relevado dos temas importantes: “la industria del miedo” parece haberse oficializado y por otro, el discurso de los derechos humanos como un “obstáculo” para una respuesta efectiva ante situaciones de crisis se ha trasladado a la discusión cotidiana (ver Villegas).

II. DERECHO PENAL Y PROCESAL PENAL EN LOS TRATADOS DE DERECHOS HUMANOS

- A. NORMAS SUSTANTIVAS**
- B. NORMAS PROCEDIMENTALES**

⇒ Los tratados internacionales de derechos humanos miran la temática penal desde la lógica de los límites al *ius puniendi* del Estado. Tratan una serie de temas que son los que normalmente han sido expresión de esta necesidad de limitación. Es decir, tienen una mirada propia de la época de discusión de dichos instrumentos: década de los '60.

III. DERECHO PENAL

A. TEMAS TRADICIONALES: tanto en la normativa como en la doctrina los temas que han centrado la atención han dicho relación con los límites que los derechos humanos traen aparejado para el Derecho Penal.

- Requisitos mínimos de respeto de los derechos humanos en la ley penal (Baratta, Zaffaroni)
- Principio de la *ultima ratio* del derecho penal (Mera, Bascuñán, Bustos, Garzón Valdés)
- Principio de legalidad (Mera, Baratta, Zafaroni) (15 Pacto)
- Igualdad ante la ley penal (Mera) (26 Pacto, 24 CADH)
- Prohibición de presumir la responsabilidad penal (Mera, Baratta) (8 CADH, 14 Pacto)
- Principio de culpabilidad (Mera, Baratta, Zaffaroni)
- Prohibición de penas y tratos crueles, inhumanos y degradantes, tortura (Mera) (5 CADH,
- Prohibición de la prisión por deudas (Mera) (7 CADH,
- Principio de proporcionalidad de las penas (Mera, Baratta, Bustos)
- Fin resocializador de la pena (Mera) (5 CADH,
- Principio *non bis in idem* 8 CADH, 14 Pacto)
- Pena de muerte (4 CADH, 6 Pacto)

B. EL USO DEL DERECHO PENAL POR LOS ORGANOS DE INTERNACIONALES PARA PROTEGER LOS DERECHOS HUMANOS.

- ⇒ En el ámbito de la actividad desarrollada por los órganos de control a nivel internacional se ve una **evolución** en el tratamiento de los temas relativos a la actividad punitiva del Estado.
- ⇒ Una **primera perspectiva** ha estado centrada en la obligación que tiene el Estado de respetar ciertos mínimos en materia penal, como única forma en que el ejercicio de la función punitiva se legitime. En esta lógica se recogen los principios clásicos del derecho penal liberal: *ultima ratio*, principio de legalidad, proporcionalidad a las penas. En definitiva una mirada del derecho penal como una forma de violencia institucionalizada que solo puede obtener su legitimidad a través del estricto apego a ciertos límites.

- **Respuesta penal y última ratio:**

- *73. La Corte ha señalado que el Derecho Penal es el medio más restrictivo y severo para establecer responsabilidades respecto de una conducta ilícita¹, particularmente cuando se imponen penas privativas de libertad. Por lo tanto, el uso de la vía penal debe responder al principio de intervención mínima, en razón de la naturaleza del derecho penal como ultima ratio. Es decir, en una sociedad democrática el poder punitivo sólo se puede ejercer en la medida estrictamente necesaria para proteger los bienes jurídicos fundamentales de los ataques más graves que los dañen o pongan en peligro. Lo contrario conduciría al ejercicio abusivo del poder punitivo del Estado². (USÓN RAMÍREZ VS. VENEZUELA, 2009, párr. 55)*

- **Rango amplio al Estado, pero con límites (medidas restricción, uso fuerza, penas, crímenes comunes)**

- **MEDIDAS DE RESTRICCIÓN:** *“En este sentido, cualquier limitación o restricción a aquélla debe estar prevista en la ley, tanto en sentido formal como material. Ahora bien, si la restricción o limitación proviene del derecho penal, es preciso observar los estrictos requerimientos característicos de la tipificación penal para satisfacer en este ámbito el principio de legalidad³. En efecto, la Corte ha declarado en su jurisprudencia previa que en la elaboración de los tipos penales es preciso utilizar términos estrictos y unívocos, que acoten claramente las conductas*

¹ Cfr. Caso Ricardo Canese, supra nota 38, párr. 104; Caso Kimel, supra nota 41, párr. 76, y Caso Palamara Iribarne, supra nota 47, párr. 79.

² Cfr. Caso Kimel, supra nota 41, párr. 76.

³ Cfr. Caso Kimel, supra nota 41, párr. 63.

punibles, dando pleno sentido al principio de legalidad penal⁴. Esto implica una clara definición de la conducta incriminada, la fijación de sus elementos y el deslinde de comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables con medidas no penales (USÓN RAMÍREZ VS. VENEZUELA, 2009, párr. 55).

- **PROPORCIONALIDAD PENAS:** “196. En cuanto al referido principio de proporcionalidad de la pena, la Corte estima oportuno resaltar que la respuesta que el Estado atribuye a la conducta ilícita del autor de la transgresión debe ser proporcional al bien jurídico afectado y a la culpabilidad con la que actuó el autor, por lo que se debe establecer en función de la diversa naturaleza y gravedad de los hechos⁵. La pena debe ser el resultado de una sentencia emitida por autoridad judicial. Al momento de individualizar las sanciones se debe fundamentar los motivos por los cuales se fija la sanción correspondiente. En cuanto al principio de favorabilidad de una ley anterior debe procurarse su armonización con el principio de proporcionalidad, de manera que no se haga ilusoria la justicia penal. Todos los elementos que incidan en la efectividad de la pena deben responder a un objetivo claramente verificable y ser compatibles con la Convención” (La Rochela, 2007).
- **PENAS COMO VIOLENCIA INSTITUCIONALIZADA:** “70. (...) Asimismo, la Corte es consciente de la creciente tendencia, a nivel internacional e interno, hacia el reconocimiento del carácter no permisible de las penas corporales, debido a su naturaleza intrínsecamente cruel, inhumana y degradante. Consecuentemente, un Estado Parte de la Convención Americana, en cumplimiento de sus obligaciones derivadas de los artículos 1.1, 5.1 y 5.2 de dicha Convención, tiene una obligación erga omnes de abstenerse de imponer penas corporales, así como de prevenir su imposición, por constituir, en cualquier circunstancia, un trato o pena cruel, inhumano o degradante. (Ceasar vs. Trinidad y Tobago, 2005)
- “73. En atención a la regulación y aplicación de las penas corporales de flagelación en Trinidad y Tobago, la Corte considera que la naturaleza misma de éstas refleja una institucionalización de la violencia que, pese a ser permitida por la ley, ordenada por las autoridades judiciales y ejecutada por las autoridades penitenciarias, constituye una sanción incompatible con la Convención⁶.” (Ceasar vs. Trinidad y Tobago, 2005)

⁴ Cfr. *Caso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C No. 52, párr. 121; *Caso Yvon Neptune Vs. Haití. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 6 de mayo de 2008. Serie C No. 180, párr. 125, y *Caso Kimel*, *supra* nota 41, párr. 63.

⁵ Cfr. *Caso Vargas Areco*, *supra* nota 8, párrafo 108; *Caso Raxcacó Reyes*. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 133, párrs. 70 y 133; y *Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros*, *supra* nota 33, párrafo 102.

⁶ Cfr., en el mismo sentido, *Tyrer v. United Kingdom*, *supra* nota 21. En el mismo sentido, el Relator Especial de Tortura de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (*supra* nota 17) ha manifestado que “las

- **CRÍMENES COMUNES:** *“La Corte destaca el deber que tienen los Estados de proteger a todas las personas, evitando los delitos, sancionar a los responsables de éstos y mantener el orden público, particularmente cuando se trata de hechos como los que dieron origen al proceso penal seguido contra el señor Fermín Ramírez, que no sólo comportan una lesión a los individuos, sino al conjunto de la sociedad, y merecen el más enérgico rechazo, más aún cuando perjudican a niñas y niños. Sin embargo, la lucha de los Estados contra el crimen debe desarrollarse dentro de los límites y conforme a los procedimientos que permitan preservar tanto la seguridad pública como el pleno respeto a los derechos humanos de quienes se hallen sometidos a su jurisdicción”* (Fermín Donoso, 2005, párr. 63).

⇒ Una segunda perspectiva ha estado centrada ya no en la mirada restrictiva del derecho penal, sino que en **su legitimación y utilización como una forma legítima de protección de los derechos humanos**. En este sentido, se vincula la actividad punitiva del Estado con la obligación que tiene este de garantizar el pleno goce y ejercicio de los derechos. En esta lógica no solo hay una “legitimación” de la actividad punitiva del Estado, sino que se le exige a este una serie de actuación que permitan la plena efectividad de este recurso.

⇒ Sin duda que esta “legitimación” de la actuación punitiva del Estado se acompaña de una serie de exigencia para que en cada caso concreto –no solo en términos generales- se justifique tanto la procedencia de la actividad punitiva, como la forma en que esta se ejerce.

- **Legitimación de la vía penal para defender derechos humanos.** El caso *Kimel vs. Argentina* (2008) es el más claro:

“el instrumento penal es idóneo porque sirve el fin de salvaguardar, a través de la conminación de pena, el bien jurídico que se quiere proteger, es decir, podría estar en capacidad de contribuir a la realización de dicho objetivo. Sin embargo, la Corte advierte que esto no significa que, en la especie que se analiza, la vía penal sea necesaria y proporcional” (párrs. 71)

- *76. La Corte ha señalado que el Derecho Penal es el medio más restrictivo y severo para establecer responsabilidades respecto de una conducta ilícita. (...) En una sociedad democrática el poder punitivo sólo se ejerce en la medida*

"sanciones legítimas" debe referirse necesariamente a las sanciones que constituyen prácticas ampliamente aceptadas como legítimas por la comunidad internacional, por ejemplo la prisión como forma de privación de la libertad, que es un elemento común a casi todos los sistemas penales. [...] Por el contrario, el Relator Especial no puede aceptar el concepto de que la imposición de castigos como la lapidación, los azotes y la amputación [...] se consideren lícitos sólo porque el castigo está legítimamente autorizado desde el punto de vista del procedimiento, es decir mediante la promulgación de leyes o normas administrativas o una orden judicial. Aceptar esta opinión equivaldría a aceptar que cualquier castigo físico, por muy torturante y cruel que sea, puede considerarse legítimo en la medida en que haya sido debidamente autorizado en virtud de la legislación interna de un Estado. Después de todo, el castigo es uno de los fines prohibidos de la tortura. [...] Sin duda alguna, los castigos crueles, inhumanos o degradantes son, pues, ilegales por definición; por ello, no pueden de ninguna manera constituir "sanciones legítimas" en el sentido del artículo 1 de la Convención contra la Tortura."

estrictamente necesaria para proteger los bienes jurídicos fundamentales de los ataques más graves que los dañen o pongan en peligro. Lo contrario conduciría al ejercicio abusivo del poder punitivo del Estado.

- *77.(...) el empleo de la vía penal debe corresponder a la necesidad de tutelar bienes jurídicos fundamentales frente a conductas que impliquen graves lesiones a dichos bienes, y guarden relación con la magnitud del daño inferido...*
- *78.La Corte no estima contraria a la Convención cualquier medida penal a propósito de la expresión de informaciones u opiniones, pero esta posibilidad se debe analizar con especial cautela, ponderando al respecto la extrema gravedad de la conducta desplegada por el emisor de aquéllas, el dolo con que actuó, las características del daño injustamente causado y otros datos que pongan de manifiesto la absoluta necesidad de utilizar, en forma verdaderamente excepcional, medidas penales...*

- **La apuesta de la Corte en el instrumento penal se traduce en la obligación de tipificación y la cooperación internacional para la persecución de criminales.** El caso más evidente en este sentido es GOIBURU, 2006:

- **TIPIFICACION:** *“... un análisis de los mismos permite observar que el Estado las tipificó de manera menos comprensiva que la normativa internacional aplicable. El Derecho Internacional establece un estándar mínimo acerca de una correcta tipificación de esta clase de conductas y los elementos mínimos que la misma debe observar, en el entendido de que la persecución penal es una vía fundamental para prevenir futuras violaciones de derechos humanos. (...) Además, la sustracción de elementos que se consideran irreductibles en la fórmula persecutoria establecida a nivel internacional, así como la introducción de modalidades que le resten sentido o eficacia, pueden llevar a la impunidad de conductas que los Estados están obligados bajo el Derecho Internacional a prevenir, erradicar y sancionar” (~92).*
- **DEBER DE COOPERACIÓN INTERNACIONAL:** *“De manera consecuente con lo anterior, ante la naturaleza y gravedad de los hechos, más aún tratándose de un contexto de violación sistemática de derechos humanos, la necesidad de erradicar la impunidad se presenta ante la comunidad internacional como un deber de cooperación inter-estatal para estos efectos. La impunidad no será erradicada sin la consecuente determinación de las responsabilidades generales –del Estado- y particulares – penales de sus agentes o particulares-, complementarias entre sí. El acceso a la justicia constituye una norma imperativa de Derecho Internacional y, como tal, genera obligaciones erga omnes para los Estados de adoptar las medidas que sean necesarias para no dejar en la impunidad esas violaciones, ya sea ejerciendo su*

jurisdicción para aplicar su derecho interno y el derecho internacional para juzgar y, en su caso, sancionar a los responsables, o colaborando con otros Estados que lo hagan o procuren hacerlo” (párr. 131).

IV. DERECHO PROCESAL PENAL

A. TEMAS TRADICIONALES

⇒ **Es este el tema que ha estado en el centro del debate como parte de los procesos de adecuación de la normativa procesal a los estándares internacionales en materia de derechos humanos.**

- Nuevo paradigma de la administración de justicia (Cafferata)
- Necesidad de reforma de los sistemas procesales latinoamericanos de acuerdo a los derechos humanos (Bovino, riego)
- Debido proceso
- Tribunal
 - Derecho al juez natural
 - Imparcialidad e independencia de los jueces
 - Separación entre la función de acusar e investigar
- Igualdad ante los tribunales
- Presunción de inocencia
- Derecho a un juicio oral y público
- Derecho de defensa
- Derecho al recurso

⇒ Reparación e indemnización proporcional al daño ocasionado

⇒ Libertad personal

- Privación de libertad ilegal y arbitraria (casos de desaparición forzada de personas)
- Prisión preventiva (causales para mantenerla, duración máxima)
- Recurso efectivo: habeas corpus

B. LOS DERECHOS DE LAS VÍCTIMAS COMO DERECHOS HUMANOS: el tema del acceso a la justicia

⇒ De lo visto hasta aquí lo que vemos es la aplicación clásica de ciertas limitaciones al poder punitivo del Estado en sede procesal.

⇒ Ahora, el punto de inflexión en la perspectiva del DIDH está dado por la obligación de actuación por parte del Estado en casos de violaciones de derechos humanos. **Esto implica mirar el tema del acceso a la justicia y los derechos que de éste se derivan para quienes han sido víctimas de un ilícito y respecto de los cuales puede plantear exigencias de conducta respecto del Estado.**

- **Antecedentes de la discusión: casos de violaciones masivas y sistemáticas de derechos humanos. Argumentación utilizada**
 - Derecho a un recurso rápido y efectivo
 - Derecho al proceso
 - Actuación en el proceso

- **Primera aproximación procesal: verdad, sanción, no impunidad.**

193. Para que el Estado satisfaga el deber de garantizar adecuadamente diversos derechos protegidos en la Convención, entre ellos el derecho de acceso a la justicia y el conocimiento y acceso a la verdad, es necesario que cumpla su deber de investigar, juzgar y, en su caso, sancionar y reparar las graves violaciones a los derechos humanos. Para alcanzar ese fin el Estado debe observar el debido proceso y garantizar, entre otros, el principio de plazo razonable, el principio del contradictorio, el principio de proporcionalidad de la pena, los recursos efectivos y el cumplimiento de la sentencia. (La Rochela, 2007)

- ⇒ **Un nuevo paso en este sentido está dado por las consecuencias que extraen los órganos de control de este derecho de acceso a la justicia como parte de la obligación de garantía: el derecho a participar en el proceso y hacerlo en condiciones de igualdad.**

“Para alcanzar sus objetivos, el proceso debe tener en cuenta los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia. Es así como se atiende el principio de igualdad ante la ley y los tribunales y la correlativa prohibición de discriminación. La presencia de condiciones de desigualdad real obliga a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses. Si no existieran esos medios de compensación, ampliamente reconocidos en diversas vertientes del procedimiento, difícilmente se podría decir que quienes se encuentran en condiciones de desventaja disfrutan de un verdadero acceso a la justicia y se benefician de un debido proceso legal en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esas desventajas” (Caso Baldeón García, 2006, párr. 202).

- **Problemas que surgen desde el punto de vista del rol que debe cumplir la persecución penal como un instrumento de violaciones de derechos humanos, que si bien implican una afectación de derechos que se encuentran protegidos por la respuesta punitiva del Estado, no necesariamente se enmarcan en procesos de violaciones graves y sistemáticas de derechos humanos: ¿este es un derecho nuevo? ¿siempre procede?**

- Los casos nuevos del 2009 ante la Corte (Ríos, Perozo, Kawas, etc.) y el tema de las obligaciones mínimas en casos diferentes a violaciones masivas y sistemáticas. En particular el tema del Ministerio Público.
- En cuanto a la regulación procesal de la acción penal, la Corte estableció en el **Caso Ríos** (párr. 284) y en el **Caso Perozo** (párr. 299) lo siguiente:
 - “La obligación de investigar ‘no sólo se desprende de las normas convencionales de Derecho Internacional imperativas para los Estados Parte, sino que además se deriva de la legislación interna que haga referencia al deber de investigar de oficio ciertas conductas ilícitas’. Así, corresponde a los Estados Parte disponer, de acuerdo con los procedimientos y a través de los órganos establecidos en su Constitución y sus leyes, qué conductas ilícitas serán investigadas de oficio y regular el régimen de la acción penal en el procedimiento interno, así como las normas que permitan que los ofendidos o perjudicados denuncien o ejerzan la acción penal y, en su caso, participen en la investigación y en el proceso” (**Caso Ríos** y **Caso Perozo**, párr. 285 y 299, respectivamente).
- La Corte reconoce la libertad con que cuentan los Estados para ordenar su sistema procesal, sin embargo, si estos párrafos se leen en concordancia con lo establecido en los casos **Kawas** (párr. 75), **Ríos** (párr. 283) y **Perozo** (párr. 298), se llega a **la conclusión que a lo menos las violaciones más graves, deben ser investigadas de oficio, por tanto el Estado no goza de libertad plena en este sentido.**

• 285. *En cuanto a la libertad de expresión, la idoneidad de la vía penal como recurso adecuado y efectivo para garantizarla dependerá del acto u omisión violatorio de ese derecho⁷. Si la libertad de expresión de una persona se ha visto afectada por un acto que a su vez ha vulnerado otros derechos, como la libertad personal, la integridad personal o la vida, la investigación penal puede constituir un recurso adecuado para amparar tal situación. Bajo otros supuestos, es posible que la vía penal no sea el medio necesario para garantizar la protección debida a la libertad de expresión. El uso de la vía penal “debe corresponder a la necesidad de tutelar bienes jurídicos fundamentales frente a conductas que impliquen graves lesiones a dichos bienes, y guarden relación con la magnitud del daño inferido”⁸.*

⁷ La Corte ha considerado que las infracciones al artículo 13 de la Convención pueden presentarse bajo diferentes hipótesis, según conduzcan a la supresión de la libertad de expresión o sólo impliquen restringirla más allá de lo legítimamente permitido. Cfr. *La Colegiación Obligatoria de Periodistas* (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85, *supra* nota 71, párrs. 53 y 54; y *Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay*, *supra* nota 71, párr. 77.

⁸ *Caso Kimel Vs. Argentina*, *supra* nota 71, párr. 77.

V. CONCLUSIONES

A. DESDE LA “LIMITACIÓN” A LA VALIDACION

- **Problema:** ¿la mirada tradicional sobre esta relación da cuenta de las actuales discusiones en el ámbito de los derechos humanos?
- **Mirada:**
 1. Actualmente se ha replanteado la relación entre DDHH y el tema Penal, y parece que existen elementos suficientes para sostener que los DDHH y el Derecho Penal ya no se mira sólo como un límite a la respuesta punitiva del Estado.
 2. Una explicación razonable nos plantea que hoy es necesaria una mirada vinculada a la **validación** de la actuación del Estado y esto no sólo implica límites (omisiones) sino que también límites (actuaciones).

B. DUALISMO ~ PARADOJA ~ CRITERIOS LEGITIMACION

⇒ Lo que corresponde para finalizar es determinar si esta visión es sustentable en la lógica sobre derechos humanos en tanto supuesto del sistema democrático donde el derecho penal cumple un rol en tanto mecanismo de control de la capacidad punitiva del Estado.

- **DUALISMO:** Los derechos humanos tienen un acercamiento DUAL al derecho penal: son una forma de limitación a dicho recurso, pero también contempla la posibilidad de utilizar dicho instrumento para su protección bajo ciertas condiciones.
- **PARADOJA:** Asumir esta tesis dualista implica una paradoja ya que los DDHH constituyen una fuente de la obligación de activación de la función punitiva del Estado y a la vez operan como límites de dicha obligación. En efecto, discrepo de la idea de que el Derecho Penal opere como un límite ya que este supone para su legitimidad la concordancia con las propias normas de derechos humanos.
- **¿Qué HACER?** ~ Decisión NO debe erosionar las bases de un acuerdo institucional fundado en la dignidad del ser humano, esto es, que no violente una institucionalidad que debe ser expresión de un acuerdo básico de tratar a los individuos como si fueran libres e iguales. Tal como señala GARZÓN VALDÉS: “El principio de dignidad humana puede ser considerado como aquél que fija el umbral mínimo a partir del cual pueden diseñarse diversas regulaciones para la adjudicación y distribución de bienes en una sociedad. En este sentido, está conceptualmente vinculado con lo que podría llamarse la ‘máxima práctica de igualdad’” (Garzón Valdés, p. 35).

- Mantener al derecho penal como *ultima ratio*: no sucumbir a las visiones neopunitivistas por más “bien intencionadas” que estén.
- Apego al principio de igualdad: tanto en la aplicación de las normas sustantivas, como en la tramitación de los procesos. Pero asumiendo que la mirada ya no puede ser sólo desde la perspectiva del imputado, sino que también desde la víctima.
- Apego al principio de legalidad.
- Apego al principio de presunción de inocencia, tanto sustantivo como procedimental.
- Sobrevivencia del principio de oportunidad. Entendiendo eso sí, que este deberá ser justificado y que implica una restricción de derechos.
- Aplicación reglas sobre la base de:
 - Derechos absolutos
 - Restricciones de derechos

- En palabras de ROXIN: “También en el futuro la doctrina penal deberá salvaguardar el fundamento espiritual sobre el que está construido el derecho Penal moderno” (196). Tres puntos principales del pensamiento ilustrado:
 - Derecho del daño social
 - Ultima ratio
 - Salvaguarda de los derechos individuales de libertad

⇒ **LEGITIMIDAD DE LA RESPUESTA PENAL**: en este nuevo escenario va a estar sujeta a dos condiciones que reflejen el apego del sistema a los principio estructurantes del acuerdo de convivencia común: **libertad** (autonomía), **igualdad** (ante la acción penal y en el proceso) y la **integridad personal** (procedimiento de juzgamiento y ejecución de la pena):

- Respuesta efectiva frente a violaciones graves de derechos humanos
- Fiel apego de ciertos límites a la función punitiva del Estado, en tanto derechos mínimos sustantivos y procedimentales.