LOS DERECHOS DEL DETENIDO EN EL ÁMBITO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN 9

CAPÍTULO PRIMERO: MARCO CONCEPTUAL DE LA DETENCIÓN 23

1. Aproximación conceptual del término detención…..... 25

1.1. Introducción 25

1.2. Aproximación conceptual de la detención 28

1.3. Distinción entre detención y retención 53

2. La detención 58

2.1. La detención como privación de libertad 58

2.2. Garantías constitucionales en la detención 64

2.3. Límite temporal de la detención 69

3. Ámbito jurídico de la persona 74

3.1. Introducción 74

3.2. Situación jurídica del detenido 76

3.3. Consideraciones sobre la persona detenida ilegalmente 81

3.4. Procedimiento de “habeas corpus” 89

4. La detención en el derecho internacional 100

4.1. Introducción 100

4.2.La detención internacional 106

4.3.La protección de la persona detenida en el ámbito internacional. 108

4.4. Principios internacionales aplicables a la detención 113

4.4.1. Principio de dignidad 114

4.4.2. Principio de legalidad 117

4.4.3.Principio de control jurisdiccional 119

4.4.4. Principio de integridad física 120

4.4.5. Principio de información 123

4.4.6. Principio de asistencia letrada 124

4.4.7. Principio de presunción de inocencia 128

4.4.8. Principio de “Habeas corpus” 129

CAPÍTULO SEGUNDO: EXÉGESIS DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA DETENCIÓN 131

1. Aproximación histórica a los derechos humanos 133

1.1. Introducción 133

1.2. Los derechos humanos en la historia 139

1.3. Causa y efecto de las clasificaciones de los derechos humanos……144

1.4. Los derechos humanos antesala de los derechos fundamentales 150

2. Derechos fundamentales 155

2.1. Introducción 155

2.2. La limitabilidad de los derechos humanos y los derechos fundamentales 159

2.3. Límites a los derechos fundamentales 165

2.3.1. Introducción 165

2.4. Abuso del derecho 169

2.5. La persona y los límites de los derechos fundamentales 173

2.6. Naturaleza de la dignidad de la persona 180

3. Los derechos fundamentales implicados en la detención 194

3.1. Introducción 194

3.2. La dignidad como derecho base 195

3.3. El derecho fundamental a la libertad 202

3.4. El derecho fundamental a la integridad personal 211

3.5. Dignidad y derecho 217

3.6. Reconocimiento del derecho de la dignidad y la libertad por el ordenamiento jurídico 220

CAPÍTULO TERCERO: RAZONAMIENTO JURIDICO DESDE LA PERSPECTIVA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES 235

1. Planteamiento. 237

2. La pena respuesta punitiva en la aplicación del derecho 243

2.1. Los límites del poder punitivo 247

2.1.1. Planteamiento 247

2.1.2. La tutela judicial efectiva 252

2.1.3. El principio de oralidad 256

2.1.4. La presunción de inocencia 261

2.1.5. La publicidad del proceso 277

2.1.6. El juez natural 278

2.1.7. La defensa e igualdad entre las partes 283

2.1.8. La decisión jurídica en la fundamentación del derecho 293

3. La justicia restaurativa como aporte de valores al sistema jurídico 303

3.1. Introducción 303

3.2. Aplicación de la Justicia Restaurativa 311

3.3. La Detención Restaurativa 315

CAPÍTULO CUARTO:CONFIGURACIÓN ÉTICA DE LA DEFENSA TÉCNICA 323

1. La deontología del abogado 325

1.1. Planteamiento 325

1.2. La responsabilidad social del abogado 328

2. El abogado como operador jurídico 336

2.1. Planteamiento 336

2.2. Exigencias éticas y deontología profesional del abogado 345

2.2.1. Consideraciones generales 345

2.2.2. El abogado ante la Deontología Jurídica 349

2.2.3. El abogado ante los Códigos Deontológicos 356

3. Exigencias ético profesionales 368

3.1. El secreto profesional 368

3.2. La independencia 373

3.3. La libertad de defensa 379

3.4. La competencia profesional del abogado 384

3.5. La confianza e integridad 387

CONCLUSIONES 395

BIBLIOGRAFÍA 417

INTRODUCCIÓN

INTRODUCCIÓN

Sobre la justificación de la pena y la privación de la libertad se han abierto multitud de debates en las diferentes disciplinas teóricas.

Los derechos fundamentales en la figura del detenido, cobran todo su sentido cuando son considerados como herramientas que limitan la actuación del poder estatal. Por tanto, puede afirmarse que los derechos fundamentales se entienden como un límite del poder mismo.

Un análisis pormenorizado sobre los límites de los derechos fundamentales nos conduce a dilucidar la fuerza consagrada por el texto constitucional. En este punto, cabe preguntarse en qué medida es admisible introducir limitaciones en posiciones subjetivas cuando han sido proclamadas al máximo nivel normativo, cuando los derechos susceptibles de vulneración, en el caso que nos ocupa, resultan derechos que ostentan una categorización de fundamentales.

La fórmula de los derechos fundamentales como límites al poder adquiere su verdadero sentido, en relación a la protección misma que debe revestir la detención, como respuesta a la inobservancia de la norma, atendiendo en todo caso a los derechos fundamentales e inherentes que ostenta la persona.

La detención no es otra cosa que la privación de la libertad que hace una autoridad a una persona, dentro de los parámetros de la Constitución y la Ley.

Esos parámetros legales a los que hacemos referencia confluyen como principios esenciales que deben, en todo caso, cumplirse como límites mínimos para el ejercicio de la figura de la detención. Todo ello, responde a la intención que el legislador

constitucional pretende dar sobre la garantía que representa el valor de la libertad como derecho fundamental.

El presente trabajo pretende subrayar la preeminencia de los derechos fundamentales por un lado, como límites al poder estatal y por otro, como una forma de concreción y justificación de la esencia de los derechos humanos.

La consideración de los diferentes enfoques que asumen la proyección de los derechos fundamentales en la figura del detenido, se concretan en cuatro capítulos diferenciados.

El primer capítulo atenderá al sentido general de la figura jurídica de la detención. El estudio ha propiciado un análisis sobre la naturaleza social que asume la detención, así como los instrumentos de garantía específicos que la diferencian de forma notable de otras figuras jurídicas como es la que resulta de la retención. La detención, como privación provisional o preventiva de la libertad de una persona, deberá venir avalada por una serie de garantías que resultan identificadas y garantizadas dentro del marco normativo de los derechos fundamentales.

El principio de Habeas Corpus, se presenta como un instrumento de defensa de los derechos fundamentales de los sistemas democráticos. En este punto, resulta necesario destacar como el Habeas Corpus ocupa una posición de tutela de los derechos y libertades en el ámbito de protección judicial.

En el segundo capítulo toma como punto de partida la consideración de los derechos humanos como un conjunto de facultades e instituciones que concretan las exigencias de dignidad, libertad e igualdad inherentes a la persona, al ser humano.

Un análisis pormenorizado nos conduce a la idea de la justificación de los derechos humanos en la configuración de los derechos fundamentales. De este modo se concretan, como un conjunto de derechos humanos que son positivizados por un ordenamiento jurídico, generalmente, a través de su inclusión en la Constitución, normalmente acompañada de un conjunto de garantías para su tutela.

Por tanto, se defiende la consideración de asumir a los derechos humanos como base argumental lógica de la propia existencia de la dignidad del ser humano, y a la vez, la dignidad del ser humano ha sido reconocida como el pilar que soporta los

derechos humanos en su pedestal ideológico, axiológico y filosófico, reforzando el valor del ser humano en su más amplia expresión.

La proclamación constitucional de este conjunto de derechos, tiene como finalidad la de garantizar, frente a todo el ordenamiento y frente a la actuación de cualquier sujeto que pretenda ampararse en el ordenamiento, el respeto a un status jurídico esencial de los ciudadanos.

En la figura de la detención se constata la virtual quiebra del derecho a la libertad ambulatoria, por lo que el individuo percibe lesión en la dignidad que infunde y tutela al propio derecho vulnerado.

En el tercer capítulo contempla en particular la proyección de la pena en la figura del justiciable. El alcance que asume la respuesta punitiva por parte del Estado cobra especial importancia en el reconocimiento de la pena. Haremos hincapié a la justicia Restaurativa como método de resolución de conflictos, siendo este un nuevo paradigma para la resolución de conflictos penales, ya que atiende primordialmente a la necesidad de la víctima.

La pena viene entendida como la compensación de una infracción mediante la imposición de un mal adecuado a la gravedad del injusto y de la culpabilidad.

En este punto, resulta destacable el papel que ofrece el catálogo de los derechos fundamentales como límites al poder estatal, sobre todo, en lo que a privación de libertad se refiere.

Por todo ello, la afirmación de que alguien tiene un derecho o un deber fundamental sólo cuando una norma jurídica lo reconoce o lo establece, no debe cerrar el camino a los cimientos morales y a su justificación.

La positivación de los derechos fundamentales es el último eslabón de un proceso que se inicia muy previamente, con la aparición de un depósito de moralidad, la moralidad que expresa la dignidad del hombre, moralidad crítica que tiene la pretensión de convertirse en moralidad legalizada.

En este sentido, cuando cobra todo su sentido la decisión judicial en su relación con la argumentación, en tanto en cuanto, se presenta como una de las garantías constitucionales que derivan directamente del principio de legalidad. Todo ello, nos conduce a la

idea que la interpretación de la norma debe ser conforme a los valores constitucionales como un imperativo ético y normativo.

El cuarto capítulo pretende esclarecer la importancia de la deontología en la actividad profesional de los operadores jurídicos. La Deontología Jurídica se presenta como la ciencia del deber, tiene como función principal regular el ejercicio de los operadores jurídicos en su actividad profesional.

Los códigos deontológicos constituyen una fuente reglada para los operadores jurídicos, sin olvidar claro está, el papel que asume la moral y la ética en el ejercicio de sus funciones.

El Código Deontológico de los operadores jurídicos se presenta como una herramienta garantista. Los principios deontológicos garantizan, en este sentido, las obligaciones que debe cumplir el operador jurídico en su relación con el justiciable. Resultan destacables, en este sentido, la lealtad, la competencia, la independencia, la libertad o confidencialidad, y para su garantía y eficacia cuentan con un conjunto de normas de obligado cumplimiento que tienen como destinatarios los abogados a la hora de llevar su propia actividad profesional.

La consideración que se asume en torno a la figura del abogado, no sólo se proyecta en la idea que concibe al abogado como operador jurídico, sino se reconoce al abogado como un especialista en derecho, cuyos conocimientos se canalizan con un único objetivo, garantizar los legítimos intereses y derechos del justiciable, estando sometidos rigurosamente al principio de confianza, de responsabilidad, de diligencia y de competencia.

CAPÍTULO PRIMERO

MARCO CONCEPTUAL DE LA DETENCIÓN

1. Aproximación conceptual del término detención

1.1. Introducción

El fin de toda investigación, es encontrar la verdad y en esa línea, confluyen infinidad de actuaciones en la vida común, en el plano judicial y en las esferas próximas a esos ámbitos de control para la paz social.

Así, Michael Foulcault afirma sobre la práctica judicial que “ésta implica siempre una forma peculiar de la verdad. Lo cual es cierto,

ya que la verdad propia de la práctica judicial, no consiste en conocer lo que es, sino en dirigir lo que debe hacerse"[1].

Los humanos nos esforzamos en encontrar un camino adecuado y conformador de la verdad, y en ese orden, se generan relaciones de poder y sumisión.

En la figura de la detención, la ley permite que la libertad sea vulnerada de forma expresa y sin límite físico personal, aunque sí temporal, por lo tanto, la detención personal es parte del esfuerzo por encontrar la verdad y al culpable de posibles trasgresiones penales.

Por ello, se puede afirmar, que encontrar la verdad conlleva ir acercándonos a la realidad léxica de los términos, para más adelante, confirmar su realidad.

En este sentido, Lluis Duch defendía que "solamente es posible mediante una positiva y polifacética relación con aquellas transmisiones que permiten que el ser humano vaya apalabrando la

---

[1] FOUCAULT, M.; *La verdad y las formas jurídicas*, Gedisa, Barcelona, 1998, p. 17.

realidad. “Apalabrar”, dicho de dos o más personas, es concertar de palabra algo”[2].

En el lenguaje cotidiano, la palabra “detención” suele emplearse para denominar los arrestos que efectúan los funcionarios de los cuerpos de seguridad autorizados.

De este modo, la condición de “detenido” se asocia por lo general, con una persona sospechosa de haber cometido un ilícito penal, que es privada de libertad al objeto de garantizar su disponibilidad física de cara a su posible enjuiciamiento.

Sobre la justificación de la pena y la privación de la libertad, se han abierto multitud de debates en las diferentes disciplinas teóricas[3].

Afirma Málaga Diéguez respecto del uso del término detención, que es “indudable que esta acepción popular tiene su origen en la frecuencia estadística de ese tipo de arrestos policiales de carácter

---

[2] DUCH, L.; *Estaciones del laberinto. Ensayos de antropología*, Herder, Madrid, 2004, p. 161.

[3] HEIKO HARTMUT L.; *La función de la pena,* (traducción de SANCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES), Dykinson, Madrid, 1999, p. 32.

preventivo; pero ello no debe hacernos perder de vista el hecho de que es, junto a esa medida cautelar de naturaleza penal nuestro ordenamiento jurídico contempla una variada tipología de detenciones de muy distinto signo"[4].

1.2. Aproximación conceptual de la detención

La detención, "consiste en privar de libertad a una persona, entendiendo libertad, al carácter ambulatorio, la movilidad con que normalmente se desenvuelve la persona, siendo que esta medida se materializa cuando la persona ha cometido un delito considerado por el ordenamiento jurídico como grave"[5].

En este sentido, "en la jurisprudencia como en la doctrina científica, son frecuentes las interpretaciones que expresa o

[4] MÁLAGA DIEGUEZ, F.; "Detención y retención", en *Revista de Derecho Procesal*, nº 2, Madrid, 2001, p. 146.

[5] BRAMONT-ARIAS TORRES, L. M.; *Manual de Derecho Penal – Parte General*, San Marcos, Lima, 2008, p. 446.

implícitamente, limitan el concepto de detención a las privaciones de libertad que están relacionadas con la comisión de un delito, e incluso, a las que cumpliendo el anterior requisito, están preordenadas a prevenir la fuga de su presunto autor"[6].

En esta línea, una aproximación conceptual al término "detención" nos viene de la mano del Tribunal Constitucional, cuando en su reiterada jurisprudencia defiende que la detención es "cualquier situación fáctica en la que la persona se vea impedida u obstaculizada para determinar, por obra de su voluntad, una conducta ilícita"[7].

---

[6] MÁLAGA DIEGUEZ, F.; "Detención y retención", cit., p. 146.

[7] Sentencia del Tribunal Constitucional número 98/1986 de Julio. En este sentido, la precitada sentencia establece no solo la definición de la detención, sino cómo el derecho a la libertad se conculca cuando se realiza una detención arbitraria, " No es constitucionalmente tolerable que situaciones efectivas de privación de libertad -en las que, de cualquier modo, se impida u obstaculice la autodeterminación de la conducta lícita- queden sustraídas a la protección que a la libertad dispensa la Constitución por medio de una indebida restricción del ámbito de las categorías que en ella se emplean. Este Tribunal, por ello, podrá revisar la calificación constitucional dada a los hechos que consideró probados el Juzgador «a quo" cuando en la demanda de amparo se alegue que dicha calificación fue incorrecta y que, por serlo, se procedió por el Juez a una equivocada subsunción de los hechos. 5. Debe considerarse como detención cualquier situación en que la persona se vea impedida u obstaculizada para auto determinar, por obra de su voluntad, una conducta lícita, de suerte que la detención no es una decisión

Por su parte, Rafael Naranjo afirma que “la detención es una medida cautelar de privación de libertad de carácter penal, que sitúa al detenido ante la eventualidad de quedar sometido a un proceso penal”[8].

La idea de libertad en el lenguaje cotidiano se presenta como un concepto ambiguo[9]. La ambigüedad de término detención hace referencia a que el mismo puede adoptar distintos significados en función de la asunción o interpretación que pretenda adquirir.

La libertad viene entendida como “el derecho de cada uno a no estar sometido más que a las leyes, a no poder ser ni arrestado, ni detenido, ni muerto, ni maltratado de manera alguna a causa de la voluntad arbitraria de varios individuos. Es el derecho de cada uno a expresar su opinión, a escoger su trabajo y a ejercerlo, a disponer

---

que se adopte en el curso de un procedimiento, sino una pura situación fáctica, sin que puedan encontrarse zonas intermedias entre detención y libertad”.

[8] NARANJO DE LA CRUZ, R.; “Derechos fundamentales”, en AA.VV., *Manual de Derecho Constitucional*, capítulo XVIII, Tecnos, Madrid, 2003, p. 478.

[9] LAPORTA, F.; “Sobre el uso del término "libertad" en el lenguaje político”, Sistema, núm. 52, Madrid, 1983, pp. 23-43.

de su propiedad, y abusar incluso de ella; a ir y venir sin, pedir permiso y sin rendir cuentas de sus motivos o de sus pasos"[10].

En la misma línea, se pronuncia Berlín defendiendo que "la libertad es autodominio, la eliminación de los obstáculos que se oponen a mi voluntad, cualesquiera que sean estos obstáculos: la resistencia de la naturaleza, de mis pasiones no dominadas, de las instituciones irracionales o de las opuestas voluntades o conductas de los demás"[11].

La libertad cobra todo su sentido, cuando en el caso que nos ocupa, supone la limitación o cuanto menos, la restricción del valor que tiene como garantía de los derechos que deben asistir a cualquier ser humano por su propia naturaleza.

Una aproximación conceptual sobre la detención, nos demuestra que no se puede, siquiera, representar una única definición válida en todo orden y lugar. En este sentido, afirma

---

[10] CONSTANT, B., «De la libertad de los antiguos comparada con la de los modernos". Escritos políticos, trad. M. L. Sánchez, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, pp. 257-285, p. 26.

[11] BERLÍN, I.; "Dos conceptos de libertad", en Cuatro ensayos sobre la libertad, (traducción de BAYÓN, J.), Alianza, Madrid, 1998, p. 249

Rodríguez que “desde el punto de vista histórico, doctrinal y legislativo, la detención ha sido entendida y por tanto definida, de muy diversas maneras”[12].

En la misma línea, se pronuncia Zavaleta que “en cuanto a la doctrina, las innumerables definiciones propuestas ha dado lugar a su clasificación en diversos grupos, según sea que las mismas sigan o se aparten de algunas corrientes doctrinarias o se ajusten o no a la definición propuesta por algún autor en particular”[13].

Por tanto, en base a estas consideraciones, se establece una amplia definición sobre la detención. Con todo ello, la doctrina general defiende que la detención será toda retención personal prolongada en el tiempo, derivada de una actuación ilícita del detenido, con total independencia del sujeto que la practique, la finalidad a la que obedezca o su naturaleza penal, administrativa o incluso civil de la que derive.

---

[12] RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, J.; La detención preventiva y los derechos humanos en derecho comparado, universidad autónoma de México, México, 1981, p. 3

[13] ZAVALETA, A.J.; La prisión preventiva y la libertad provisoria, Arayu, Buenos Aires, 1954, p. 57

En definitiva, la detención no es otra cosa que la privación de la libertad que hace una autoridad a una persona, dentro de los parámetros de la Constitución y la Ley.

Esos parámetros legales a los que hacemos referencia confluyen como principios esenciales que deben, en todo caso, cumplirse como límites mínimos para el ejercicio de la figura jurídica de la detención. Todo ello, responde a la intención que el legislador constitucional pretende dar, sobre la garantía que representa el valor de la libertad como derecho fundamental.

Hay que tener presente la afirmación que hiciera Aguiar de Luque, cuando afirma que “analizar o intentar analizar los límites de los derechos fundamentales, representa en buena medida abordar el problema de la fuerza vinculante de los enunciados constitucionales, toda vez que, consagrados éstos por el texto constitucional, cabe preguntarse en qué medida es admisible introducir limitaciones en posiciones subjetivas que han sido proclamadas al máximo nivel normativo, más aún si, como ha

quedado antes indicado en frase ya tópica, tales derechos condensan los supremos valores de la comunidad"[14].

Por otro lado, aclara que "en efecto, la consagración constitucional de un derecho no es la mera formalización de unas presuntas facultades naturales del hombre, como tampoco representa una mera definición de un ámbito de "agere licere", para lo que bastaría con una remisión genérica al principio general de libertad del ser humano"[15].Porque, "desde una perspectiva jurídica, parece incuestionable que los derechos fundamentales se hallan sometidos a límites, aunque sólo sea por su necesidad de articulación con los derechos de los demás"[16].

Es necesario advertir, que parte de la doctrina afirma en referencia a la conculcación de las condiciones exigidas para la detención legal, que "no se actúa como particular, sino como autoridad o funcionario que se excede en el ejercicio de su

---

[14] AGUIAR DE LUQUE, L.; *"Los límites de los derechos fundamentales"*, en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, número 14. Enero-abril, Madrid, 1993, p. 11.

[15] Ibídem, p. 12.

[16] Ibídem, p. 12.

competencia. No prescinde de ésta, no actúa fuera completamente de la misma, es más, no atenta directamente contra la libertad, sino más bien contra las garantías de la misma"[17].

De este modo, afirman Carolina Bolea y Ricardo Robles que "el exceso en las facultades que se otorgan a los funcionarios públicos con relación a estos derechos, sería lo que determinaría la aplicación de estos últimos delitos, pues la restricción de la libertad ambulatoria sólo queda plenamente justificada cuando se practica con escrupuloso respeto a las exigencias legales"[18].

Así, de forma general, la doctrina acepta que los principios esenciales sean estadios apreciables en toda detención como "la detención en general será la excepción y no la norma en la investigación y determinación de la verdad, por cuanto se conculca el principio general de presunción de inocencia, por lo que toda

---

[17] CARBONELL MATEU, J.C. y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.; *Comentarios al Código Penal de 1995*, vol. I, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1996, p. 862.

[18] BOLEA BARDÓN, C. y ROBLES PLANAS, R.; "La tipicidad de las detenciones ilegales policiales", en *Revista de análisis del derecho, Indret*, Barcelona, 2006, p. 4.

persona acusada de un delito, será considerada inocente mientras no se demuestre su culpabilidad".

En esa misma línea, afirma el Tribunal Supremo, "cuando la detención nace o surge teñida de ilegalidad, por razones ajenas al servicio e interés público, por motivaciones exclusivamente privadas, la actuación sale o escapa del marco competencial del agente, quien dimite de su condición de funcionario público al poner las facultades que la ley le concede al servicio de intereses meramente particulares"[19].

Por su parte, Climent Durán defiende que "antes de abordar algunos de estos problemas, conviene referir que tanto en los Tratados Internacionales ratificados por España como en la propia Constitución española se parte de un concepto amplio de detención ilegal, esto es, no se limita a los casos de detención no prevista en la ley (ilegítima ab initio), sino que abarca también la detención que

[19] Reza en este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo número 1131/1997, de 18 de febrero, en su Fundamento Jurídico segundo.

vulnera el procedimiento legalmente establecido (infracción de las garantías que rodean la detención)"[20].

En este sentido, entiende Durán que "existe causa por delito cuando, constando un hecho delictivo que esté al menos racionalmente indiciado y que sea imputable a una o varias personas, se produce una actuación policial o judicial dirigida a la averiguación de ese hecho o al aseguramiento de la persona o personas presuntamente responsables"[21].

Y añade que "la causa por delito ha de estar específicamente dirigida contra la persona que es objeto de una detención ilegal, de modo que, si en el seno de una causa criminal ya existente, por estar dirigida contra otras personas, se considera erróneamente por la policía, que una persona hasta entonces no imputada tiene responsabilidad en la misma y se procede a su detención, está será

[20] CLIMENT DURÁN, C.; *Detenciones ilegales policiales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, pp. 71 y ss.

[21] Ibídem, pp. 82-83.

calificada de indebida, toda vez que contra ella no mediaba causa alguna por delito"[22].

Una primera configuración de la detención se centra, al menos en inicio, en la expresa vulneración del derecho fundamental a la libertad ambulatoria. Vulneración aceptada jurídicamente. Precisamente por ello, deberá en todo caso, estar revestida de las garantías constitucionales así como, de los límites que conformen la tutela y protección del derecho fundamental a la libertad.

La libertad como derecho fundamental viene reconocida como un soporte que garantiza, no solamente el pleno derecho personal, sino que también avala el pleno desarrollo de la personalidad del sujeto. Estamos en este sentido, haciendo referencia a un derecho fundamental que posiciona al individuo en un estatus prevalente frente a cualquier injerencia o lesión por parte de terceros.

En este punto, es necesario reseñar que los derechos fundamentales que nuestra Carta Magna reconoce y

[22] Ibídem, p. 84. En ese mismo sentido, puede verse la Sentencia del Tribunal Supremo 7436/2003 de 29 de septiembre.

específicamente por el valor cardinal que la libertad personal tiene en el Estado de derecho, obliga a someter la detención de cualquier ciudadano, al criterio de necesidad estricta y además, al criterio del lapso temporal más breve posible, en consonancia con lo dispuesto también en normas internacionales de derechos humanos.

Un particular interés desde la perspectiva del texto constitucional español, cobra la conexión que establece el artículo 9.2 de la Constitución española cuando reconoce que “corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivos, remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”.

Si la personalidad humana, es el fin de todas las teorías que existen sobre los derechos del hombre, la libertad constituye un camino ineludible para alcanzar esa personalidad humana.

En este sentido, Kant defendía que, “la libertad, en la medida en que puede coexistir con la libertad de todos los demás de acuerdo con una ley universal, es el único derecho original que

corresponde a todos los hombres en virtud de la humanidad de estos"[23].

Por su parte, Ferrajoli afirma que "la esfera de lo indecidible diseñada por las constituciones constituye el rasgo distintivo de la democracia constitucional y no puede, por tanto, ser ignorada al definirla.

Bobbio y Bovero hablan de los derechos fundamentales de libertad y sociales, como "precondiciones lógicas" de la democracia. Pero una precondición lógica es una condición necesaria, es decir, una condición, sine qua non, la cual por tanto, no puede dejar de formar parte de la definición del término definido"[24].

En este sentido, "estas condiciones o precondiciones son las que determinan lo que he llamado en varias ocasiones la dimensión sustancial de la democracia, referida precisamente a lo que puede y a lo que no puede no ser decidido, en suma, a los contenidos, o sea

---

[23] KANT, I.; *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, Encuentro, Madrid, 2003, p.75.

[24] FERRAJOLI, L.; "La esfera de lo indecidible y la división de poderes", en *Estudios Constitucionales*, 6, nº 1, Talca, 2008, pp. 337-338.

a la sustancia de las decisiones, en oposición a su dimensión formal, la cual por el contrario se refiere al cómo y al quién, es decir, a la forma de las decisiones: una dimensión que ha sido injertada en la democracia por esa mutación de paradigma del derecho, de la validez y consiguientemente de la misma democracia que ha sido producida por su estipulación en constituciones rígidas"[25].

Afirma, no obstante, Ferrajoli, que por su parte, tanto "Bovero, como Bobbio, parecen refractarios al uso de la expresión "democracia sustancial", ciertamente desgastada por sus muchos usos y abusos ideológicos. Pero creo que no debemos tenerle miedo a las palabras, una vez que han sido claramente redefinidas"[26].

La dialéctica democrática permite que se reconozca la libertad como base argumental reconocida al individuo en calidad de ciudadano. Las palabras redefinen los conceptos que los individuos utilizan para conformar los límites reales de cualquier significado.

---

[25] Ibídem, p. 338.

[26] Ibídem, p. 339.

La responsabilidad que asume el Estado como poder mediático protector, establecido mediante esta libertad pactada que es la democracia, obliga a definir adecuadamente los márgenes que el propio término detención adquiere en un marco representado por la libertad como derecho fundamental.

Por tanto, la detención que se realice y no cumpla con los requisitos legales establecidos como garantía y tutela de la libertad, puede calificarse como privación de libertad ilegales. Así pues, aquellas detenciones indebidamente prolongadas o mantenidas en el tiempo o aquellas que, aún sin rebasar el indicado límite máximo, sobrepasen el tiempo indispensable para realizar las oportunas pesquisas dirigidas al esclarecimiento del hecho delictivo que se imputa al detenido, se entenderá que vulnera flagrantemente el derecho fundamental de la libertad.

Las condiciones que configuran la detención legal, expresan la relevancia del derecho fundamental de la libertad.La libertad como valor superior en nuestro modelo constitucional, viene contemplada en el Capítulo II del Título I, bajo la denominación de “Derechos y libertades”.

El legislador constitucional, se esforzó en plasmar a la libertad como valor superior proyectando a la libertad como la capacidad de autonomía que tiene el sujeto para optar entre las diferentes opciones que se le presentan en la vida. Todo ello tiene como respuesta lógica, el valor que asume la libertad como derecho fundamental anterior al propio ordenamiento constitucional, puesto que resulta inherente a la propia naturaleza humana.

La consideración que asume la libertad como derecho fundamental, se hace extensible a la libertad ideológica y religiosa, a la libre expresión, a la seguridad, a la residencia, y a la libre circulación.

Precisamente por ello, la detención opera como restricción del derecho fundamental a la libertad personal y en todo caso, debe quedar revestido por las garantías que el propio marco normativo constitucional reconoce a tal efecto.

No hay que olvidar que la libertad de los ciudadanos se cristaliza de manera evidente en un régimen democrático, donde los derechos fundamentales alcanzan su máxima expresión, es decir, la

regla general y no la excepción[27].Por ello, resulta determinante entender que uno de los rasgos característicos básicos de la detención es su sometimiento a límites temporales, en aras de evitar la posible vulneración de derechos fundamentales del detenido.

Adquiere todo su sentido cuando el artículo 17.2 de la Constitución española reconoce que "la detención preventiva no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos, y, en todo caso, en el plazo máximo de setenta y dos horas, el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial".

Se desprende por tanto que, del contenido normativo de nuestra Carta Magna se pueden deducir dos límites temporales a la duración de la detención preventiva.

Por un lado, nos encontramos con lo que se denominaría, un límite temporal relativo. En este sentido, se señala que la detención

[27] Así recoge la Sentencia del Tribunal Constitucional número 209/2000, de 24 de julio, en su Fundamento Jurídico tercero.

no puede durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos.

Y de otro, nos encontramos con un límite que viene entendido como temporal absoluto, donde se fija que el plazo máximo de la detención es de setenta y dos horas, computadas desde el inicio de la detención, momento que no tiene por qué coincidir con el de ingreso en dependencia policiales.

Esas evidencias hacen concluir a Rafael Naranjo que "la detención debe finalizar tan pronto como se cumpla el plazo más beneficioso para el detenido. Por tanto, se excede del plazo máximo cuando, aún dentro del término de setenta y dos horas, continúa la situación de detención, si ésta ya no es necesaria para el esclarecimiento de los hechos"[28].

La detención no es una decisión tomada en el curso de un procedimiento judicial, sino que consiste en una mera situación de hecho y por tanto constituye una medida cautelar de naturaleza personal y profesional que puede ser adoptada tanto por la

[28] NARANJO DE LA CRUZ, R.; "Derechos fundamentales", cit., p. 479.

autoridad judicial como por la policía, incluso en determinados casos puede ser adoptada por los particulares.

Por su parte, Gimeno Sendra afirma que "la detención personal constituye una limitación del derecho de los imputados con el único objeto de ponerlos a disposición judicial"[29].

En la misma línea, el Tribunal Constitucional define el concepto de detención como "cualquier situación en que la persona se vea impedida u obstaculizada para autodeterminar, por obra de su voluntad, una conducta lícita. Por lo que la detención no es una decisión que se adopte en el curso del procedimiento, sino una pura situación fáctica, sin que puedan encontrarse zonas intermedias entre la detención y la libertad"[30].

Tal y como afirma Fernández Segado "la libertad es una dimensión esencial de la persona. Entendida como libertad general de actuación o, si se prefiere, como libertad general de

---

[29] GIMENO SENDRA, V.; *Manual de Derecho Procesal Penal*, Colex, Madrid, 2008, pp. 320 -321.

[30] En este sentido es interpretado en la Sentencia del Tribunal Constitucional número 98/1986 de 10 de julio.

autodeterminación individual, se nos presenta, a juicio de nuestro "intérprete supremo de la Constitución" como un valor superior del ordenamiento jurídico, que se concreta en un conjunto de manifestaciones a las que la norma suprema concede la categoría de derechos fundamentales, como son, entre otros, las libertades a que se refieren los artículos de la Constitución española 16.1 (libertad ideológica, religiosa y de culto); 18.1 (derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen); 19 (libertad de residencia y de circulación); 20 (libertades informativas) y, muy particularmente y desde luego sin ánimo exhaustivo, 17.1 (derechos a la libertad y a la seguridad personal)"[31].

Para el Tribunal Supremo, la detención es "una medida cautelar, realizada en el curso del procedimiento penal o en función de su incoación preordenada a garantizar la futura aplicación del ius puniendi y de modo inmediato, a proporcionar al juez de instrucción el primer sustrato fáctico para la incoación de las diligencias

[31] FERNÁNDEZ SEGADO, F.; "El derecho a la libertad y la seguridad personal en España", en *Revista Ius Praxis*, Volumen 5, número 1, Santiago de Chile, 2006, p. 15.

penales y la adopción, en su caso, de las medidas cautelares de carácter provisional"[32].

La Constitución española, define el concepto de detención en su artículo 17, quedando recogida dentro del apartado previsto para los derechos fundamentales. Con lo cual, la detención goza de una situación privilegiada y reforzada, ya que la vulneración de la misma puede dar lugar a un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

Precisamente por ello, podemos comprobar cómo el artículo 17.1 de la Constitución española de 1978 deja clara la intención del legislador, cuando reconoce que "toda persona tiene derecho a la libertad y seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en la forma prevista por la ley". Este derecho a la libertad y a la seguridad se refiere al derecho a la libertad física[33], que garantiza a todo ciudadano la no intromisión en su ámbito personal con medidas

[32] Así reza en la Sentencia del Tribunal Constitucional número 95/ 1989 de 1 de febrero, en su Fundamento Jurídico cuarto.

[33] En este sentido es interpretado en la Sentencia del Tribunal Constitucional número 120/1990, de 31 de enero, especialmente en su Fundamento Jurídico sexto.

como la detención u otras parecidas que si se tomaran o se adoptaran de forma ilegal o arbitraria, éstas podrían acotar y perturbar la libertad de toda persona en cualquier momento y lugar dentro del territorio nacional, su vida individual y social y con arreglo a su propia opciones o convicciones[34].

Por lo que se intuye que el valor "libertad" viene de esta forma a garantizar un elenco de derechos fundamentales, si bien tal garantía no alcanza a otorgar a dichos derechos como contenido concreto todas y cada una de las múltiples actividades y relaciones vitales que la libertad hace posibles, por importantes que éstas sean en la vida del individuo"[35].

Por su parte, Fernández Segado afirma que "la libertad personal en España, en su origen histórico, tenía como finalidad primigenia proteger al ciudadano frente a la arbitrariedad en las detenciones y prisiones anteriores a la finalización de un proceso penal por una Sentencia judicial, sin que, frente a las privaciones de

[34] En este sentido se interpreta en la Sentencia del Tribunal Constitucional número 15/1986 de 31 de enero, en su Fundamento Jurídico cuarto.

[35] Así se recoge en la Sentencia del Tribunal Constitucional número 89/1987, de 3 de junio, concretamente en su Fundamento Jurídico segundo.

libertad acordadas en ésta nadie cuestionara su legitimidad, siempre que fueran impuestas por Tribunal competente y de conformidad con el procedimiento legalmente establecido"[36].

Sin embargo, "conviene ya anticipar que, como más adelante tendremos oportunidad de exponer, en los ordenamientos constitucionales de nuestro tiempo, más sensibles a los derechos fundamentales, como es el caso del español, el alcance del derecho en cuestión desborda ampliamente el que pudo tener en los primeros momentos de su génesis histórica"[37].

El artículo 17.3 de la Constitución española de 1978, viene a reforzar los derechos que deben asistir al detenido cuando precisa que "toda persona detenida debe ser informada de forma inmediata y de modo que pueda ser entendido por este, de sus derechos y de las razones por las cuales se encuentra detenido, teniendo el derecho a no declarar si lo considera oportuno".

---

[36] FERNÁNDEZ SEGADO, F.; "El derecho a la libertad y la seguridad personal en España", cit., p. 17.

[37] Ibídem, p. 17.

Quizá tampoco sea ocioso señalar que “los operadores jurídicos vienen obligados a interpretar restrictivamente cualquier excepción a la regla general de libertad. Si esta interpretación restrictiva de los límites de los derechos constitucionales es una regla general de la hermenéutica de los derechos, creemos que en el caso que nos ocupa debe ser acentuada, dada la íntima conexión del derecho a la libertad personal con el valor “libertad” y con el núcleo axiológico central de todo nuestro ordenamiento, el valor dignidad de la persona”[38].

Finalmente, en este mismo artículo 17 de nuestra Carta Magna se garantiza a “todo detenido el derecho ser asistido por un abogado, desde el momento en que se encuentre detenido por los cuerpos y fuerzas de seguridad estado en dependencias policiales y por tanto también se garantiza este derecho en las dependencias judiciales”.

Por tanto, el derecho a la libertad se extiende “en los supuestos de privación de la misma, no sólo a que se respeten los casos y la forma legalmente previstos, sino también, a que la norma legal que

[38] Ibídem, p. 18.

ha de fijar tales supuestos y formalidades reúna una serie de características relativas a su tipo, rango y modo de aprobación, lo que, indiscutiblemente, añade una garantía, frente al mismo legislador, a las demás constitucionalmente previstas para proteger el derecho que nos ocupa"[39].

Conviene, no obstante, precisar que de lo hasta aquí expuesto no debe desprenderse que "el contenido del derecho del artículo 17 de la Constitución española incluya una suerte de "derecho al rango" (en este caso, al rango de Ley Orgánica), sino más bien que el derecho a la libertad personal incluye entre sus garantías todas

[39] Por su parte, la Sentencia del Tribunal Constitucional número 140/1986, de 11 de noviembre, en su Fundamento Jurídico sexto. En este sentido, es sumamente interesante el voto particular de Eugenio Díaz Eimil por cuanto expresa su convencimiento de que "respecto de las leyes que reconozcan restricción de derechos fundamentales, debe distinguirse entre «leyes de desarrollo" y «leyes limitativas", y señalar que las primeras son aquellas que, de manera específica y a su solo objeto, establecen la configuración del derecho o libertad, determinando su contenido, forma de ejercicio y garantías procesales. Es decir, constituyen el estatuto general del derecho o libertad que desarrollan, mientras que las segundas, dictadas al margen de todo propósito de regulación de los mismos, son las que inciden en ellos de manera negativa con normas que limitan su ejercicio o incluso lo suprimen temporalmente. Es claro que las leyes penales sustantivas, que establecen delitos y sus penas correspondientes, son leyes que, en relación con el derecho a la libertad personal, no son incluibles entre las primeras, pues su objeto no es definir su contenido, sino que pertenecen a las segundas en cuanto inciden en su ejercicio, al autorizar penas que impiden su ejercicio".

las previstas en diversos preceptos constitucionales (el propio artículo 17, los artículos 25.1, 53.1 y 2, y 81.1), cuya vulneración supone la del mismo derecho"[40].

1.3. Distinción entre detención y retención

La figura jurídica de la detención puede confundirse con la retención, puesto que ambas trabajan con el mismo arsenal conceptual. Sin embargo, un análisis pormenorizado nos permite comprobar las diferencias existentes entre ambas figuras.

Aunque de inicio resulta sumamente sencillo diferenciar ambas instituciones, no cabe duda que se ha de realizar una puntualización que resulte definitoria de las mismas.

Primeramente, se puede afirmar que la detención constituye una privación más o menos prolongada del derecho a la libertad

[40] Ibídem, F.J.7º.

ambulatoria de la persona que la sufre. Sin embargo, la retención comportaría únicamente una inmovilización provisionalísima, que sólo se mantendría durante el tiempo imprescindible para realizar unas determinadas diligencias.

Como puede verse, la diferencia entre la detención y la retención resultan destacables, y por tanto, las posibles confusiones quedarían resueltas. La más clarificadora de las diferencias es la que resulta cuando se entiende que en la detención, se prolonga la limitación de derechos que se efectúa, mientras que en la retención es ínfima o muy provisional y residual esa limitación.

Cuando la retención provisionalísima se prolonga en el tiempo, puede producir cierta confusión. Pues las figuras se asimilan en materia de limitación o vulneración de derechos fundamentales.

Es en este sentido, cuando cabe preguntarse si todavía nos encontramos ante una mera retención o si, por el contrario, la privación de libertad que conlleva esa prolongación temporal supone necesariamente el paso a una situación de detención.

La importancia de la adecuada valoración de esta cuestión es que la correcta distinción entre una y otra figura no constituye un

mero ejercicio teórico, sino que conlleva importantes consecuencias de índole práctico.

En la retención únicamente se exige la existencia de cobertura legal, el respeto al principio de proporcionalidad y la evitación de la arbitrariedad. En la detención se exigen premisas de mayor calado, aparece revestida además de una serie de garantías constitucionales y legales de obligatorio cumplimiento, entre las que ocupa un lugar preeminente la necesidad de asistencia letrada.

En este punto, se ha de recordar que se ha producido un giro de cierta relevancia en materia constitucional, por cuanto se puede afirmar que hasta 1993 el Tribunal Constitucional no admitía la figura de la retención, entendida como el mantenimiento de una persona en dependencias policiales contra su voluntad y sin dar cumplimiento a lo previsto en los artículos 17 de la Constitución española y 520 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal[41].

Sin embargo, en ese mismo sentido, la polémica Sentencia 341/1993, de 18 de noviembre, entendió legítimo que la Ley establezca privaciones de libertad a las que no se aplican todas las

[41] Así reza en la Sentencia del Tribunal Constitucional número 98/1986, de 10 de julio.

garantías previstas por el artículo 17 para la detención, sino únicamente algunas de ellas.

Lógicamente, esta doctrina ha configurado un concepto de retención que, lejos de la provisionalísima inmovilización a la que antes se hacía alusión, supone una verdadera privación de libertad no asimilable a la detención, ni regida por el mismo marco jurídico que ésta.

En esta línea, defiende Málaga Diéguez que "ese tertium genus no debería reputarse admisible en nuestro Derecho, por lo que el concepto de retención debería quedar circunscrito a las referidas inmovilizaciones provisionalísimas"[42].

En cuanto a lo que hemos visto anteriormente, podemos llegar al convencimiento, que el concepto detención tiene gran variedad de definiciones, todo ello, en función del carácter más o menos amplio que queramos dar.

[42] MÁLAGA DIEGUEZ, F.; "Detención y retención", cit., p. 147.

Así, según Rebato Peña, “por un lado si utilizamos un sentido más estricto podemos tomar en consideración que la detención es aquella medida adoptada por las fuerzas y cuerpos de seguridad, por los particulares, por el ministerio fiscal bajo el mandato de la autoridad judicial, consistente en la privación de libertad del sujeto como consecuencia de su vinculación de un hecho delictivo[43]”.

Mientras que en un sentido amplio, es detención cualquier tipo de retención que supere el tiempo marcado como límite de ésta y que suponga un perjuicio en la libertad ambulatoria del sujeto, realizada por cualquier otra persona, como consecuencia de una acción supuestamente ilícita y flagrante del sujeto detenido.

[43] REBATO PEÑO, M.E.; *La detención desde la constitución,* Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006, p. 69.

2. La detención

2.1. La detención como privación de libertad

A lo largo de la historia de las diferentes constituciones, se puede comprobar como después de la Revolución Francesa, la libertad ha sido uno de los valores a los que se le ha intentado dotar de la máxima protección.

La detención, viene entendida como "la privación provisional o preventiva de la libertad de la persona y, en consecuencia, como restricción de un derecho fundamental, necesita estar provista de una serie de garantías que la hagan constitucionalmente admisible"[44].

En este sentido, se hace del todo necesario recordar que la libertad de la persona constituye en un Estado democrático una consideración de carácter general y por tanto, no puede verse limitada o transgredida por terceros. De hecho, la voluntad del

[44] RICHARD GONZÁLEZ, M., RIFA SOLER, J. M. y VALLS GOMBAU, J. F.; *Proceso Penal Práctico, 6ª Edición*. Edit. La Ley, Madrid, 2009, p. 740.

legislador queda plasmada cuando la conforma, no sólo como valor fundante del ordenamiento jurídico, sino como un auténtico derecho fundamental.

Si bien la detención supone la acción que implica la posibilidad de privar de libertad a un sujeto, no es menos cierto que el sujeto por su propia naturaleza tiene unos derechos que le resultan inherentes. Derechos subjetivos que tienen por tanto, la exigible protección por parte del Estado.

Este sujeto sin embargo es titular de una serie de derechos, y en particular del derecho a la presunción de inocencia que le asiste a lo largo de todo el procedimiento penal.

El derecho a la libertad constituye el soporte básico del Estado Social de Derecho. Resulta inimaginable la posibilidad que un individuo pueda verse lesionado por la acción transgresora por la acción estatal.

Elías Días, representa, al Estado de Derecho Democrático y de derecho como “imprescindible no sólo tener imperio de la ley,

legalidad de la administración y separación de poderes, sino también respeto por los derechos humanos"[45].

En la actualidad, la privación injusta de la libertad resulta un debate que ha despertado un gran interés. El derecho a la libertad personal puede verse restringido con la detención, por cuanto acontece la limitación objetiva de ese derecho, teniendo causa en una orden judicial de autoridad competente. Así, el derecho a la libertad, se califica como un derecho desprotegido cuando se exceden los términos para poner al detenido a disposición de la autoridad o se rebasa los plazos para definir su situación jurídica, desconociéndose con ello su núcleo esencial por quedar sometido a limitaciones que lo hacen impracticable. Sucede en grado máximo en aquellos eventos en que la detención arbitraria desencadena la desaparición forzada, o cuando lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección al impedir al privado de la libertad de ejercer las acciones necesarias para su protección.

En este sentido, "todo detenido examen de la sociedad, el derecho y el Estado, debe necesariamente girar en torno a la

[45] DÍAZ, E.; *Estado de Derecho y sociedad democrática*, Madrid, Taurus, 1998, p. 29.

persona humana, principio, medio y fin de ellos, a tal punto, que fija su sentido y destino, como la evolución humana lo pone de manifiesto"[46]

El derecho a la libertad personal como derecho humano adquiere una protección especial tanto en instrumentos internacionales como en legislación nacional, estableciendo mecanismos jurídicos que impidan que autoridades estatales lo vulneren, bien sea en el marco de sus funciones o de manera ilegal en expresión del desbordamiento de su poder.

En este sentido, puede afirmarse que la protección de este derecho es la prueba evidente de la evolución y humanización de la ciencia jurídica.

A través del derecho a la libertad se reconoce que la persona humana es fin y no instrumento del Estado, su calidad como sujeto de derecho, dignifica su vida y reconoce su papel en la sociedad. Lo más relevante de este derecho es que limita el poder del Estado y advierte sobre acciones arbitrarias por parte de poder vigente.

---

[46] ALSINA RAMÓN M.; *Persona y Derecho,* Abeledo, Buenos Aires, 1947, p. 1.

Por su parte, Patiño González, defiende que "el derecho a la libertad personal, es sin duda, el más preciado de todos los derechos subjetivos, públicos y privados por cuanto es presupuesto esencial para la materialización de otros derechos inalienables (vida, igualdad, intimidad, al libre desarrollo de la personalidad, etc.) y base para el desarrollo de la dignidad humana en su más amplia expresión"[47].

En este sentido, afirma que "la prevalencia del derecho a la libertad personal se apoya en el hecho notorio de que sólo con sustento en él es posible articular la totalidad de derechos restantes, y por ello, su vulneración conduce en la práctica, a imposibilitar la actuación de otro"[48].

Nuestra Carta Magna en su artículo 17 recoge el derecho a la libertad que cristaliza en "Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, sino con la

[47] PATIÑO GONZÁLEZ, M.C.; *Naturaleza Jurídica del Hábeas Corpus*, Doctrina y Ley, Bogotá, 2005, p. 18.

[48] Ibídem, p. 18.

observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma prevista en la ley.

2. La detención preventiva no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos, y, en todo caso, en el plazo máximo de setenta y dos horas, el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial.

3. Toda persona detenida debe ser informada de forma inmediata, y de modo que le sea comprensible, de sus derechos y de las razones de su detención, no pudiendo ser obligada a declarar. Se garantiza la asistencia de abogado al detenido en las diligencias policiales y judiciales, en los términos que la ley establezca.

4. La ley regulará un procedimiento de “habeas corpus” para producir la inmediata puesta a disposición judicial de toda persona detenida ilegalmente. Asimismo, por ley se determinará el plazo máximo de duración de la prisión provisional”.

2.2. Garantías constitucionales en la detención

Como entiende Loewenstain, “han pasado muchos siglos hasta que el hombre político ha aprendido que la sociedad justa, es la que le otorga y garantiza sus derechos individuales, depende de la existencia de límites impuestos a los detentadores del poder en el ejercicio de su poder, con el tiempo se ha ido reconociendo que la mejor manera de alcanzar este objetivo será haciendo constar los frenos que la sociedad desea imponer a los detentadores del poder en forma de un sistema de reglas fijas, la constitución, destinada a limitar el ejercicio del poder político se convirtió en el dispositivo fundamental para el control del proceso del poder”[49].

Afirma Pérez Luño que “si la expresión garantías constitucionales es susceptible de diversas acepciones, tampoco parece fácil el intento de conceptualización de la expresión

[49] LOEWENSTAIN, K.; *Teoría de la Constitución*, Ariel, Barcelona, 1979, p. 149.

derechos fundamentales, que además se encuentra flanqueada por otras denominaciones próximas"[50].

Por su parte, Fioravanti afirmaba, respecto de la Revolución Francesa "para los constituyentes franceses en aquellos momentos históricos, confiar las libertades y los derechos a la historia habría significado consentir que las prácticas sociales e institucionales del antiguo régimen continuasen ejerciendo su influencia tras la revolución, y por ello, todo el proyecto revolucionario se construye a través de la contraposición radical al pasado del antiguo régimen, en la lucha contra la doble dimensión del privilegio y particularismo y por lo tanto, a favor de los nuevos valores constitucionales: fundamentalmente, los derechos naturales e individuales y la soberanía de la nación"[51].

En este mismo sentido, defendía "mientras en la Revolución Americana, no tenía ningún antiguo régimen que derribar. Ciertamente, también está revolución tenía que provocar su propia

---

[50] PÉREZ LUÑO, A.; "Delimitación conceptual de los derechos humanos", en AA.VV., CASCAJO y otros; *Los derechos humanos*, Sevilla, 1979, p. 13.

[51] FIORAVANTI, M.; *Los Derechos Fundamentales, apuntes de historia de las constitución*, Trotta, Madrid, 1996, p. 59.

ruptura, que en este caso consistía en la separación definitiva de la madre patria, en la proclamación de la independencia, pero se trataba de algo bien distinto, que no implicaba en absoluto la necesidad de definirse respecto al pasado, como sucedía en el caso de la Revolución Francesa"[52].

El constitucionalismo establece la fundamentación de los derechos humanos positivizados, trasladándolos a derechos fundamentales y libertades públicas.

Según Richard González, "Debemos entender la detención, como la privación provisional o preventiva de la libertad de una persona y por tanto como la restricción de un derecho fundamental qué deberá venir avalada por una serie de garantías que la hagan al admisible" dentro de nuestro ordenamiento jurídico. Estos requisitos deberán ser formales y procedimentales ya que de no darse estos podemos incurrir en la detención ilegal"[53].

---

[52] Ibídem, p. 78.

[53] RICHARD GONZALEZ, M.; RIFA SOLER, J.M. y VALLS GOMBAU, J.F.; Proceso Penal Práctico, cit., p. 740.

Para ello, nuestra norma superior en su artículo 17.2 cristaliza en “la detención preventiva no podrá durar más de lo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos y, en todo caso, en el plazo máximo de 72 horas el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición judicial”[54].

Se ha de tener en cuenta también que nuestra Carta Magna en su artículo 1 proclama como valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico “la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político”[55].

En esa misma línea, nuestro Tribunal Constitucional entiende la libertad como “aquella autonomía del individuo para elegir entre las diversas opciones vitales que se presente, de acuerdo con sus propios intereses y preferencias” o “libertad general de actuación o libertad general de autodeterminación del individuo”[56].

---

[54] LLERA SUAREZ-BARCELONA, E.; Derecho Procesal Penal, Manual para criminólogos y policía, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pp. 287- 288.

[55] Ibídem, p. 288.

[56] Ibídem, p. 288.

Por su parte, defiende Aguiar de Luque que "las garantías constitucionales, presuponen la existencia misma de un texto constitucional, pero a su vez constituyen elemento esencial para la consideración jurídica de aquél, ya que sólo a través de un sistema de garantías constitucionales que, como ha dicho Galeotti, se tutela la regularidad constitucional y cobra la Constitución pleno significado jurídico"[57].

Es indiscutible que el derecho a la libertad no puede ser absoluto y deberá ser limitado en ciertos casos. Así parece entenderlo nuestro Tribunal Constitucional cuando afirma que es necesario "interpretar restrictivamente cualquier excepción a la regla general de la libertad"[58].

Por lo que, debe exigirse, como estipula este propio Tribunal Supremo que "una proporcionalidad entre el derecho a la libertad y la restricción de esta libertad, de modo que se excluya aunque esté

---

[57] AGUIAR DE LUQUE, L.; "Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales en la constitución española", en *Revista de Derecho Político, número* 10, Madrid, 1981, p. 110.

[58] En este sentido se recoge en la Sentencia del Tribunal Constitucional 112/1988 de 22 de Junio en su Fundamento Jurídico segundo.

prevista en la ley privaciones de libertad que, no siendo razonables, rompan el equilibrio entre el derecho y su limitación"[59].

2.3. Límite temporal de la detención

La detención viene entendida como una restricción legal del Estado de Derecho y por tanto, susceptible de las garantías que ofrece el modelo democrático y social.

En este sentido, dentro de las garantías que se ofrece como salvaguarda de los derechos y prerrogativas que debe ostentar toda persona, el límite temporal constituye sin duda alguna una de las garantías que lleva implícito la imposibilidad de que el tiempo establecido por la ley sea rebasado.

En el modelo español, existen dos límites claramente diferenciados, que tienen como objetivo garantizar en cualquier caso, los derechos del detenido.

[59] Por su parte, las Sentencias del Tribunal Constitucional números 112/1988 de 8 de Junio y número 341/1993 de 18 de noviembre, reconocen esa virtual esencia.

En relación a los límites temporales resulta destacable la existencia de dos plazos, el primero de ellos es el que se conoce como el plazo relativo y el segundo, es un plazo máximo absoluto[60].

Con respecto al plazo relativo, consiste en la realización de las averiguaciones necesarias para el esclarecimiento de los hechos. En este punto, resulta destacable lo que nos deja prever el propio concepto cuando habla de relativo. La propia ley recoge la consideración temporal de la detención, que puede ser más o menos extensa en función de las circunstancias concretas y la complejidad de la investigación policial por los hechos acontecidos.

Por lo que para fijar estos plazos habrá que tener en cuenta estas circunstancias y en particular, el fin que se persigue con la medida de privación de libertad, la actividad de las autoridades implicadas y el comportamiento del afectado por la medida.

Por el contrario, en el caso máximo absoluto se presenta una concreción temporal del plazo, que ya viene contemplado por el

---

[60] URIARTE VALIENTE, L. M. y FARTO PIAY, T.; *El proceso penal español: jurisprudencia sistematizada*, La Ley, Madrid, 2007, p. 117.

propio precepto legal y viene delimitado por las 72 horas máximas computadas desde el inicio de la detención.

En este sentido, existe reiterada jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional, acerca de los límites temporales sobre la detención. Así rezan las sentencias Sentencia del Tribunal Constitucional 288/2000 de 27 de noviembre[61], señalando dos límites temporales en relación a la detención policial, en donde nos remite al artículo 17.2 y 17.4 de la Constitución española, donde persigue la finalidad ofrecer mayor seguridad al detenido y por tanto

[61] En esta sentencia del Tribunal Constitucional se recoge: "más concretamente, en cuanto límites temporales de la detención preventiva operan dos plazos, uno relativo y otro máximo absoluto. El primero consiste en el tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos, que, como es lógico, puede tener una determinación temporal variable en atención a las circunstancias del caso. Para la fijación de tal plazo habrá detenerse en cuenta esta circunstancias y en especial, el fin perseguido por la medida de privación de libertad, la actividad que las autoridades implicadas y el comportamiento del afectado por la medida. Durante el periodo de detención preventiva Y en atención a lo dispuesto por el artículo 17.3 de la constitución española, deben llevarse a cabo necesariamente de información de derechos al detenido y cabe la posibilidad de que se le tome declaración, si es que no ejercita su derecho a no prestarla. Sin embargo, el plazo máximo absoluto presenta una plena concreción temporal Y está fijado en 72 horas, computadoras desde el inicio de la detención, que no tiene que coincidir necesariamente con el momento en el que el afectado se encuentra en dependencia policiales (Sentencia del Tribunal Constitucional 86/1996, de 21 de mayo, FJ 7)".

intentando evitar que se den privaciones de libertad de duración indefinida, incierta o ilimitada en el tiempo.

Debemos tener en cuenta que el motivo de que no coincida el plazo absoluto con el relativo, es para dar una garantía al detenido, porque será de aplicación, siempre aquel que sea de menor duración. Por lo que nos encontraremos, ante una situación de detención ilegal cuando cualquiera de ambos plazos, tanto el relativo como en absoluto sean rebasados sin motivo alguno.

De igual manera, esta distinción debemos aplicarla no sólo para las detenciones policiales, sino también para aquellos actos administrativos queden lugar a las expulsiones o a las devoluciones de los extranjeros que se encuentren ilegales el territorio nacional.

El capítulo V de la Constitución española bajo la rúbrica de “de la suspensión de los derechos y libertades” recoge la posibilidad de suspender o limitar los derechos fundamentales cuando se den circunstancias y de dos formas diferentes.

En relación a lo anteriormente dicho nos encontraremos ante una suspensión o limitación colectiva de derechos, como consecuencia de la declaración de los estados de excepción y sitio,

previsto en el artículo 55 de la Constitución española. Por otro lado, de una suspensión individual en relación con aquellas personas participes en bandas armadas o elementos terroristas[62].

De esta manera, con la declaración del estado de excepción o de sitio, se establece lo que la doctrina denomina el "derecho de excepción", cuya característica es que es, transitorio y aplicable sólo durante la situación de crisis con la finalidad de superar la misma. Teniendo como consecuencia máxima, la suspensión de los derechos fundamentales.

Finalmente, debemos aclarar que en el caso del estado de alarma no ha lugar a la suspensión de estos derechos fundamentales sino única y exclusivamente a una limitación de ellos.

---

[62] Una Ley Orgánica podrá determinar la forma de los casos , de forma individual y con la necesaria intervención judicial y el adecuado control parlamentario, los derechos reconocidos en el artículo 17, apartado 2 y 18, apartado 2 y 3, pueden ser suspendidos para personas determinadas, en relación con las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas. La utilización injustificada o abusiva de las facultades reconocidas en dicha ley orgánica producirá responsabilidad penal, como violación de los derechos y libertades reconocidos por las leyes.

No debemos olvidar que la libertad de los ciudadanos debe ser la regla general, por pertenecer a un régimen democrático donde los derechos fundamentales rigen como carácter general, estableciendo la Constitución española su importancia, ya que esta viene directamente ligada con la dignidad de las personas.

3. Ámbito jurídico de la persona

3.1. Introducción

La consideración de persona viene del reconocimiento que se le otorga por propia naturaleza.

Para Hervada, “Lo que la expresión ‘condición de persona’ añade al término naturaleza humana es la expresividad con que se subraya que la naturaleza humana es una naturaleza eminente y superior, dado que la palabra persona sólo se ha aplicado y sólo

puede aplicarse a los seres que tienen la especial eminencia ontológica en que consiste ser racional"[63]

Por otro lado, lo que se atribuye a la persona en tanto ser singular "son: a) sus accidentes, y por ello la dimensión de historicidad, por ejemplo; b) lo que le pertenece a la persona por su peculiar modo de individualización como son los atributos de incomunicabilidad y autonomía; c) la condición de sujeto, es decir, de sustrato de todo lo que abarca lo universal en el hombre como la dignidad y la igualdad"[64].

Así para el profesor Hervada "La persona es un ser incomunicable y autónomo, irreductible a una mera parte de la especie y del universo, señora de sí y de su entorno. Este señorío se refleja primeramente en su capacidad de decisión libre"[65].

El sujeto pasivo de la detención, objetivamente es indeterminado, porque la acción de la detención puede recaer de

---

[63] HERVADA, J.; *Lecciones propedéuticas de filosofía del derecho*, Eunsa, Pamplona, 1992, p. 434.

[64] Ibídem, 432

[65] HERVADA, J.; *Introducción crítica al derecho natural*, Eunsa, Pamplona, 2001, p. 69.

forma natural sobre cualquier persona sin que se impongan para ello características específicas, salvo la creencia subjetiva de un tercero de que el sujeto pueda incurrir en infracción penal.

En este sentido, el objeto jurídico no es más que la libertad individual ambulatoria mientras que el objeto material resulta de la persona detenida sobre la cual recae la privación de la libertad.

Puede afirmarse que en general, el tipo penal de este delito se refiere a una decisión u omisión manifiestamente contraria a la ley, dirigida a una situación concreta: la privación de la libertad, la prolongación ilícita de dicha privación, la recepción de una persona para privarla de la libertad o mantenerla bajo medida de seguridad, y el incumplimiento del habeas corpus.

3.2. Situación jurídica del detenido

Los derechos fundamentales en la institución del detenido cobran todo su sentido, cuando son considerados como herramientas que limitan la actuación del poder estatal. Por tanto,

puede afirmarse que los derechos fundamentales se entienden como un límite del poder mismo.

La consideración de los derechos fundamentales como límite al poder tiene como punto de referencia el ámbito jurídico de la persona, entendida esta, como el sujeto que por su propia naturaleza ostenta derechos que le resultan inmanentemente propios a su naturaleza.

La seguridad humana y los derechos fundamentales trabajan en el mismo escenario jurídico puesto que ambos tienen como objetivo el ideal de garantizar el pleno derecho personal atendiendo a los valores de justicia. De la misma manera que defendemos que los derechos fundamentales constituyen un límite frente a la acción estatal, la vertiente material de la seguridad jurídica tiene como razón última, la garantía de señalar los límites al ejercicio y actuación de poder.

Un análisis sobre los derechos fundamentales nos hace comprobar el sentido que asume la libertad en la vinculación con estos derechos. La libertad por tanto viene entendida como la

imposibilidad de interferencia o lo que algunos autores como Constant reconoce como la libertad de los modernos[66].

La libertad de la persona por tanto, "es la libertad para hacer lo que se quiera, es decir, para poder actuar y decidir libremente el propio comportamiento en todos los casos, sin obstáculos, barreras o coacciones, de los poderes públicos, de otros grupos sociales y de los particulares"[67]. Es decir, es como plantea Peces Barba cuando defiende que "la libertad promocional implica poder hacer lo que se quiera y parte de la constatación de una serie de desigualdades instrumentales derivadas de la existencia de necesidades sin satisfacer, que impiden o dificultan el ejercicio de la libertad"[68].

La detención está íntimamente relacionada con la obediencia al cumplimiento de la ley, por tanto, resulta traducible el

---

[66] CONSTANT, B.; "de la libertad de los antiguos comparada con la de los modernos" en Escritos Políticos (traducción de M.L. Sánchez Mejía, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, p. 257

[67] PECES-BARBA MARTÍNEZ, G.; *Curso de derechos fundamentales*: Teoría General, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 1995, p.188.

[68] Ibídem, p. 189.

reconocimiento de la desobediencia a la misma frente a la institución de la pena privativa de la libertad.

La fórmula de los derechos fundamentales como límites al poder adquiere su verdadero sentido en relación a la protección misma que debe revestir la detención, como respuesta a la inobservancia de la norma, atendiendo en todo caso a los derechos fundamentales e inherentes que ostenta la persona. De lo contrario "no serían legítimas en la justificación de la acción o decisión.[69]

Para poder hablar que la situación jurídica de un detenido debemos tener en cuenta los efectos que producen sobre estos la figura de la detención:

El primer efecto que produce la detención es la privación de libertad ambulatoria, diferenciándose ésta, de la que se produce cuando se está cumpliendo una pena privativa de libertad impuesta por sentencia. (artículos 520.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y los artículos 5 y 8 de la Ley Orgánica General Penitenciaria).

[69] NINO, C.S.; Ética y derechos humanos, Ariel, Barcelona, 1989, p. 370.

En contraposición a la detención vemos que el detenido tiene una serie de derechos qué básicamente vienen recogidos en los artículos 17 de la Constitución española y 520 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Estos derechos[70] están pensados para los supuestos de detención policial y judicial.

Por lo anteriormente expuesto, vemos como la detención del detenido tiene una duración absolutamente determinada y breve.

Dentro de la detención existe una con un régimen especial, que coincide con el de la prisión provisional, cuando ésta es incomunicada[71], y que se encuentran reguladas en los artículos 506, el cual ha sido redactado conforme al artículo primero de la Ley Orgánica 13/2003 de 24 de octubre de reforma de la Ley de

---

[70] La detención de practicarse de la forma que menos perjudique a la persona, reputación y patrimonio; el detenido tiene derecho a que se informe de los hechos que se imputan, de las razones por las que se le ha privado de su libertad, así como de los derechos que le asisten.

[71] Podemos afirmar que en la mayoría de los casos, este tipo de detención sólo se puede practicar mediante resolución judicial y supone una limitación del régimen general de derechos que posee el detenido por lo que en este caso el propio detenido ve limitado sus derechos pues no posee por ejemplo el derecho a que se ponga en conocimiento de ningún familiar o a la persona que este desee y tampoco tendrá derecho a nombrar un abogado de su elección por lo que tampoco tendrá la posibilidad de entrevistarse con él.

Enjuiciamiento Criminal en materia de prisión provisional y el 527 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal[72].

3.3. Consideraciones sobre la persona detenida ilegalmente

En este punto, se comprueba con toda su intensidad, la relación de interdependencia entre los derechos fundamentales y su relación con el Estado de Derecho como límites al poder de la acción estatal. El Estado de derecho lleva implícito la exigencia de garantizar y salvaguardar las garantías del alcance que se le asignan a los derechos fundamentales. Así lo defiende Pérez Luño, cuando entiende que "los derechos fundamentales constituyen la principal garantía con que cuentan los ciudadanos de un Estado de

[72] GED (Grupo Editorial del Derecho), *Ley de Enjuiciamiento Criminal y normativa complementaria*, El derecho, Madrid, 2011, p. 170.

derecho de que el sistema jurídico y político en su conjunto se orientará hacia el respeto y la promoción de la persona humana"[73].

Por tanto, los derechos fundamentales se configuran como la principal garantía que tienen los ciudadanos ante el Estado Social y de Derecho, presentándose en la regulación constitucional como un conjunto de valores objetivos básicos que se proyectan como protectores de los derechos subjetivos del que toda persona presenta por su propia naturaleza.

En su dimensión subjetiva, los derechos fundamentales se presentan como derecho subjetivos que determinan el status quo de la persona. Resulta en este sentido del todo relevante, como la libertad "se posiciona junto con la seguridad humana como un derecho subjetivo frente al poder estatal. Ese status lleva implícito el reconocimiento del derecho a la libertad individual como garantía del pleno desarrollo de la subjetividad humana, que exige conjugar, a un tiempo su dimensión individual o colectiva"[74].

---

[73] PÉREZ LUÑO, A.; *Los derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 1995, p. 19.

[74] Ibídem, p. 25.

El planteamiento que ofrece Pérez Luño asume una gran relevancia cuando entiende que “incluso en el seno de los Estados de derecho, donde las proclamaciones constitucionales, son más frecuentes, amplia y generosa, se producen continuamente, quiebras y violaciones de estos derechos”[75].

Ante esta circunstancia, los instrumentos de salvaguarda que amparan los derechos fundamentales, constituyen la piedra angular de protección del sistema jurídico en el modelo de Estado de derecho. Así queda plasmado en el artículo 9.2 de la Constitución española cuando reconoce que “corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”.

Todo ello cobra sentido cuando reconoce en el artículo 9.1 que “los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico”.

---

[75] Ibídem, p. 27.

Podemos determinar que el derecho fundamental a la libertad, se encuentra también recogido en el ámbito de protección de nuestro código penal en el artículo 163 y siguientes, en el apartado "de las detenciones ilegales y secuestros"[76].

Con lo cual, toda aquella persona que retenga o encierre a otro individuo en contra de su voluntad y por tanto cohíba su libertad[77], cometerá un delito de detención ilegal.

Para que se dé el delito de detención ilegal, por un funcionario, esta se debe efectuar, prescindiendo total y absolutamente de los requisitos establecidos para ello. Lo que supone un abuso de autoridad y por lo tanto el individuo que lo sufra, podrá reclamar jurídicamente contra quien la hubiere practicado. Cuando una persona entienda que ha sido víctima de una detención ilegal puede solicitar que se ponga automáticamente a disposición judicial, mediante el procedimiento de habeas corpus.

---

[76] LANDROVE DIAZ, G.; *Detenciones Ilegales y Secuestros*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 23 y ss.

[77] Debemos tener en cuenta que para que se dé el delito de detención ilegal no es necesario que éste se realice siempre con fuerza o violencia también se podrá dar cuando se utilice para ello engaño.

Cuando este delito de detención ilegal es cometido por un funcionario de las fuerzas y cuerpos de seguridad del estado, existe un tipo penal agravado para penar dicha conducta, así se dispone en el artículo 167 del Código Penal, cuando estipula que “la autoridad o funcionario público que, fuera de los casos permitidos por la ley, y si mediar causa por delito, cometiere alguno de los hechos descritos en los artículos anteriores será castigado con las penas respectivamente previstas en estos en su mitad superior y, además, con la inhabilitación absoluta por tiempo de ocho a 12 años”.

Por su parte, nuestra legislación penal, vigente al día de la fecha, prevé una doble regulación, diferencia el delito de detención ilegal material, que es cuando viene derivado de un ilícito penal con el delito de detención ilegal formal, que se da, cuando existe una vulneración de las garantías procesales, correspondientes a la detención, como se desprende de los artículos 530 y 531 nuestro Código Penal, en donde dice “la autoridad o funcionario público que, mediando causa por delito, acordare, practicare o prolongare cualquier privación de libertad de un detenido, preso o sentenciado, con violación de los plazos demás garantías constitucionales o

legales, será castigado con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de cuatro a ocho años".

Podemos afirmar que este tipo penal, suele darse por funcionarios públicos de las fuerzas y cuerpos de seguridad, con lo que su regulación ha tenido una gran importancia, para salvaguardar los derechos de los ciudadanos, frente a las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado[78].

Podemos observar, que lo establecido en los artículos 167 y 530 de nuestro Código Penal, describen situaciones en las que las fuerzas y cuerpos de seguridad privan de libertad a los particulares.

En el primero de los casos, es decir, en el establecido en el artículo 167 del Código Penal, dice que aquellas actuaciones realizadas en el ejercicio de las funciones por éstos cuerpos, pero sin que exista cobertura legal alguna, y por lo tanto, sin que exista razón que habilite dicha actuación, dará lugar a un abuso de su condición de funcionario público.

---

[78] CLIMENT DURAN, C.; *Detenciones ilegales cometidas por autoridad o funcionario público*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999, p. 157.

Por su parte, el artículo 530 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, expone las actuaciones que se deben realizar por los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, de forma que su actuación tenga cobertura legal, y no incurra en infracción de las garantías constitucionales[79].

Así mismo, podríamos confirmar que el bien jurídico protegido es la libertad, en contraposición al bien jurídico protegido en el artículo 530, ya que este viene vinculado a los derechos fundamentales, como la libertad, intimidad y que la inviolabilidad del domicilio se realice teniendo en cuenta todas las formalidades establecidas en las leyes que la regulan.

El motivo por el cual el artículo 530 del Código Penal, prevé una pena menos lesiva, redundando, en que la situación contemplada en el mencionado artículo, tiene un ataque menos directo en los derechos fundamentales, por lo que se produce por no respetar todos aquellos aspectos esenciales y legales que

[79] BOLEA BARDÓN, C. y ROBLES PLANAS, R.; "La tipicidad…cit., p. 4.

conforman la detención, cuando hay razón jurídica y material para practicarla.

Sobre la base de las ideas expuestas, podemos afirmar que el artículo 530 del Código Penal, prevé el supuesto de que no se actúa como particular, sino como autoridad o funcionario que se excede de sus competencias. Por lo que no prescinde de esta y por tanto no actúa fuera de la misma, así que no atenta directamente contra la libertad, sino que más bien, atenta contra las garantías de la misma en los artículos que recogen los derechos fundamentales en nuestra constitución[80].

De igual manera, el artículo 530 del Código Penal, debe ser de aplicación a todos aquellos supuestos de detenciones policiales practicadas a partir de la comisión de un ilícito penal, pero, en los que se puede encontrar alguna irregularidad legal o no resulta procedente la detención. Por lo cual, debemos tener en cuenta que la controvertida expresión “mediando causa por delito” debe ser tenida en consideración a una detención arbitraria y por tanto como

[80] CARBONELL MATÉU, J.C. y GONZALEZ CUSSAC, J.L.; *Comentarios al código Penal del 1995*, cit., p. 862.

equivalente a una detención que viene derivada de una infracción penal[81].

De acuerdo con anteriormente expuesto, se puede apreciar que nuestra legislación actual contempla un concepto amplio de detención ilegal, es decir, no se limita a los casos de detención previstas en la ley, sino que recoge también aquellos casos en los que aun estando previsto la detención, es vulnerado el procedimiento que se establece[82] para la práctica de la misma y por lo tanto, quiebran las garantías que rodean a la detención.

3.4. Procedimiento de "habeas corpus"

Entiende Cristina Fuertes-Planas que "el hábeas corpus es, en terminología jurídica, el derecho de todo detenido que se considera ilegalmente privado de libertad física a solicitar ser llevado ante un

[81] BOLEA BARDÓN, C. y ROBLES PLANAS, R.; La tipicidad…", cit., p. 5.

[82] CLIMENT DURÁN, C.; *Detenciones ilegales policiales*, cit., p. 12.

juez, para que éste decida su ingreso en prisión o su puesta en libertad"[83].

En este sentido, "es el juez quien debe decidir si hay motivos legales para la privación de libertad física del detenido. Es un procedimiento breve y sencillo. Es actualmente la principal institución en el mundo destinada a proteger la libertad personal contra las detenciones arbitrarias o ilegales, y así lo reconocen los pactos internacionales de derechos humanos"[84]

Así, afirma que "en cuanto a su significación más comúnmente entendido sería "hábeas corpus" es un "muéstrese el cuerpo", un "tú tienes derecho a conservar tu integridad física"', "nadie puede privar a tu cuerpo de libertad de movimiento". Esa denominación latina constituye las primeras palabras con las que empezaba el mandamiento judicial para exigir la entrega del detenido.

Por su parte, afirma Cristina Fuertes-Planas que "el derecho a la libertad es el más preciado de todos los derechos subjetivos. De

---

[83] FUERTES-PLANAS ALEIX, C.; "El habeas corpus", en *Revista Universidad Complutense Madrid,* número IV, Madrid, 2007, pp. 1-2.

[84] Ibídem, pp. 1-2.

un estatuto puramente deontológico, pasó a ser concretado cuando se traduce en el contenido de una relación jurídica, entre la entidad política y los gobernados o ciudadanos. Esta relación de derecho surgió cuando el Estado decidió respetar una esfera de libertad a favor del individuo, como consecuencia de un imperativo filosófico"[85].

Es por eso que "la libertad humana se concibe como el contenido de un derecho subjetivo público cuyo titular es el ciudadano gobernado. El derecho a la libertad tuvo una fundamentación iusnaturalista en el racionalismo jurídico de los siglos XVII y XIII, y en el siglo XIX adquiere una fundamentación jurídico-positiva. Es un derecho subjetivo porque pertenece al sujeto en razón de su status jurídico. Luego es un derecho público por su inscripción en una relación jurídico-pública, cuyos sujetos son el individuo y el Estado, dotado de personalidad jurídica y titular de derechos y obligaciones respecto a los individuos. La libertad es además un derecho natural e imprescriptible del hombre, que en consecuencia afecta a todos sin excepción. Una primera definición jurídica de la libertad se halla en la Declaración de los Derechos del

[85] Ibídem, pp. 3-4.

Hombre y del Ciudadano Francesa de 1789, en donde se dice que la libertad consiste en poder hacer todo lo que no daña a los demás"[86].

En este sentido, el profesor Soriano afirma, "el derecho a la libertad es un derecho privilegiado porque es uno de los derechos y libertades fundamentales reconocidos por el Constitucionalismo Europeo: "disfruta de una protección procesal especial por mediación de ciertos procedimientos especiales en el seno de la jurisdicción ordinaria o a través de recursos sometidos al conocimiento de instancias jurisdiccionales especiales como lo son los tribunales constitucionales"[87].

El derecho a la libertad personal es uno de los derechos fundamentales con más desarrollo jurídico y fundamentación. La Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 en su artículo 3 nos evoca valores y principios naturales del individuo cuanto precisa "todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y

---

[86] Ibídem, p. 5.

[87] SORIANO R.; *El derecho de Habeas Corpus*, Publicaciones del Congreso de los Diputados, Madrid, 1986, p. 267.

a la seguridad de su persona. Nadie podrá ser arbitrariamente detenido, preso, ni arrestado o desterrado".

Así, el artículo 9 del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos, cristaliza en "toda persona que haya sido ilegalmente detenida o presa, tendrá el derecho efectivo a obtener reparación".

El habeas corpus, hoy en día constituye un recurso contra la privación ilegal de la libertad, que sea por actos criminales o privados. Surgió no como una garantía penal, sino como un acto de disposición de los jueces que solicitaban la presencia de una persona según sus necesidades en el juicio"[88].

Durante los siglos XV y XVI, el hábeas corpus se constituyó en un privilegio procesal de la Corona y como un procedimiento de afirmación de la autoridad del Rey sobre los tribunales ordinarios. Los tribunales de la Corte del Rey podían otorgar, tras el habeas corpus, la libertad a personas detenidas por orden de los tribunales ordinarios. Pero cuando a lo largo del siglo XVII se extiende la idea de que el mandamiento del Rey debe de ser razonado y sujeto a la

[88] Ibídem, p. 4.

legalidad, esa garantía pasa a ser un procedimiento para la petición del fundamento legal de las actuaciones judiciales[89].

Ya en 1628, en Inglaterra, "la denominada "Peticionof Rights" recriminó la conducta de la Corona en contra de los derechos y libertades tradicionales de los ciudadanos y estableció claramente en su cláusula quinta que todo hombre libre no podía ser detenido sin motivos, incluso los detenidos por orden del Rey o de su Consejo privado"[90].

La libertad personal es un derecho fundamental consagrado en la Constitución española de 1978 y en los Tratados Internacionales, que por lo tanto, impone al Estado el deber de protegerla y a los ciudadanos el derecho a reclamarla cada vez que se vea vulnerado su derecho.

Este deber impuesto al Estado tiene como fin limitar su poder y en consecuencia la arbitrariedad, para lo cual, justamente la Constitución prevé mecanismos entre los cuales se encuentra el debido proceso entendido en su dimensión de derecho fundamental

---

[89] Ibídem, p. 4.

[90] SORIANO, R.; El *derecho de Habeas Corpus*, cit., p. 63.

y el Hábeas Corpus visto desde su función de mecanismo encaminado a reparar aquellas circunstancias en que se produzca la detención arbitraria.

Así, el procedimiento de habeas corpus[91], viene regulado en nuestra Constitución española en su artículo 17.4 y tiene como finalidad producir la inmediata puesta disposición judicial a toda aquella persona que se considere detenida ilegalmente. El citado procedimiento viene regulado en la Ley Orgánica 6/1984 del 24 de mayo[92].

---

[91] Aparece en el derecho histórico español como el denominado "recurso de manifestación de personas" del Reino de Aragón en el Fuero de Aragón de 1428 y en las referencias que sobre presuntos supuestos de detenciones ilegales se contienen en el fuero de Vizcaya de 1527 y posteriormente la legislación Inglesa de 1640. La figura jurídica del habeas corpus se concibió en un principio para aquellos supuestos como una forma de evitar agravios comparativos e injusticias que se pudieran cometer por los señores feudales contra sus súbditos o las personas pertenecientes a las clases sociales inferiores.

[92] Ley Orgánica 6/1984 de 24 de mayo, artículo 1 considera personas detenidas ilegalmente: Las que fueren detenidas por una autoridad, agente de la misma, funcionario público o particular, sin que concurran los supuestos legales, o sin haberse cumplido las formalidades prevenidas y requisitos exigidos en la ley. Las que estén ilícitamente internadas en cualquier establecimiento o lugar. Las que lo estuvieran por plazo superior al señalado en las Leyes, si transcurrido el mismo no fuesen puestas libertad o entregadas al Juez más próximo al lugar de la detención. Y los privados de

El profesor Gimeno Sendra afirma que el proceso habeas corpus es un procedimiento especial porque "el juez goza de amplias facultades en la estimación de la prueba, y de cognición limitada pues a través de él se busca solamente la inmediata puesta a disposición judicial de toda persona ilegalmente detenida. Es también un proceso constitucional porque su objeto es una pretensión de amparo, fundada en las normas del derecho Constitucional y nacida con la violación de un derecho fundamental. Es similar a los procedimientos de amparo por su fin pero su dominio es más restringido puesto que sólo se refiere al derecho a la integridad física y a la libertad de los artículos 15 y 17 Constitución española"[93].

El poder vigente del Estado, debe garantizar y proteger los derechos fundamentales, por ser un mandato constitucional y un mandato internacional e interno; sin embargo, son ellos quienes violan el derecho fundamental de la libertad ante la impotencia de la

---

libertad a quienes no le sean respetados los derechos que la constitución y las leyes procesales garantizan a toda persona detenida.

[93] GIMENO SENDRA, V.; El proceso de "Habeas Corpus", en *Estudio minucioso y completo de la actual Ley Español de Habeas Corpus*, Tecnos, Madrid, 1985, p. 58.

sociedad que no posee las herramientas jurídicas y económicas para defender su derecho o prevenir su vulneración.

Podemos afirmar que el proceso habeas corpus protege dos derechos fundamentales, el primero a la libertad individual[94] y el segundo al derecho de la integridad personal[95].

Por su parte Diego Diez afirma que "la institución de habeas corpus tiene como objetivo reponer al detenido al mismo estado en que se encontraba antes de la detención, por lo tanto tiene un carácter sumario y potencialmente eventual, en tanto se autoriza, desde que aparece posible una violación eventual a estos derechos, para evitar que dicha violación se vuelva irreparable"[96].

El derecho a la libertad personal, no obstante a ser reconocido como elemento básico y estructural del Estado de Derecho, no alcanza dentro del mismo ordenamiento jurídico un carácter

---

[94] Relativa a su libertad de movimiento y, por tanto, a no ser objeto de detenciones arbitrarias.

[95] A no ser objeto de daños en su persona, como lesiones, tortura o muerte.

[96] DIEGO DIEZ, L.A.; *Habeas corpus frente a detenciones ilegales*, Bosch, Barcelona, 2011, pp. 54 y ss.

absoluto, en la medida en que puede ser limitado para impedir que otros derechos sean desconocidos o vulnerados.

Blanco Peñalver respecto del procedimiento habeas corpus afirma que "en la práctica, este procedimiento debe iniciarse por el detenido, mediante una solicitud dirigida al Juez de Instrucción del lugar donde se encuentra detenido, o si no constara el lugar, en aquel, en el que se parece producido la detención y en defecto de ambos al del lugar donde se haya tenido las últimas noticias sobre el paradero del detenido"[97].

Una vez promovida la solicitud de habeas corpus, el juez competente examinará si se cumplen los requisitos necesarios para que se haya practicado la detención o no.

En un tiempo no superior a 24 horas desde que se ha incoado este procedimiento, el juez oirá a la persona privada de libertad, al Ministerio Fiscal y a quien hubiere ordenado de la detención. A continuación practicará todas aquellas pruebas que las partes propongan y que puedan practicarse en el mismo acto. El juez

[97] BLANCO PEÑALVER, A.; "La naturaleza cautelar del habeas corpus", en *Estudios del Ministerio Fiscal,* Cursos de formación, nº 1, Madrid, 1994, p. 321.

finalmente determinará con su actuación la objetiva legalidad de la detención o la puesta en libertad.

El reconocimiento del procedimiento de garantía de la libertad que significa el habeas corpus se ve influenciado y se completa con las resoluciones judiciales, pues una vez haya sido admitida a trámite la solicitud del habeas corpus, el juez debe instruir y decidir formulando las precisiones oportunas al respecto, lo que ha venido generando una consolidada doctrina en nuestros tribunales de justicia[98].

[98] MOLINA, L. H.; *El recurso de Amparo*, Escuela Nacional de la Judicatura, República Dominicana, 2006, p. 210.

4. La detención en el Derecho Internacional

4.1. Introducción

La detención de personas es materia de interés para el Derecho internacional, por infinidad de razones y por supuesto, más allá de las cuestiones relativas a los conflictos armados y las detenciones relacionadas con la extradición o las leyes de inmigración.

Así parece expresarlo González Capanera, cuando afirma que "constituido el Derecho Internacional clásico de los siglos XVIII y XIX comenzó a surgir la idea de la creación de un organismo internacional, llamado Instituto para la Protección Diplomática, mediante el cual el Estado protegía ciertos derechos fundamentales de sus nacionales radicados en el extranjero"[99].

Por lo que defiende que "aunque la evolución posterior del instituto desvirtuó esta finalidad, al enmascarar la intervención de

[99] GONZÁLEZ CAPANERA, F.; *Los derechos humanos en el siglo XXI,* Ariel, Barcelona, 2004, p. 98.

las Potencias gravitantes en los asuntos internos de las menores, es indudable que la protección diplomática fue el primer paso en el marco del Derecho Internacional Público dado para que el propio Estado protegiese los derechos fundamentales de sus nacionales radicados en el extranjero, es decir, frente a otros Estados"[100].

En este sentido, el Derecho Internacional nace, en un primer momento, con la finalidad de hacer extensiva la protección del Estado sobre el ciudadano más allá de las fronteras territoriales que marcaban su campo de acción hasta el momento.

Posteriormente, afirma Moreno Luce, "el Derecho Internacional postclásico, de mediados del siglo XIX y la primera parte del XX, se encamina hacia la creación de mecanismos a través de lo que se comenzó a denominar "la Comunidad Internacional" que tenía como meta principal la protección de algunos derechos fundamentales, surgiendo los primeros Tratados Multilaterales"[101].

---

[100] Ibídem, p. 98.

[101] MORENO LUCE, M.S.; "La seguridad pública, los derechos humanos y su protección en el ámbito internacional", en *Revista Letras Jurídicas*, volumen 9, México, 2004, p. 3.

El componente internacional de la detención es una cuestión ciertamente controvertida por cuanto desde un punto de vista del discurso soberano del Estado, esta figura se rige por los principios de igualdad, territorialidad y exclusividad del ejercicio de competencias, sin que, en principio, quepa cesión de la misma.

Pero, aún esa apreciación, actualmente puede afirmarse que la detención es, sin duda, materia de Derecho internacional, derivado de Pactos, Acuerdos, Tratados donde los Estados Parte realizan un compromiso de asumir internamente cometidos de cumplimiento estricto de los derechos humanos y del Derecho Internacional.

En esa nueva perspectiva internacional tiene mucha responsabilidad el diseño de la Carta de las Naciones Unidas y los acuerdos que en esa materia ha desarrollado con múltiples Estados.

En este sentido, un factor determinante ha sido, fundamentalmente, el desarrollo del sistema de seguridad colectiva diseñado por la Carta de Naciones Unidas, posibilitando la acción

extraterritorial de organizaciones internacionales, básicamente la Organización Nacional de la Naciones Unidas.

Por su parte, afirma González Fernández, "el Derecho Internacional contemporáneo, cuyas características definidas se configuran a mediados del siglo XX aportará el documento más revolucionario e importante para la protección internacional de los Derechos Humanos: la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, mediante este documento, el Derecho Internacional intenta y logra el establecimiento de ámbitos internacionales y regionales, para proteger a los individuos de las violaciones a sus derechos cometidas por las autoridades de los propios Estados"[102].

Pues, en consecuencia parece que deviene cierto la afirmación que hiciera Iturmendi Morales al respecto "en la actualidad el Derecho Internacional se presenta como un heterogéneo, a la par que interdependiente conjunto de normas que se encuentra en proceso de cambio continuo; no en vano y dada la historicidad inherente de lo jurídico, de la misma forma que la Constitución es

---

[102] GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, J.A.; "La seguridad pública en México" en *Los desafíos de la Seguridad Pública en México,* Universidad Iberoamericana UNAM y PGR, México, 2000, p. 130.

"Constitución en el tiempo" (Konrad Hesse dixit), todo Derecho nunca deja de ser "Derecho en el tiempo"[103].

Por lo que mientras "en el pasado, la mayor parte de las veces, la asunción de obligaciones internacionales por parte de los Estados limitaba a la aceptación del contenido obligacional en abstracto, sin que éste fuera seguido del establecimiento de la correspondiente serie de mecanismos propios de control, verificación y sanción, hasta tal punto que los numerosos intérpretes y analistas, que reducían el Derecho internacional a una especie de moral internacional o "comitas gentium", veían en la opinión pública su sanción más específica y característica"[104].

Sucede que "en la actualidad, y por el contrario, los mecanismos internacionales de control, verificación y sanción, cada vez tienen mayor presencia, aun cuando en ocasiones se limiten a

---

[103] ITURMENDI MORALES, J.; "¿Hacia un nuevo Derecho Internacional?", en *Anuario de Derechos Humanos. Nueva época*, volumen 2, Universidad Complutense, Madrid, 2001, p. 524.

[104] Ibídem, pp. 775-776.

obligar a los Estados a suministrar información periódica acerca de las medidas que hubieran adoptado con vistas a su realización"[105].

Por su parte, Sapolinski defiende que "el resultado ha consistido en la elaboración de un nuevo fundamento y un nuevo objeto para el Derecho Internacional que adquiere así rasgos diferentes al clásico derecho"[106].

En este sentido, "el Derecho Internacional deja de ser un orden jurídico que se ocupa únicamente de los Estados, ahora amplía sus objetivos y comienza a regular los derechos de los individuos y de los grupos, a establecer obligaciones a cargo de los Estados, respecto a sus habitantes y frente a las organizaciones internacionales, a las cuales deberán, todos los Estados, rendir cuenta acerca del cumplimiento de aquella obligación, entre los cuales tiene prioridad la seguridad pública"[107].

---

[105] Ibídem, p. 776.

[106] SAPOLINSKI, J.; *Sobre el concepto de igualdad jurídica*, Ed. Universitaria, Madrid, 1993, p. 12.

[107] Ibídem, p. 12.

4.2. La detención internacional

Actualmente la detención internacional se ha convertido en un elemento clave en toda operación exterior de fuerzas militares o policiales, aunque no revista caracteres de conflicto armado.

En este sentido, Morenilla Rodríguez afirma que "la internacionalización de la protección de los derechos humanos, es un hecho histórico con efecto de las masivas violaciones de derechos y libertades fundamentales realizadas por el nazismo antes y durante la guerra. De ello resulta la relación entre Estado democrático y Derecho y el respeto a los derechos del individuo, problema que afecta directamente a las relaciones internacionales y a la postre a la paz mundial"[108].

Por su parte, defiende Luis Peraza en su obra que "España es la patria del genial y universal Quijote de Cervantes y, como tal, acepta todos los crímenes internacionales que se le presenten. En esta lucha contra gigantes la clave está en pensar que son sólo

[108] MORENILLA RODRÍGUEZ, J.M.; *Sistemas de protección de los derechos humanos,* Ministerio de Justicia*,* Centro de publicaciones, Madrid, 1958, pp. 15-16.

molinos de viento que dejarán de agitar sus armas cuando el viento de la impunidad amaine y su círculo vicioso se rompa[109].

En este sentido, defiende, "el ciclo de la lluvia es la mejor imagen para reflejar la relación entre el derecho y la justicia, tanto nacional como internacional. El derecho y la justicia nacional son como un mar de sentencias y leyes, la mejor parte del cual se va evaporando y condensando en un cielo preñado paulatinamente de nubes que serían el derecho y la justicia internacional. Una vez cristalizado, se desata una lluvia sobre el mar en forma de derecho y justicia internacional que influye, se mezcla y se diluye, en su descarga, en el mar nacional"[110].

Por lo que en la justicia internacional, "la influencia es mutua, recíproca y simbiótica ya que enriquece todas las esferas del derecho y la justicia. Para conseguir la aplicación efectiva del ideal de justicia internacional, los tribunales internacionales y nacionales deben seguir creando derecho y jurisprudencia que se base en un

[109] PERAZA, L.; "La jurisdicción universal: una realidad en constante construcción", en *Revista de fundamentación jurídica, Dikaion*, número 15, 20, Número 15, Colombia, 2006, pp. 323-364.

[110] Ibídem, p. 326.

único, desbordante e irradiante concepto: la dignidad del ser humano"[111].

En esa misma línea, parafraseando a Peter Haberle "a nosotros nos queda en la actualidad, ni más ni menos, la tarea de crear un derecho constitucional nacional, regional y universal de la dignidad humana"[112].

4.3. La protección de la persona detenida en el ámbito internacional

La detención, referida a personas, no es otra cosa que una privación o restricción de libertad ambulatoria. Hay que tener en

[111] Ibídem, p. 326.

[112] Ibídem, p. 327.

cuenta que hasta hace relativamente muy poco, el individuo no era sujeto del Derecho Internacional[113].

En la mayoría de los Estados, como en España, se denomina detención a la aprehensión, al acto físico de privar de libertad ambulatoria a una persona, ejecutado normalmente por la policía en unos supuestos tasados, el principal de los cuales es el de flagrante delito[114].

La detención es básicamente, la privación de libertad física ambulatoria y este es pues el derecho básico objeto de protección, en su caso[115].

Constituyen base de asiento de la normativa internacional en materia de derechos de la persona detenida, la Declaración

---

[113] GAJA G.; "The Position of Individuals in International Law: an ILC Perspective". en *Eji*l, Vol. 21, Nº 1, New York, 2010, pp. 11-14.

[114] VARELA CASTEJÓN, X. y RAMÍREZ ORTIZ, J.L.; "Doce tesis en materia de detención policial preprocesal" en *Revista Catalana de Seguretat Pública*, Mayo, Barcelona, 2010, pp. 207-210.

[115] Ibídem, pp. 207-210.

Universal de los Derechos Humanos[116], por cuando se configura como sistema de declaración de intenciones en materia de derechos humanos y su fiel reflejo en toda situación en la que un ser humano pueda verse compelido en sus derechos inalienables.

En esa misma línea, pero establecido ya por consenso entre los Estados Parte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos,[117] ha significado una positivación objetiva de los derechos

---

[116] Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 3 se cristaliza en "Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona". Artículo 9 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos precisa, "Nadie podrá ser arbitrariamente detenido, preso ni desterrado".

[117] Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 9 reza así, "Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta. 2. Toda persona detenida será informada, en el momento de su detención, de las razones de la misma, y notificada, sin demora, de la acusación formulada contra ella. 3. Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad. La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo. 4. Toda persona que sea privada de libertad en virtud de detención o prisión tendrá derecho a recurrir ante un tribunal, a fin de que éste decida a la brevedad posible sobre la legalidad de su prisión y ordene su libertad si la

humanos, constituyéndose en una garantía, tutela y protección superior.

Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos[118], gestiona en un ámbito determinado ese mismo

prisión fuera ilegal. 5. Toda persona que haya sido ilegalmente detenida o presa, tendrá el derecho efectivo a obtener reparación. Artículo 11: Nadie será encarcelado por el solo hecho de no poder cumplir una obligación contractual".

[118] Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 7, cristaliza en "Derecho a la Libertad Personal 1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personal. 2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas. 3. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios. 4. Toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados contra ella. 5. Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio. 6. Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales. En los Estados Partes cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que éste decida sobre la legalidad de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona. 7. Nadie será detenido por deudas. Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimientos de deberes alimentarios.

desarrollo argumental de los derechos humanos, en la búsqueda de implantar sistemas de protección que sean aval suficiente para los derechos del ser humano en cualquier ámbito y lugar.

En este sentido el Convenio Europeo de Derechos Humanos, plasma de forma similar un más que suficiente desarrollo de los derechos humanos, fundamentados en un amplio abanico de procedimientos que son gestionados y tutelados de forma precisa mediante tribunales ad hoc[119] .

[119] Convenio Europeo de Derechos Humanos, artículo 5 recoge "Derecho a la libertad y a la seguridad. 1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, salvo en los casos siguientes y con acuerdo al procedimiento establecido por la ley: a Si ha sido privado de libertad legalmente en virtud de una sentencia dictada por un Tribunal competente; b Si ha sido detenido o privado de libertad, conforme a derecho, por desobediencia a una orden judicial o para asegurar el cumplimiento de una obligación establecida por la ley; c Si ha sido detenido y privado de libertad, conforme a derecho, para hacerle comparecer ante la autoridad judicial competente, cuando existan indicios racionales de que ha cometido una infracción o cuando se estime necesario para impedirle que cometa una infracción o que huya después de haberla cometido; d Si se trata de la privación de libertad de un menor en virtud de una orden legalmente acordada con el fin de vigilar su educación o de su detención, conforme a derecho, con el fin de hacerle comparecer ante la autoridad competente.

4.4. Principios internacionales aplicables a la detención

En Derecho Internacional, se establecen una serie de principios básicos que inundan con su espíritu, cualquier norma que se pretenda aplicar en materia de detención legal.

Estos principios conforman un sistema de garantías del sujeto detenido frente a cualquier injerencia o vulneración de sus derechos fundamentales.

Así, la Organización de las Naciones Unidas, en su Asamblea General de 1988, mediante resolución 43/173 aprobaría el “conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión”, y que de modo no exhaustivo cristalizan en, la protección de los derechos humanos de los detenidos.

4.1. 4.4.1. Principio de dignidad

El legislador constitucional presenta a la dignidad como un derecho fundamental que viene reconocido en el artículo 10.1 de la Constitución española, donde se reconoce que "la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social". Se desprende del contenido de este artículo, que la dignidad no es un mero ideal social, sino que supone un status especial de la persona[120].

Para González Pérez la dignidad de la persona supone "la consagración de la misma, como principio rector del ordenamiento jurídico español"[121]. Resulta destacable el contenido normativo de la Constitución española cuando reconoce a la dignidad de la persona como un valor superior que pertenece a la persona por el mero hecho de serlo.

---

[120] SÁNCHEZ AGESTA, L.; *Sistema político de la Constitución española de 1978*, Edersa, Madrid, 1986, p. 91.

[121] GONZÁLEZ PEREZ J.; *La dignidad de la persona,* Civitas, Madrid, 1986, p. 80.

La dignidad humana se presenta para Marina Castán como "una categoría pluridisciplinar, porque para su cabal caracterización y configuración se impone la confluyen varias disciplinas: la Filosofía general, y en particular su rama de Ética o Filosofía moral, la Antropología, la Política y el Derecho"[122].

Sánchez Agesta por su parte, defiende que la dignidad es "la excelencia o mérito de un ser y el decoro o respeto que se le debe por esa excelencia. Dignidad de la persona significa, pues, lo que se debe a la persona por su cualidad de tal y, si se quiere dar un sentido jurídico más idóneo, lo que es adecuado a la naturaleza misma de hombre como ser personal"[123].

Se desprende, en este sentido, que la racionalidad que ostenta la persona es precisamente, quien le faculta la posibilidad de ostentar la titularidad del rango o categorización de persona. Así lo defiende Santiago Nino cuando afirma que "los hombres deben ser

---

[122] MARÍN CASTÁN, M.; "La dignidad humana, los derechos humanos y los derechos constitucionales" en *Revista de Bioética y Derecho*, nº 9, Barcelona, 2007, p. 1.

[123] SANCHEZ AGESTA, L. *Sistema político de la Constitución Española,* cit., p. 74

tratados según sus decisiones, intenciones o manifestaciones de consentimiento"[124].

Por tanto, en el caso que nos ocupa, toda persona sometida a cualquier forma de detención o prisión, será tratada humanamente y con el respeto debido, a la dignidad inherente al ser humano.

En torno al fundamento de la dignidad de la persona humana, se parte de la consideración que reconoce que cualquier hombre racional es considerado como persona, con lo cual el Estado en todo caso, deberá intervenir en garantizar y salvaguardar todo aquello que afecte a la libertad y a la dignidad humana.

Por su condición de persona, tanto en su proyección social como individual, la dignidad asume una conceptualización jurídica-política. De hecho, en la actualidad, la persona humana y su dignidad ha asumido una consideración especial. Prueba de ello, es que se puede observar su referencia en las declaraciones, Pactos que contemplan el reconocimiento de los derechos fundamentales de la persona, creando medidas normativas de control en aras de proteger la dignidad frente a cualquier lesión que pueda atentar

[124] NINO, C.S.; *Ética y Derechos Humanos*, Paidós, Buenos Aires, 1984, p. 159.

contra la misma. Es más, la dignidad de la persona humana y los derechos que le resultan propios se han cristalizado en numerosas declaraciones, tanto a nivel nacional como internacional.

4.4.2. Principio de legalidad

El principio de legalidad, se muestra como una garantía que ostenta la categorización de los derechos fundamentales y se cristaliza sobre el principio de seguridad humana.

Este principio de salvaguarda, se proyecta en la Constitución en la visión de Ferrajoli, como un "derecho sobre el derecho, como vínculos y límites a la producción jurídica. Considera que esto es una innovación en la estructura de la legalidad: "la regulación jurídica del derecho positivo mismo, no sólo en cuanto a las formas de producción sino también por lo que se refiere a los contenidos producidos"[125].

[125] FERRAJOLI, L.; *Derechos y garantías*, *La ley del más débil, (*traducido por P.A. Ibáñez y A. Greppi) Trotta, , Madrid, 2004, p. 19.

La idea de los derechos fundamentales y sus garantías en el sistema jurídico cobra su sentido cuando autores como Pérez Luño defienden que "todo ordenamiento jurídico posee una norma o regla fundamental que lo identifica, y que orienta y dirige la interpretación y aplicación de las normas singulares que lo integran. En nuestro ordenamiento jurídico, la Constitución asume el papel de noma fundamental"[126].

Este planteamiento, nos conduce a la idea que defiende, "el sentido de cada disposición normativa concreta, sólo se puede captar, considerándolo como parte de la reglamentación jurídica completa dentro de la cual esa disposición se encuentra"[127].

El arresto, la detención o la prisión, sólo se llevarán a cabo en estricto cumplimiento de la ley y por funcionarios competentes o personas autorizadas para ese fin. Así mismo, no se restringirá o menoscabará ninguno de los derechos humanos de las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión, reconocida o

---

[126] PÉREZ LUÑO, A.; *Los derechos fundamentales,* Tecnos, Madrid, 2007, p. 141.

[127] ZACCARIA, G.; *Razón jurídica e interpretación*, (A. Messuti, comp.), Thompson Civitas, Madrid, 2004, p. 115.

vigente en un Estado en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres so pretexto de que el presente Conjunto de Principios no reconoce esos derechos o los reconoce en menor grado.

4.4.3. Principio de control jurisdiccional

El principio de control jurisdiccional, parte de la naturaleza de la separación de los poderes del Estado Social. Constituye, en este sentido, un valor incalculable en la garantía de la función jurisdiccional, precisamente por no ser la misma administración quien la aplica y la que la controla.

Un adecuado control jurisdiccional, es aquel que se realiza conforme al ordenamiento jurídico, es el que ejerce su función con absoluto respeto a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico.

Por tanto, la figura jurídica de la detención, como medida cautelar de carácter personal por la que se limita al imputado, provisionalmente, su derecho a la libertad con el fin de determinar su responsabilidad en un hecho punible, debe, en todo caso,

asumirse desde la responsabilidad de las Instituciones u Órganos que tengan competencia determinada por la propia Constitución.

Por tanto, se deduce que toda forma de detención o prisión, así como, las medidas que afectan a los derechos humanos de las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión deberán ser ordenadas por un juez u otra autoridad, o quedar sujetas a la fiscalización efectiva de un juez o autoridad.

Las autoridades que arresten a una persona, la mantengan detenida o investiguen el caso sólo podrán ejercer las atribuciones que les confiera la ley y el ejercicio de esas atribuciones estará sujeto a recurso ante un juez u otra autoridad.

4.4.4. Principio de integridad física

El principio de integridad física lleva implícito el reconocimiento de la persona y su dignidad. La dignidad se presenta por tanto, como el soporte de la integridad individual.

En este sentido, no resulta difícil entender, cuando se reconoce en la Constitución del 1978 a la dignidad como un precepto fundamental y de modo indiscutible queda unido al principio de libertad, igualdad e integridad como valores jurídicos fundamentales.

La positivación jurídica del valor jurídico fundamental que representa la integridad, lleva implícito, el reconocimiento de una serie de derechos inmanentemente propios a la persona, que tienen como fin último, garantizar pleno derecho personal de manera individual. En este sentido, los poderes públicos deberán instaurar garantías que permitan la realización eficaz del mismo.

Ninguna persona, sometida a cualquier forma de detención o prisión, será sometida a tortura o a tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes. No podrá invocarse circunstancia alguna como justificación de la tortura o de otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes.

Precisamente por ello, los funcionarios y los operadores jurídicos, quedan sometidos a la exigencia de las obligaciones que le vienen impuestas en el Código de conducta para funcionarios expresada por las Naciones Unidas, donde en su artículo 1.1

reconoce que, “ningún funcionario encargado de hacer cumplir la ley podrá infligir, instigar o tolerar ningún acto de tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, ni invocar la orden de un superior o circunstancias especiales, como estado de guerra o amenaza de guerra, amenaza a la seguridad nacional, inestabilidad o penas crueles, inhumanos o degradantes”[128].

En este sentido, el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, expresa en su artículo 10 que, “toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano”.

Estará prohibido abusar de la situación de una persona detenida o presa para obligarla a confesar o declarar contra sí misma o contra cualquier otra persona.

Ninguna persona detenida será sometida, durante su interrogatorio, a violencia, amenazas o cualquier otro método de interrogación que menoscabe su capacidad de decisión o su juicio.

---

[128] MENÉNDEZ, M.; *En torno a la prohibición internacional de la tortura*, Porrúa, México, 2005, p. 409.

Ninguna persona detenida o presa será sometida, ni siquiera con su consentimiento, a experimentos médicos o científicos que puedan ser perjudiciales para su salud.

Aunque, se ofrecerá a toda persona detenida un examen médico apropiado con la menor dilación posible después de su ingreso en el lugar de detención o prisión y, posteriormente, esas personas recibirán atención y tratamiento médico cada vez que sea necesario. Esa atención y ese tratamiento serán gratuitos.

4.4.5. Principio de información

Toda persona arrestada será informada en el momento de su arresto de la razón por la que se procede a él, notificándole sin demora de la acusación formulada contra ella.

Toda persona detenida y su abogado, si lo tiene, recibirán una comunicación inmediata y completa de la orden de detención, junto con las razones en que se funde.

La constancia de esas actuaciones será puesta en conocimiento de la persona detenida o de su abogado, si lo tiene, en la forma prescrita por la ley, razones del arresto; la hora del arresto de la persona y la hora de su traslado al lugar de custodia, así como la hora de su primera comparecencia ante el juez u otra autoridad; identidad de los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley que hayan intervenido; Información precisa acerca del lugar de custodia.

Las autoridades responsables del arresto, detención o prisión de una persona deberán suministrarle, en el momento del arresto y al comienzo del período de detención o de prisión o poco después, información y una explicación sobre sus derechos, así como sobre la manera de ejercerlos.

4.4.6. Principio de asistencia letrada

Las personas detenidas tendrán derecho a asistencia de un abogado. La autoridad competente les informará de ese derecho

prontamente después de su arresto y les facilitará medios adecuados para ejercerlo.

En el ámbito de los derechos fundamentales, la defensa se conforma como la capacidad de ejercer "toda la actividad precisa para contribuir a eliminar la duda que el ejercicio de la acción penal ha hecho recaer sobre una determinada persona. Y más especialmente, como el derecho del imputado a la tutela de su libertad, cuando pretende la observancia de las normas que evitan la lesión del propio derecho a la libertad"[129].

Así señala Aroca, en este sentido, que "el derecho fundamental atribuido a las partes de todo proceso y para ser respetado por el tribunal que conoce del mismo, que consiste básicamente en la necesidad de que éstas sean oídas, en el sentido de que puedan alegar y demostrar para conformar la resolución judicial, y en que

[129] MORENO CATENA, V.; *La defensa en el proceso penal*, Civitas, Madrid 1982, p. 24.

conozcan y puedan rebatir sobre los materiales de hecho y de derecho que puedan influir en la resolución judicial"[130]

La persona detenida que no disponga de asistencia de un abogado de su elección tendrá derecho a que un juez u otra autoridad le designen un abogado en todos los casos en que el interés de la justicia así lo requiera y sin costo para él si careciere de medios suficientes para pagarlo.

Resulta por tanto, reseñable, como en el modelo constitucional español, el constituyente deja claro la intención de velar por el fundamento que deriva del artículo 24 cuando reconoce que "todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión".

Asimismo, continúa en el artículo 24. 2 reconociendo que "todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin

[130] MONTERO AROCA, J., GÓMEZ COLOMER, J.L., MONTÓN REDONDO, A. y BARONA VILAR, S.; *Derecho Jurisdiccional I, Parte General*, 14ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia 2005, p. 323.

dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia".

Se desprende del contenido constitucional, que toda persona que se encuentre detenida, tendrá derecho a comunicarse con su abogado y consultarlo.

Se darán a la persona detenida o presa tiempo y medios adecuados para consultar con su abogado.

El derecho de la persona detenida o presa, a ser visitada por su abogado y a consultarlo y comunicarse con él, sin demora y sin censura, y en régimen de absoluta confidencialidad, no podrá suspenderse ni restringirse, salvo en circunstancias excepcionales que serán determinadas por la ley o los reglamentos dictados conforme a derecho, cuando un juez u otra autoridad lo considere indispensable para mantener la seguridad y el orden.

Las entrevistas entre la persona detenida o presa y su abogado podrán celebrarse a la vista de un funcionario encargado de hacer cumplir la ley, pero éste no podrá hallarse a distancia que le permita oír la conversación.

Las comunicaciones entre una persona detenida o presa y su abogado, mencionadas en el presente principio no se podrán admitir como prueba en contra de la persona detenida o presa, a menos que se relacionen con un delito continuo o que se proyecte cometer.

4.4.7. Principio de presunción de inocencia

Se presumirá la inocencia de toda persona sospechosa o acusada de un delito y se la tratará como tal mientras no haya sido probada su culpabilidad, conforme al derecho en un juicio público en el que haya gozado de todas las garantías necesarias para su defensa.

Sólo se procederá al arresto o detención de esa persona, en espera de la instrucción y el juicio cuando lo requieran las necesidades de la administración de justicia por motivos y según condiciones y procedimientos determinados por ley. Estará prohibido imponer a esa persona restricciones que no estén estrictamente justificadas para los fines de la detención, o para

evitar que se entorpezca el proceso de instrucción o la administración de justicia, o para el mantenimiento de la seguridad y el orden en el lugar de detención.

4.4.8. Principio de "Habeas corpus"

El principio de Habeas Corpus, se presenta como un instrumento de defensa de los derechos fundamentales de los sistemas democráticos. En este punto, resulta necesario destacar como el Habeas Corpus ocupa una posición de tutela de los derechos y libertades en el ámbito de protección judicial.

Así lo entiende Pérez Luño, cuando refuerza el ideal de los valores superiores de nuestra constitución como "elemento decisivo para llevar al terreno de la experiencia práctica el contenido de los derechos fundamentales, ha otorgado especial relieve el papel que corresponde a los Tribunales en la salvaguarda de las libertades"[131].

[131] PÉREZ LUÑO, A.; *Los derechos fundamentales*, cit., p. 80.

La garantía del Habeas Corpus tiene su origen “en la práctica judicial del write of habeas corpus, que funciona como un recurso judicial por el que se solicita a un juez o tribunal que se dirija a quien tiene detenida a una persona y la presente ante ellos”[132].

Toda persona detenida a causa de una infracción penal, será llevada sin demora tras su detención ante un juez u otra autoridad determinada por ley. Esa autoridad decidirá sin dilación si la detención es lícita y necesaria. Nadie podrá ser mantenido en detención en espera de la instrucción o el juicio salvo en virtud de orden escrita de dicha autoridad. Toda persona detenida, al comparecer ante esa autoridad, tendrá derecho a hacer una declaración acerca del trato que haya recibido durante su detención.

[132] Ibídem, p. 85

CAPÍTULO SEGUNDO

EXÉGESIS DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA DETENCIÓN

1. Aproximación histórica a los derechos humanos

1.1. Introducción

Aunque se ha escrito mucho sobre el recorrido histórico, la filosofía y caracteres de los derechos naturales del hombre, se ha de afirmar que la elaboración de una correcta historia de los derechos del hombre es una labor complicada y, podría afirmarse que atrevida.

Complicada por cuanto todo lo que implique historia adquiere una visión compleja y relativa, así los distintos enfoques que a este tema se le ha dado, acusan una perspectiva u otra de la misma situación o dato.

Atrevida, por cuanto errar en esos datos o utilizar versiones sesgadas pueden provocar una teoría deficiente o inadecuado uso de la información, trasladando así ideas incompletas o versiones disolutas, ya resueltas en su momento por la doctrina.

Toda vez que ha sido aclarado este punto de dificultad, se trata de hacer un somero recorrido por la realidad de los derechos naturales, cómo fueron adquiriendo paulatinamente un corpus real con su inclusión como derechos humanos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y por último su reconocimiento como derechos fundamentales al ser positivizados e incluidos en las Constituciones y normas supremas de los Estados.

Afirma Diez Picazo que, “un rasgo propio de los derechos fundamentales es que, con harta frecuencia, son “normas con textura abierta”, con una “estructura principial”, es decir, que muchos de ellos son principios y no reglas, distinción que viene al

caso porque, la técnica de aplicación de los principios es distinta de la técnica de aplicación de las reglas"[133].

Por su parte, defiende que, "para sortear este peligro que puede confundir, convendrá, tener en cuenta varias cuestiones, entre ellas la razón práctica, no la simple moral social dominante, pues, entre otras cosas, los derechos fundamentales tienen sentido desde un entendimiento anti mayoritario, sin el cual las declaraciones de derechos son punto menos que incomprensibles en un régimen democrático; que la democracia misma, pues no es lo mismo pensar que decir y una doctrina moral no debe sustituir a la ley democráticamente aprobada"[134].

Afirma también Diez Picazo que además, "la tradición y contexto históricos del texto constitucional; y por supuesto, no olvidar la jurisprudencia, se configura como base angular de la

[133] DÍEZ PICAZO, L.M.; *Sistema de derechos fundamentales,* Civitas, Madrid, 2003, p. 44.

[134] Ibídem, p. 49.

interpretación definitoria de determinados bagajes diseminados de la norma"[135].

Por lo tanto, partiendo de la premisa que los derechos humanos son la antesala válida de los derechos fundamentales, iniciar el recorrido por el conocimiento de los derechos humanos es andar el primer paso en la dirección correcta.

En este sentido, afirma Sánchez de la Torre que, "las expresiones políticas, jurídicas, ideológicas, culturales, etc., en que las nociones de "derechos humanos" aparecen, como enunciados generales o en sectores particulares, y de una u otra manera ("derechos fundamentales", "valores constitucionales") como sinónimos o como aplicaciones de ese reservorio axiológico, ocasionan gran confusionismo conceptual y a veces redundan en grandes frustraciones colectivas cuando aparecen en boca de personalidades políticas o en textos retóricos: pues se pone en juego su credibilidad o se instrumentan demagógicamente"[136].

---

[135] Ibídem, pp. 49-51.

[136] SÁNCHEZ DE LA TORRE, A.; "Noción "formal" de los derechos humanos" *en Anuario de Derechos Humanos. Nueva Época*, Vol. 12, Madrid, 2011, p. 365.

Es por ello, que hay que afirmar de antemano determinadas cuestiones que harán más comprensible el restante recorrido doctrinal. Así, una de las primeras afirmaciones de Eusebio Fernández es que, "el concepto de derechos humanos que hoy manejamos no es un concepto intemporal que ha acompañado toda la historia de la humanidad"[137].

En este sentido, defiende que "la universalidad de los derechos humanos es distinta de su eternidad. Se trata de un concepto histórico del mundo moderno y occidental. Es un concepto que surge en un momento histórico y como consecuencia o resultado de un conjunto de hechos históricos de carácter religioso, político, moral, económico o jurídico. Como todo lo humano, es una creación de seres humanos"[138].

Por lo que, puede afirmarse entonces, que es a partir de la consideración o perspectiva histórica de la génesis y el desarrollo

---

[137] FERNÁNDEZ GARCÍA, E.; "Los derechos humanos y la historia", en AA.VV., BETEGÓN CARRILLO, J. (coord.); *Constitución y derechos fundamentale*s, Universidad Carlos III, Madrid, 2004, pp. 215-216.

[138] Ibídem, pp. 215-216.

de los derechos humanos desde donde podría llegar a elaborarse una correcta teoría, sin olvidar, por supuesto, la dimensión práctica de los derechos humanos.

En esta misma línea, Sánchez de la Torre defiende que, "los derechos humanos no se despliegan singularmente en uno u otro de los sectores de la vida colectiva, sino en un conjunto de sectores abarcados simultáneamente por pretensiones y exigencias individuales, por derechos subjetivos, por situaciones en que la existencia común está organizada en determinadas instituciones administrativas y políticas, y por horizontes globalizados en que los grupos humanos pretenden superar circunstancias en que no se encuentran conformes y que deberían ser transformadas atendiendo a todos los aspectos"[139].

Afirma, no obstante Eusebio Fernández que, "a la hora de fundamentar los derechos humanos la historia no nos sirve"[140].

---

[139] SÁNCHEZ DE LA TORRE, A.; "Noción "formal" de los derechos humanos", cit., p. 366.

[140] PECES-BARBA MARTÍNEZ, G.; "Historia de los derechos fundamentales", en AAVV, *Tránsito a la Modernidad. Siglo XVI y XVIII*, Madrid, 2003, p. 3.

Por lo que, “los derechos humanos solamente pueden fundamentarse en valores morales, que aunque hay que analizar en clave histórica, no significa que se defienda una fundamentación historicista de los mismos”.

Definitivamente el conocimiento de los derechos humanos, aunque se incardinen históricamente, puede afirmarse, tal y como lo hace Eusebio Fernández, que la historicidad sea una exigencia de su misma esencia.

1.2. Los derechos humanos en la historia

Los derechos humanos constituyen una base argumental lógica de la propia existencia de la dignidad del ser humano, y a la vez, la dignidad del ser humano ha sido reconocida como el pilar que soporta los derechos humanos en su pedestal ideológico, axiológico y filosófico, reforzando el valor del ser humano en su más amplia expresión.

Por ello, comprender la senda que han marcado los derechos humanos en la historia es acercarnos al conocimiento de su más certera realidad, desde su aceptación y reconocimiento en las sociedades humanas.

Así, a entender de Pérez Luño,"la causa directa del nacimiento de los derechos humanos, desde una perspectiva sociológica, ha sido también un importante objeto de debate.

Por una parte, Georg Jellinek, ha defendido que los derechos humanos estaban directamente dirigidos a permitir el ejercicio de la libertad religiosa; y por otra, Karl Marx afirmó que se deben a la pretensión de la burguesía de garantizar el derecho de propiedad. Max Weber, en su obra La ética protestante y el espíritu del capitalismo, afirma que existiría una conexión entre la ética individualista en que se basaron los derechos humanos y el surgimiento del capitalismo moderno"[141].

Las distintas versiones del nacimiento o reconocimiento general de los derechos humanos y su causalidad, nos llevan a

[141] PÉREZ LUÑO, A.E.; *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 2005, p. 26.

comprobar cuán necesario se hacía una comprensión plena de la verdadera misión y asunción de los derechos humanos por el hombre.

En este sentido, Pérez Luño define los derechos humanos como, "un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional"[142].

Tal y como afirma el profesor Peces-Barba, "la comprensión plena del fenómeno de los derechos humanos necesita la aproximación histórica. Una aproximación abstracta, analítica, que prescinda de la dimensión histórica, no puede abarcar la totalidad de los perfiles o facetas del fenómeno. El mismo concepto de derechos humanos es un concepto histórico, propio del mundo moderno"[143].

---

[142] Ibídem, p. 46.

[143] PECES-BARBA MARTÍNEZ, G.; "Historia de los derechos fundamentales", cit., pp. 2-3.

Su principal razón, sobre esa afirmación es que “la historicidad es inseparable de su fundamento de su concepto, lo que confirma que se trata de una realidad cultural. Situado el fenómeno en la raíz de la condición humana, su fundamento es ético, pero obligado a surtir efecto, a ser eficaz, en el ámbito de la vida social; su despliegue es jurídico, por lo que su concepto debe comprender necesariamente esa dimensión, y solo se completa con la positivación, con la incorporación al Derecho positivo”[144].

Con estas premisas intelectuales se puede entender que consideramos a los derechos fundamentales como la cristalización histórica de una concepción moral, que sitúa como eje a la dignidad de la persona y los valores de libertad, igualdad y solidaridad como cauce para alcanzarla”[145].

Pero, al mismo tiempo, defiende que, “su eficacia social para que no sean espíritu sin fuerza, incapaz de controlar y limitar a un poder, que seguiría siendo una fuerza sin conciencia. Por eso creemos que no se puede hablar de derechos fundamentales, si

[144] Ibídem, pp. 2-3.

[145] Ibídem, pp. 2-3.

esa moralidad no forma parte del Derecho Positivo. Esta historia que se inicia contará con cuatro dimensiones, difíciles de apreciar en una perspectiva solo conceptual y a histórica. Así, la positivación, la generalización, internacionalización y la especificación serán como grandes surcos por los que transcurrirá la evolución histórica de los derechos humanos"[146].

En definitiva, puede deducirse de ese bagaje de los derechos humanos y su definitiva inclusión en normas vinculantes, que han conformado la base de las Constituciones modernas por cuanto su reconocimiento acomete la innegable misión de dar contenido axiológico a las normas que harán de la convivencia social, una relación de paz y armonía entre iguales.

En este sentido, afirma Alessandro Pizzorusso que, "en Europa, por lo menos hasta la Constitución de Weimar (adoptada en Alemania en 1919), fue predominante la idea que lo que debía contener ante todo una Constitución eran normas organizativas y, así, cuando las constituciones del siglo XIX incluyeron algunas enunciaciones de principios en materia de derechos del hombre,

[146] Ibídem, pp. 3-4.

casi siempre se trató de pocos artículos y no de un texto dotado de una mínima sistemática"[147].

Por lo que, puede afirmarse que la capacidad de asunción de los derechos humanos en las normas supremas de los Estados constituye un reconocimiento sistemático novedoso de derechos fundamentales en la órbita estatal en un momento histórico determinado.

1.3. Causa y efecto de las clasificaciones de los derechos humanos

La evolución de los derechos humanos a través de sus diversas generaciones y progresivo desarrollo en el derecho interno de los Estados hasta su internacionalización y codificación, ha sido un arduo recorrido en un camino plagado de dificultades.

---

[147] PIZZORRUSSO, A; "Las generaciones de derechos", en *Anuario de Derechos Humanos. Nueva época*, vol.3, Madrid, 2002, p. 495.

La denominada “mutación de los derechos humanos” ha determinado la aparición de sucesivas “generaciones” de derechos. Los derechos humanos como categorías históricas, que tan solo pueden predicarse con sentido en contextos temporalmente determinados, nacen con la modernidad en el seno de la atmosfera iluminista que inspiro las revoluciones burguesas del siglo XVIII. Este contexto genético confiere a los derechos humanos unos perfiles ideológicos definidos”[148].

Así, “los derechos humanos nacen, como es notorio, con marcada impronta individualista, como libertades individuales que configuran la primera fase o generación de los derechos humanos”[149].

En este sentido, afirma Valencia Villa que “el concepto de generación, cuando se aplica a los derechos humanos, responde a dos criterios: uno histórico y otro semántico, que se combinan de manera inextricable. Se trata de explicar la aparición sucesiva de

---

[148] PEREZ LUÑO, A.E.; “*Las generaciones de derechos”,* en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, número 10, Madrid, 1991, pp. 205-206.

[149] Ibídem, p. 205.

series o grupos de derechos en distintos momentos de la historia contemporánea y de tal manera que cada generación incluya derechos de una misma clase"[150].

Afirma Pérez Luño que, "es esa matriz ideológica individualista la que finalmente sufrirá un amplio proceso de erosión e impugnación en las luchas sociales"[151].

Estas luchas sociales o movimientos reivindicativos evidenciaron "la necesidad de completar el catálogo de los derechos y libertades de los derechos de primera generación con una segunda generación: los derechos económicos, sociales y culturales. Estos derechos alcanzan su paulatina consagración jurídica y política en la sustitución del Estado liberal de derecho por el Estado social de derecho"[152].

Se afirma por la doctrina, que la elaboración de una clasificación de los derechos humanos se hizo depender de la

---

[150] VALENCIA VILLA, H.; *Los Derechos Humanos*, Acento, Madrid, 1997, p. 15.

[151] PEREZ LUÑO, A.E.; "*Las generaciones de derechos*", cit., pp. 205-206.

[152] Ibídem, p. 205.

concepción que de los mismos se tenía. Así, el profesor Duverger, habla de libertades públicas de los gobernados, clasificándolas en "libertades límite y libertades oposición"[153].

Por lo que,"las libertades límite identifican un coto cerrado a las actividades del poder político, entre ellas están las denominadas libertades civiles, las económicas o patrimoniales, y las libertades de pensamiento en sus diversas manifestaciones y ámbitos de aplicación; a su vez, las libertades de oposición implican no sólo un límite para el poder político, sino una oposición a él"[154].

En ese sentido, Pérez Luño refiere que, "si la libertad fue el valor guía de los derechos humanos de la primera generación, como lo fue la igualdad para los derechos de signo económico, social y cultural (de segunda generación), los derechos de tercera generación tienen como principal valor de referencia a la solidaridad"[155].

---

[153] DUVERGER, M.; *Instituciones políticas y derecho constitucional,* Tecnos, Madrid, 1970, p. 18.

[154] Ibídem, p. 18.

[155] PEREZ LUÑO, A.E.; "*Las generaciones de derechos",* cit., pp. 205-206.

Así, “los derechos y libertades de los derechos de tercera generación se presentan como una respuesta al fenómeno de la denominada “contaminación de las libertades” (liberties pollution), término con el que algunos sectores de la teoría social anglosajona aluden a la erosión y degradación que aqueja a los derechos fundamentales ante determinados usos de las nuevas tecnologías”[156].

Al respecto, cabe mencionar, tal y como afirma gran parte de la doctrina jurídica, que la división temática de derechos humanos en primera, segunda y tercera generación, elaborada por la doctrina, es ilustrativa.

Por cuanto no aporta mayor valor axiológico a los supremos bienes que suponen los derechos humanos.

Además de ello, se afirma que, de igual modo, esta división en generaciones no redunda en una mayor importancia de unos

[156] Ibídem, p. 210.

derechos frente a otros, por cuanto; estos derechos, son indivisibles e interdependientes, por lo tanto, no tienen jerarquía, todos son igualmente exigibles.

No obstante a ello, la peculiar sistemática clasificatoria de los derechos humanos en generaciones, en la práctica evolutiva y de implantación ha hecho que el reconocimiento de unos sea de mayor calado que el de sucesivas generaciones.

Cuestión ésta que plantea la relevancia o preeminencia de unos derechos humanos sobre otros por cuanto así se ha constituido a la hora de su mayor reconocimiento fáctico, a pesar de que la misma doctrina asegura la interdependencia de los unos con los otros.

En este sentido, autores como Antonio Cançado, expresa, “entre los aspectos específicos de la contribución de la Declaración de los Derechos Humanos al desarrollo del Derecho Internacional sobre derechos humanos, uno merece especial atención en nuestros días, a saber, el hecho de haber situado en el mismo nivel a todos los derechos humanos (civiles, políticos, económicos,

sociales y culturales), lo cual pone de relieve su interdependencia"[157].

1.4. Los derechos humanos antesala de los derechos fundamentales

Desde los inicios de la historia de la humanidad una mirada a la historia de los derechos humanos nos tiene que mover a preguntarnos y a pensar cuáles son los motivos por los que la idea de que las personas son portadores de derechos, que traducen su dignidad o valor, ha surgido en un determinado contexto histórico y no en otro, o en una cultura y no en otras.

Y una vez que surge esa idea, cómo se producen variaciones en los derechos, al mismo tiempo que van naciendo otros nuevos y

[157] CANÇADO TRINDADE, A.A.; "A Proteção Internacional dos Direitos humanos no Limiar do Novo Século", en AA.VV., CANÇADO TRINDADE, A.A.(coord.); *The Modern World of Human Rights - Essays in Honour of The Buergenthal,* San José de Costa Rica, IIDH, 1996, pp. 62-63.

todo como resultado de las transformaciones de la historia de la humanidad. Indudablemente, desde finales de la Edad Media hasta la actualidad, todos los hechos históricos de importancia, en el plano ideológico, económico, político, científico, etc., acaecidos en Occidente, han tenido claras repercusiones en los derechos humanos.

Así, cada momento histórico ha significado un nuevo capítulo de la historia de los derechos humanos, que ha extendido su alcance a los aspectos más determinantes de la vida humana. Unas nuevas fases han complementado las ya existentes, en un proceso sin duda acumulativo y progresivo, aunque en ningún caso lineal.

Estos momentos sucesivos, según ha enunciado Gregorio Peces-Barba, "corresponden a las cuatro fases de positivación de los derechos, generalización de los derechos (entendida en la doble dirección de los titulares como de los derechos), proceso de internacionalización y proceso de especificación[158].

[158] PECES-BARBA MARTÍNEZ, G.; "Historia de los derechos fundamentales", cit., pp. 3-4.

También hay que subrayar que el paso de una fase a otra no significa que la precedente esté cerrada, sino que cada una de las cuatro fases va respondiendo a las innovaciones y cambios que tienen lugar en la historia de las sociedades.

En todo caso, la historia de los derechos humanos siempre será una historia abierta, pues así, lo es la historia de la humanidad. Como inicio de este estudio, comenzaremos por definir lo que se entiende por derechos humanos, así afirma Papacchini, "los derechos humanos son aquellas libertades, facultades, instituciones o reivindicaciones relativas a bienes primarios o básicos que incluyen a toda persona, por el simple hecho de su condición humana, para la garantía de una vida digna"[159].

En este sentido, defiende Héctor Morales, como desde un punto de vista más relacional, "los derechos humanos se han definido como las condiciones que permiten crear una relación integrada entre la persona y la sociedad, que permita a los

[159] PAPACCHINI, A.; *Filosofía y derechos humanos*, Universidad del Valle, Colombia, 2003, p. 44, en este mismo sentido, NINO, C.S.; *Ética y derechos humanos*, cit., p. 40.

individuos ser personas jurídicas, identificándose consigo mismos y con los otros"[160].

El enfoque que, desde el derecho penal y procesal se le da a los derechos humanos es más el derivado de la definición que defiende Héctor Morales, por cuanto, en general se refiere a un ámbito específicamente jurídico o jurisdiccional.

Así, este enfoque jurisdiccional de los derechos fundamentales constituye además de otras vertientes, un control a limitaciones, restricciones o abusos que de esos derechos fundamentales se cometan.

Porque, esas limitaciones a las que se refiere son aquellas restricciones establecidas por los poderes públicos, para el ejercicio de los derechos fundamentales que en ningún caso deben suponer rebasar la especificación del contenido de los mismos, en función de sus límites estructurales.

Por su parte, Sánchez de la Torre defiende que "la libertad

---

[160] MORALES GIL DE LA TORRE, H.; "Introducción: notas sobre la transición en México y los derechos humanos", en *Derechos humanos: dignidad y conflicto*, México, 1996, p. 19.

personal viene matizada desde el ordenamiento colectivo como “licitud”, es ese sentido, entraña modos de actuar y límites a su actuación”[161].

Como consecuencia del carácter expansivo de los derechos fundamentales, que determina, a su vez, la afirmación del principio "favor libertatis", toda limitación o interpretación de un límite de los mismos debe ser realizada restrictivamente, dando el mayor grado de ejercicio posible al derecho fundamental de que se trate[162].

Asimismo indica Sánchez de la Torre como “el modo en que el Estado debe cumplir con esa finalidad de “conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre” es, frente a la libertad de cada persona (“hombre”), el respetarla dentro de los límites de la licitud; y frente a su propiedad (de cada “hombre”), la garantía del ejercicio libre de sus facultades correspondientes[163].

---

[161] SÁNCHEZ DE LA TORRE, A.; “Noción “formal” de los derechos humanos”, cit., p. 374.

[162] Ibídem, p. 375.

[163] Ibídem, p. 375.

Porque, “los valores “seguridad” y “resistencia a la opresión”, a su vez, se incardinan en el ámbito de las instituciones públicas, desde donde amplían su eficacia hacia las esferas de cada libertad personal”[164].

Los derechos fundamentales, como los derechos humanos, se constituyen en herencia perfecta de la dignidad del individuo, atienden a su pleno desarrollo y gestionan la libertad vital que le hacen ser lo que son, seres humanos únicos.

2. Derechos fundamentales

2.1. Introducción

El origen de los derechos fundamentales, se encuentra en una reacción natural frente a las antiguas concepciones del individuo y también del Estado.

[164] Ibídem, p. 375.

Los anteriores sistemas entendían al ciudadano como un súbdito, es decir, como un individuo sometido al poder de la autoridad y con obligación de obedecerle.

En este sentido, no estamos en presencia de un hombre-ciudadano con derechos propios, que goza de libertad por el mero hecho de ser persona, el estatus jurídico, por el contrario, se mide en función de su consideración de sometido, siervo y de las prerrogativas y gracias que le conceda voluntariamente el poder[165].

Tras la Revolución Francesa es sustituido este concepto de sumisión súbdito-poder absoluto por el de hombre y ciudadano-poder limitado. En este sentido se pronuncia la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano que plasmó esa visión de la relación Estado-sociedad[166].

De esta forma el Estado constitucional exige que se conciba la sociedad con un conjunto de personas titulares de derechos y

---

[165] IGLESIAS BÁREZ, M.; *Estructura orgánica y derechos fundamentales en la Constitución Española de 1978,* Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2011, pp. 141-142.

[166] Ibídem, p. 142.

obligaciones, ya que estos son naturales e inherentes y vinculados al ámbito de la esfera humana.

Junto a esa idea del individuo como hombre surge al tiempo su consideración como ciudadano, es decir, el individuo es un ser social, con proyección pública, un componente de la “civitas” y por ello también su estatus jurídico necesita ser complementado con derechos que le permitan participar en el destino político de su comunidad.

En consecuencia, los derechos fundamentales son entendidos como derechos subjetivos innatos del ser humano, determinados a garantizar, tanto un espacio de libertad como la existencia de prestaciones por parte del Estado. Además constituyen la representación de un conjunto de valores que trasciende a todo el ordenamiento jurídico, su tutela efectiva se convierte en una cuestión de importancia esencial para el Estado de derecho.

La búsqueda de los medios que permitan hacer posible una auténtica tutela efectiva de los derechos fundamentales se convierte en una de las preocupaciones centrales del Estado constitucional, al considerar que los derechos fundamentales, al mismo tiempo que

son límites al ejercicio del poder público, se constituyen en origen de la legitimidad del mismo Estado[167].

Las razones a favor de esta afirmación son evidentes, pero adquieren más solidez cuando nos planteamos cuál habría de ser la mejor forma de hacer efectiva la protección de los derechos fundamentales de naturaleza procesal, es decir, cuando se busca la manera de tutelar efectivamente el derecho a la tutela judicial[168].

La Constitución española de 1978 comparte esta perspectiva, y en su artículo 53.2 dirige al legislador el mandato de establecer un procedimiento preferente y sumario para la protección de estos derechos[169].

---

[167] NATARÉN NANDAYAPA, C.; *La tutela de los derechos fundamentales de naturaleza procesal: en torno a la ley de enjuiciamiento civil de 2000*, Instituto de Investigaciones Jurídicas - UNAM, México, 2010, p. 19.

[168] Ibídem, p. 19.

[169] OLIVA SANTOS, A.; "Tribunal Constitucional y jurisdicción ordinaria: causas, ámbitos y alivios de una tensión", en AA.VV., OLIVA SANTOS, A. y DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I.; *Tribunal Constitucional, jurisdicción ordinaria y derechos fundamentales*, McGraw-Hill, Madrid, 1996, p. 8.

2.2. La limitabilidad de los derechos humanos y los derechos fundamentales

Ha de quedar claro, desde un inicio, que las expresiones "derechos humanos" y "derechos fundamentales" no son equivalentes en sentido propio[170].

En efecto, como punto de partida ha de tomarse la consideración de que los derechos humanos son el conjunto de facultades e instituciones que concretan las exigencias de dignidad, libertad e igualdad inherentes a la persona, al ser humano[171].

Mientras que, los derechos fundamentales, de modo más concreto, constituyen un conjunto de estos derechos humanos que son positivizados por un ordenamiento jurídico, generalmente, a través de su inclusión en la Constitución, normalmente acompañada de un conjunto de garantías para su tutela[172].

---

[170] PÉREZ LUÑO, A.E.; *Los derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 1984, pp. 46-47.

[171] Ibídem, pp. 46-47.

[172] Ibídem, pp. 46-47.

En este sentido, Pérez Luño afirma que, “en consecuencia, y desde una perspectiva parcialmente distinta, el concepto que subyace a la expresión “derechos humanos” puede ser coincidente con el que se refleja al hablar de “derechos fundamentales”, aunque mientras, el primero puede pertenecer a una categoría axiológica, el segundo, en cambio, viene a expresar un concepto técnico jurídico. Ésta es la acepción que puede encontrarse en los documentos internacionales de protección de derechos humanos, a partir de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, que se recoge por la jurisprudencia y por la doctrina”[173].

[173] En este sentido, véase la Sentencia del Tribunal Constitucional número 175/2001, 26 de julio, especialmente el voto particular concurrente que formula el Magistrado don Manuel Jiménez de Parga y Cabrera, “estoy de acuerdo con el fallo a que se llega en la Sentencia. Mi discrepancia se centra en la forma en que se utiliza el concepto "derecho fundamental", considerándose si las organizaciones jurídico-públicas, o las personas de esa clase, son titulares de un determinado derecho fundamental. Como dije en los debates del Pleno, yo estimo que debe distinguirse entre "derechos fundamentales" y "derechos humanos". La Declaración Universal de 1948 se refiere a “todos los miembros de la familia humana”, los cuales son titulares de los derechos humanos. La titularidad de los derechos fundamentales es harina de otro costal. Carácter histórico de los derechos fundamentales. A diferencia de los derechos humanos, inherentes a la naturaleza de todos los seres humanos (que "nacen libres e iguales en dignidad y derechos": artículo primero de la Declaración de 1948), los derechos fundamentales han sido formalizados por la historia. En cada país, en un momento determinado, se reconocen unos derechos fundamentales, que se hallan en la base y son los cimientos de

La proclamación constitucional de este conjunto de derechos tiene como finalidad la de garantizar, frente a todo el ordenamiento y frente a la actuación de cualquier sujeto que pretenda ampararse en el ordenamiento, el respeto a un status jurídico esencial de los ciudadanos[174].

Por su parte, Cruz Villalón afirma que, "los derechos fundamentales son aquellos que así se consideran en la conciencia y en la cultura jurídica en que se inserta el Estado constitucional. En el caso del Estado español se trataría de un concepto que tiene su reflejo en un ámbito más amplio, aquel en que despliega su alcance

---

su organización jurídico-política. No todos los regímenes constitucionales garantizan los mismos derechos fundamentales. Todos los ciudadanos de ellos, en cambio, son titulares de los mismos derechos humanos. Los derechos fundamentales de las personas jurídico-públicas. En la Constitución Española, que es la que ahora nos importa considerar, el Estado y las demás entidades jurídico-públicas son titulares de derechos fundamentales ¿qué no son siempre la concreción histórica de un derecho humano ¿ gracias a cuyo ejercicio se convive en paz, libertad, y con seguridad?. Creo que debió matizarse, en suma, el empleo de la expresión "derechos fundamentales", entendida como los derechos que prestan solidez jurídico-política al Ordenamiento constitucional español. En Madrid, a veintiséis de julio de dos mil uno.

[174] OTTO, I.; *Derecho constitucional*. *Sistema de fuentes*, Ariel, Barcelona, 1999, p. 28.

la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos"[175].

Por lo que a la detención se refiere, los derechos fundamentales resultan garantes indudables de la libertad ambulatoria, que es restringida en cuanto, la figura jurídica de la detención se constituye en acción.

Por lo que puede afirmarse que la detención es un límite a un derecho fundamental básico, la libertad.

La libertad es legalmente restringida en la detención siempre y cuando se cumpla en las condiciones que el propio derecho estipula, marcando unos parámetros estrictos en la aplicación legal de ese límite.

Por su parte, defiende Aguiar Duque que "en el ámbito de la doctrina constitucional tampoco faltan autores que, en última instancia, desde posiciones igualmente iusnaturalistas y, por tanto,

---

[175] CRUZ VILLALÓN, P.; "Sobre el legislador de los derechos fundamentales", en AA.VV., LÓPEZ PINA, A.*; La garantía constitucional de los derechos fundamentales Alemania, España, Francia e Italia*, UCM, Facultad de Derecho, Civitas, Madrid, 1991, p. 127.

negadoras de una hipotética fuerza irresistible de los enunciados constitucionales, preconizan también el carácter absoluto e ilimitado de determinados derechos fundamentales, vinculando ese pretendido carácter absoluto a su condición de facultades pre estatales que el orden jurídico se limita a reconocer y conformar como derechos, pero en ningún caso con posibilidades de limitarlos"[176].

No obstante, defiende que, "sin entrar ahora en dicha polémica, en buena medida se conecta con concepciones previas acerca de la naturaleza misma de la organización política, lo que en todo caso es necesario advertir es que desde la teoría jurídica de la Constitución, no resultan admisibles ese tipo de planteamientos"[177].

Por lo que, aunque se afirmara en momentos históricos anteriores, la asunción de la capacidad de absolutos de los derechos humanos y por lo tanto, de la libertad, en el momento actual la mayor parte de la doctrina acepta la limitabilidad de los derechos humanos y su más que aceptación en los derechos

[176] AGUIAR DE LUQUE, L.; "Los límites de los derechos fundamentales", cit., p. 11.

[177] Ibídem, p. 11.

fundamentales en los que, la propia norma constitucional prevé la limitabilidad.

En este sentido, Aguiar afirma que “el contrapeso de una posible limitabilidad general de los derechos es que, amén de respetar el contenido esencial del derecho, la limitación precisa ser justificada, y ello, tanto por la concatenación irremediable entre la existencia de límites inmanentes y la necesidad de justificación como por el valor central de los derechos en el sistema constitucional”[178].

Por lo que puede entenderse que “si los límites derivan de la incardinación de los derechos en el texto constitucional y del principio de unidad de la Constitución, y los derechos fundamentales constituyen el valor central de todo el sistema, la limitación de éstos ha de venir objetivamente justificada por la realización de otros derechos, bienes o valores constitucionales”[179].

Se afirma en este sentido entonces, la capacidad de los derechos humanos de ser limitados cuando entran en conflicto con

[178] Ibídem, p. 21.

[179] Ibídem, p. 21.

otros derechos humanos, así como sucede con los derechos fundamentales.

Éstos últimos tienen una respuesta a la limitabilidad más garantista, por cuanto la propia norma vinculante que les da fuerza motriz, les incardina en unas estrictas condiciones cuando han de ser limitados.

2.3. Límites a los derechos fundamentales

2.3.1. Introducción

Dentro de la que podría considerarse una clasificación básica de los derechos fundamentales, la que los separa por su naturaleza o virtual aplicabilidad colabora a su reconocimiento práctico y real.

Así, los derechos fundamentales de naturaleza procesal son derechos subjetivos públicos que se tienen frente a los órganos jurisdiccionales y que, en consecuencia, configuran un conjunto de facultades de los ciudadanos frente a los jueces y tribunales.

Además, los derechos procesales tienen una clarísima dimensión objetiva, que hace de ellos unos derechos sensiblemente diferentes al resto de los derechos fundamentales[180].

En efecto, la existencia y garantía de los derechos fundamentales se encuentra en la base de la existencia de un orden social.

Desde los orígenes del Estado, los derechos fundamentales han sido necesarios para su mantenimiento, para la prohibición de la auto tutela, así como para el monopolio del ejercicio de la jurisdicción por parte de los órganos de aquél.

En este sentido, los derechos fundamentales de naturaleza procesal significan tanto una manifestación general del Estado de derecho, de acceso a la jurisdicción como garantías procesales que hasta épocas recientes se habían formulado, sólo como principios de derecho objetivo y que, en la actualidad, para destacar su importancia y reforzar su tutela, aparecen revestidas de la forma de

---

[180] NATARÉN NANDAYAPA, C.; *La tutela de los derechos fundamentales de naturaleza procesal: en torno a la ley de enjuiciamiento civil de 2000,* cit., p. 32.

derechos fundamentales[181].

Así los propios límites que asumen los derechos fundamentales se constituyen, en una garantía a éstos, tan plenamente como cualquier otra garantía estipulada en su defensa y tutela.

Asimilando con ello, el propio límite a una garantía que reafirma el valor como derecho garantizado de todo derecho fundamental.

Pues, según se ha señalado, la teoría kelseniana da sustento a la posición que considera que un derecho no garantizado no es un verdadero derecho, es decir, a la confusión entre "derecho" y "garantía"[182].

Para Ferrajoli, las consecuencias de esta confusión son de

---

[181] Así, el Tribunal Constitucional español ha afirmado que el derecho fundamental del artículo 24.1 incluye el "derecho de defensa y bilateralidad, por otra parte ya reconocido la tutela de los derechos fundamentales de naturaleza procesal: en torno a legalmente antes de la Constitución y expresado bajo el clásico principio procesal nemine damnatur sine audiatur" (Sentencia del Tribunal Constitucional 4/1982, de 8 de febrero, F.J. 5º); y en la Sentencia del Tribunal Constitucional 82/1983, de 20 de octubre, afirmó que en el artículo 24.1 se incluye "el principio de contradicción procesal recogido en el axioma audiatur et altera pars" (fundamento jurídico 4º).

[182] KELSEN, H.; *Teoría pura del derecho*, (traducción de J. Vernengo), Unam, México, 1986, p. 142.

enorme importancia, pues, no distinguir entre derechos y las garantías de estos derechos, conduce a inutilizar, en el plano jurídico, dos de las conquistas más importantes del constitucionalismo de este siglo: la internacionalización de los derechos fundamentales y la constitucionalización de los derechos sociales[183].

En materia de derecho a la libertad y en el ámbito de la figura de la detención, puede observarse que ciertas extralimitaciones hacen en ocasiones, de cualquier derecho fundamental una vaga idea de lo que debe realmente ser, confundiendo derecho y garantía. Se podría hablar entonces, de abuso del derecho.

Por su parte, afirma Ángel Sánchez que, "el modo de conservar los derechos del hombre consiste en una acción positiva del Estado"[184].

Por lo que defiende que, "la "seguridad no es una cualidad del

---

[183] FERRAJOLI, L.; *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Trotta, México, 1999, pp. 59-65.

[184] SÁNCHEZ DE LA TORRE, A.; "Noción "formal" de los derechos humanos", cit., p. 376.

individuo como es la libertad, sino cualidad de la organización política, desde la cual ésta puede cumplir su parte respecto a la "conservación" de este derecho de libertad, cuya sede es la voluntad del individuo"[185].

En este sentido, el abuso del derecho, y los límites excepcionales y sus principales características, por lo que nos introducen en un conocimiento más amplio de la cuestión central de la vulneración de las garantías de los derechos fundamentales.

Una de esas vulneraciones más reconocidas por la doctrina consiste, en lo que se denomina abuso del derecho, esto es, una extralimitación de esas garantías que rodean a todo derecho fundamental para su pleno reconocimiento.

2.4. Abuso del derecho

No es casual, como afirman Atienza y Ruiz Manero, "que el

[185] Ibídem, 376.

abuso del derecho surgiera en la jurisprudencia francesa, pues el Código Napoleónico significó la consagración histórica más radical de dos rasgos jurídico-culturales que la figura del abuso del derecho está destinada a corregir, el formalismo legal y lo que podríamos llamar el absolutismo de los derechos"[186].

En este sentido, "constituyó en sus inicios una manera de atenuar el absolutismo de los derechos subjetivos, sin perder los privilegios concedidos al individuo, al mantener la figura dentro del campo de la licitud"[187].

Por lo que el abuso del derecho, surge propiamente, según afirma Fernández Sessarego como "una reacción jurisprudencial frente a la dogmatización del derecho subjetivo"[188].

Así, Ihering en su obra "Espíritu del derecho Romano" sustentó que la esencia del derecho subjetivo residía en el interés

---

[186] ATIENZA, M. y RUIZ MANERO, J.; *Ilícitos Atípicos*, Trotta,, Madrid, 2000, p. 34.

[187] Ibídem, p. 34.

[188] FERNÁNDEZ SESSAREGO, C.; *Abuso del Derecho*, Grijley, Lima, 1999, p. 99.

jurídicamente protegido[189].

Por su parte Miguel Reale afirmaba que,"la palabra interés la tomaba en el sentido más lato posible, abarcando el interés referente a las cosas concretas y materiales como el referente a las de naturaleza ideal o intelectual, como sería, por ejemplo, el interés por una obra de arte[190].

Según Bianca, "el primer tipo de crítica se manifestó principalmente a través de dos teorías: la del derecho como esfera de licitud y la del derecho como pretensión. La primera, que también usaba la denominación de "agere licere" o "facultas agendi", lo entendía como la facultad de obrar lícitamente, pero, no incluía a los derechos de crédito, que eran considerados más como "expectativas". La última lo consideraba como la facultad para pretender cualquier cosa frente a quien estaba obligado a un determinado comportamiento y, por lo tanto, no incluía a los

[189] IHERING, R.V.; *Espíritu del Derecho Romano*, Marcial Pons, Madrid, 2005, p. 44.

[190] REALE, M.; *Introducción al Derecho* (Traducción de Jaime Brufau Prats), Pirámide, Madrid, 1984, p. 198.

derechos reales[191].

El abuso de derecho significa que ni los poderes del Estado ni los particulares pueden, justificándose en el ejercicio de un derecho fundamental, limitar o atacar a otro derecho fundamental o bien para desviarse de los límites intrínsecos en el ejercicio del derecho de que se trate. El ejercicio de un derecho no debe exceder el uso normal del mismo, de modo que resulte antisocial o excesivo, resultando de ese ejercicio, daños para terceras personas.

Una de las manifestaciones del abuso del derecho es la desviación de poder, que consiste en el uso de las facultades discrecionales de la administración para fines diversos de aquellos para los cuales les fueron conferidas.

Por ello, afirma que, “durante el proceso de discusión sobre el papel del derecho subjetivo como categoría primordial del ordenamiento jurídico, se planteó, además, la existencia adicional de un ejercicio regular de los mismos acorde con la moral colectiva y con la armonía de la vida social”.

---

[191] BIANCA, M.; *Diritto Civile VI*, (Traducción de Carlos Zamudio) Dotta Giuffre, Milano, 1999, pp. 20-21.

Por su parte, Manuel Atienza defiende que, “el relativo desconocimiento de los hechos futuros hace que no podamos anticipar, caracterizándolas descriptivamente, todas aquellas circunstancias en las que las reglas, a la luz de los principios relevantes deben ser excepcionadas”[192].

Por lo que “la figura del abuso del derecho viene a ser, así, una suerte de mecanismo de salvaguardia, para casos, que presenten propiedades que no se ha logrado anticipar, de la coherencia valorativa de las decisiones jurídicas”[193].

2.5. La persona y los límites de los derechos fundamentales

Hasta llegar a la persona, “cabe aludir a la existencia en el hombre de una yuxtaposición de niveles, que van desde las características que comparte con el resto de los seres de la

[192] ATIENZA, M. y RUIZ MANERO, J.; *Ilícitos Atípicos*, cit. p 61.

[193] Ibídem, p. 61.

creación, en cuanto "ser vivo", pasando por su naturaleza de "ser social", que lo incardina dentro de una sociedad organizada, hasta llegar a su parte más específicamente humana, al hombre como ser abierto a valores, como "ser espiritual". Aquí cabe hacer la observación de que, aunque no hay en absoluto acuerdo en el contenido de esta espiritualidad, incluso los más opuestos a su existencia reconocen, al menos como dato de la experiencia, una tendencia a lo largo de la Historia de la Humanidad y de las religiones a la transcendentalidad. Estas dimensiones corresponden respectivamente a lo que en el tridimensionalismo son los planos del ser, el deber ser y los valores"[194].

Por lo que, "en una primera dimensión nos referimos al hombre como uno, esto es, como "individuo"; en cuanto ser social, así, el ser humano en su dimensión jurídica aparece como "sujeto del derecho", esto es como titular de situaciones jurídicas activas, derechos subjetivos o pasivos, los correlativos deberes jurídicos"[195].

---

[194] FALCÓN TELLA, M.J.; "Capacidad jurídica y derechos humanos", en *Anuario de Derechos Humanos. Nueva época,* Vol. 5, Madrid, 2004, p. 216.

[195] Ibídem, p. 216.

Abordando el paso definitivo que nos ocupa"en el plano superior se sitúa al hombre en su consideración auténtica y genuina, como hombre en sí mismo, como "persona"[196].

Así, en este sentido podría hablarse de "el ideal en el primer nivel humano es la adaptación al medio y la "supervivencia" al más puro estilo darwinista de supervivencia de las especies; en el segundo nivel el Derecho pretendería hacer "buenos ciudadanos"; en el plano moral ya no se tendería a fines temporales, más o menos básicos, sino a un fin último. Se trataría, plásticamente hablando, de "hacer santos". El núcleo organizativo básico del hombre como ser vivo en el mundo de la naturaleza sería la familia"[197].

Por su parte, "el aspecto jurídico del hombre como ciudadano se desenvuelve en el marco institucionalizado constituido modernamente por el "Estado" aunque cada vez se tienda más a la sustitución de los Estados por organizaciones supranacionales"[198].

---

[196] Ibídem, p. 216.

[197] Ibídem, p. 216.

[198] Ibídem, p. 216.

Puede por tanto, afirmarse que, la persona constituye la base mínima necesaria para que el Estado conforme su estructura molecular en torno a una organización de personas.

A estas personas les corresponde un valor dignidad, un valor libertad y un valor igualdad, entre otros, que sean respaldados y tutelados por ese Estado.

Específicamente, en ese hilo argumental, puede afirmarse que el valor libertad de la persona, institucionalizado en auténticos derechos fundamentales, constituye el pilar fundamental del Estado de derecho. Así, por lo tanto y derivado de esa máxima, resulta del todo innegable que los límites que atañen a los derechos fundamentales de la persona deben constituir excepciones a la regla general.

En este sentido, la detención se considera una de esas excepciones al principio general de libertad en un Estado de derecho, consecuente con el espíritu que le guía.

Ese espíritu de libertad innata del hombre es muchas veces vulnerado profiriéndose la causa excusatoria de un interés general.

Las excepciones a la regla general de libertad constituye así una causa excusatoria a plena libertad que el Estado de derecho afirma para sus ciudadanos.

Las denominadas épocas de crisis del ciudadano, asimilan rápidamente estos límites como generalidades insoportables, por cuanto el ser humano se estipula en existencia libre y digna.

Por su parte, Fernández Sessarego afirma que, "la filosofía de la existencia constituye sin duda la expresión filosófica de una época en crisis, en la cual el hombre, desorientado y desconcertado vuelve su angustiosa mirada sobre sí mismo"[199].

Por lo que "la revelación del ser coexistencial del hombre, gracias a la filosofía de la existencia, permite comprender al derecho subjetivo como intersubjetividad, como relación entre sujetos. Estos sujetos están referidos como seres con una escritura

[199] FERNÁNDEZ SESSAREGO, C.; *Derecho y Persona,* cit., p. 29.

bidimensional, idénticos sólo a sí mismos y, a la vez, de naturaleza social"[200].

Con esto se significa, que el ser humano pierde parte de esa existencia libre y digna en beneficio de una cultura social o relacional necesaria para su coexistencia vital, por cuanto su naturaleza societaria así lo exige.

Pero, aunque se establezca esa virtual naturaleza societaria del ser humano, la existencia natural no necesita de mayor capacidad social, salvo claro, que se pretenda establecer relaciones entre seres que conviven en un mismo espacio temporal y geográfico.

Y es que, Díez Picazo afirma que, "la vaguedad o textura abierta de muchas normas sobre derechos fundamentales es fisiológica"[201], no hay que olvidar que, el fundamento básico de las relaciones Estado-poder ciudadano-persona se establecen por el principio de necesidad recíproca, el uno no existe sin el otro o al

---

[200] Ibídem, p. 88.

[201] DÍEZ PICAZO, L.M.; *Sistema de derechos fundamentales,* cit., p. 47.

menos no con la calidad y capacidades fisiológicas propias de cada ente.

Es por ello, que no cabe duda de que la naturaleza de la persona, el respeto a su dignidad intrínseca constituye la base de los derechos fundamentales que, impregnan todo el ordenamiento jurídico válido en un Estado de derecho.

Como tampoco cabe duda de que la cesión de parte de esa base personal constituya una excepción de máxima magnitud y por tanto, instituye una negación categórica de la libertad absoluta, pero solo cuando es revestida de las garantías básicas que para ello se le asigna.

Cuando se habla del valor libertad se está infiriendo que la dignidad es anterior, es el pilar básico fundante de la misma, constituyente del individuo como ser completo y auténticamente libre.

Así, el tándem que constituye la dignidad, la libertad estructura en principio la génesis básica que considera a la persona titular de derechos, del resto de derechos que participan del libre desarrollo del individuo y de su personalidad social más referenciada.

2.6. Naturaleza de la dignidad de la persona

A entender de González Pérez, sobre la naturaleza de la dignidad de la persona, "la doctrina no tiene el menor recelo en confesar que el término se le escapa, que las formulaciones generales son insatisfactorias, que la dignidad es una noción con un cuerpo semántico relativamente poco preciso"[202].

En este sentido, defiende Tomás Domingo Moratalla que, "no se trata de un concepto prescindible, al menos no podemos prescindir de aquello a lo que apunta"[203].

Por su parte, Jurgen ha defendido esta evidencia en las siguientes palabras, "la dignidad humana no ha podido crear hasta

---

[202] GONZÁLEZ PÉREZ, J.; *La dignidad de la persona,* Civitas, Madrid, 1986, p. 111.

[203] DOMINGO MORATALLA, T.; "Difícil dignidad, cuestiones abiertas", en AA.VV., MASIÁ CLAVEL, J.; *Ser humano, persona y dignidad,* Desclée de Brouwer, Madrid, 2005, p. 342.

hoy un marco general consensuado de referencia para el discurso ético"[204].

En el cotidiano acontecer, afirma Junquera de Estefani que, "la dignidad es el concepto que pone fin a cualquier disputa o controversia, adquiriendo tintes de cuasi sacralidad"[205].

De igual manera, De Miguel afirma que "la única excepción a esta formalidad del concepto de dignidad lo puede constituir, a nuestro juicio, el principio de igualdad, tan indisolublemente asociado al primero que no cabe concebir uno sin otro. Entiéndase de cualquier forma, que la admisión del principio de igualdad introduce una serie de concreciones materiales, pero, sobre todo, una consecuencia formal, cual es la necesidad de que las opiniones de todos cuenten con el mismo peso a la hora de incardinar

---

[204] JÜRGEN, S.; "La dignidad del hombre como principio regulador en Bioética", en *Revista de Derecho y Genoma Humano,* n.° 13, Madrid, 2005, p. 25.

[205] JUNQUERA DE ESTÉFANI, R.; "Dignidad humana y genética", en BLÁZQUEZ, J. (Editor); *10 Palabras Clave en la Nueva Genética,* Verbo Divino, Estella, 2006, p. 348.

materialmente el concepto de dignidad, de modo que nadie sea excluido por lo que es"[206].

En nuestra carta magna, el artículo 10.1 reconoce el valor de la dignidad, cristalizado en "la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social".

Por su parte, Sánchez Agesta afirma que "la Constitución española en el texto de su artículo 10.1 es un claro ejemplo de que la naturaleza de la dignidad de la persona debe venir recogida en la norma fundante básica, ya que la dignidad no es un mero ideal social, sino, que dota a la persona de un status especial"[207].

---

[206] DE MIGUEL BERIAIN, I.; "La dignidad humana, fundamento del derecho", *en Boletín de la Facultad de Derecho*, núm. 27, Uned, Madrid, 2005, p. 355.

[207] SÁNCHEZ AGESTA, L.; *Sistema político de la Constitución española de 1978*, cit., p. 91.

En esta misma línea, podemos decir que para González Pérez, el derecho a la dignidad supone "la consagración de la persona, como principio rector del ordenamiento jurídico español"[208] .

Así, se destaca la importancia de la que dota la Constitución española a la dignidad, dándole un valor superior que pertenece a la persona por el mero hecho de serlo.

Por su parte, Nietzsche defendía que "todo concepto se forma por equiparación de casos no iguales. Del mismo modo que es cierto que una hoja no es igual a otra, también es cierto que el concepto hoja se ha formado al abandonar de manera arbitraria esas diferencias individuales, al olvidar las notas distintivas, con lo cual se suscita entonces la representación, como si en la naturaleza hubiese algo separado de las hojas que fuese la "hoja", una especie de arquetipo primigenio a partir del cual todas las hojas habrían sido tejidas, diseñadas, calibradas, coloreadas, onduladas, pintadas,

[208] GONZÁLEZ PEREZ, J.; La *dignidad de la persona,* Civitas, cit., p. 80.

pero por manos tan torpes, que ningún ejemplar resultase ser correcto y fidedigno como copia fiel del arquetipo"[209].

En este sentido afirmaba, "decimos que un hombre es "honesto". ¿Por qué ha obrado hoy tan honestamente?, preguntamos. Nuestra respuesta suele ser así: a causa de su honestidad. ¡La honestidad! Esto significa a su vez: la hoja es la causa de las hojas. Ciertamente no sabemos nada en absoluto de una cualidad esencial, denominada "honestidad", pero sí de una serie numerosa de acciones individuales, por lo tanto desemejantes, que igualamos olvidando las desemejanzas, y, entonces, las denominamos acciones honestas; al final formulamos a partir de ellas una qualitas oculta con el nombre de "honestidad"[210].

La gestión discursiva sobre la dignidad, alcanza cotas de breviario sobre el ser humano, por cuanto no cabe el parlamento sobre la dignidad, sin que se constate la imagen mental de un ser

[209] NIETZSCHE, F.; *Sobre verdad y mentira en sentido extramoral*, Tecnos, Madrid, 1990, pp. 23-24.

[210] Ibídem, pp. 23-24.

humano al que quedaría constreñida esa idea, una idea real y de auténtica percepción operatoria efectiva.

Por ello, Tomás Domingo Moratalalla asegura, “una filosofía de la dignidad tendría que ser capaz de contar con conceptos vivos, operatorios, revisables y, en cierta medida, ágiles”[211].

Y afirma que, “el concepto de dignidad, atentos a la lección de Nietzsche, no podría olvidar lo particular, la experiencia de reconocimiento de dignidad o de falta de reconocimiento a la que antes aludía. Los conceptos vivos han de estar apegados a la experiencia viva. De igual manera el concepto de dignidad no puede “escribirse” de una vez para siempre, y tendrá que revisarse en función de nuevas experiencias y de nuevos saberes. La filosofía de la dignidad, tendrá que ser bio-filosofía, socio-filosofía, teo-filosofía, etc. o lo que es lo mismo tendrá que saber vivir en el espacio de lo interdisciplinar, y no porque quede bonito o moderno, sino porque es necesario”[212].

---

[211] DOMINGO MORATALLA, T.; “Difícil dignidad, cuestiones abiertas”, cit., p. 345.

[212] Ibídem, p. 345.

En este sentido, afirman autores como Sánchez Agesta, “la excelencia o mérito de un ser y decoro o respeto que se le debe por esa excelencia. Dignidad de la persona significa, pues, lo que se debe a la persona por su cualidad de tal y si se quiere, darle un sentido jurídico más idóneo, lo que es adecuado a la naturaleza misma del hombre como ser personal”[213]

De esta forma, González Pérez, entre otros, identifica a “la dignidad de la persona como “un rango” el cual identifica a la persona como tal”[214].

En esa misma línea, Millán Puelles reconoce que, “ser persona es un rango, una categoría que no tiene los seres irracionales. Esta prestancia o superioridad del ser humano sobre todos los que carecen de razón en los que se llama dignidad de la persona humana”[215].

---

[213] SANCHEZ AGESTA, L.; *Sistema político de la Constitución Española,* Nacional, cit., p. 74.

[214] GONZÁLEZ PÉREZ, J.; *La dignidad de la persona*, cit., p. 24.

[215] MILLÁN PUELLES, A.; *Persona humana y justicia social*, Rialp, Madrid, 1973, p. 15.

En base a ello, podemos afirmar que quien concede el rango o categorización de persona al individuo es la racionalidad, tal y como lo defiende Santiago Nino cuando afirma, "todos los hombres deben ser tratados según sus decisiones, intenciones o manifestaciones de consentimiento"[216].

Legaz Lacambra, expone a lo anteriormente relatado que, "el valor de la persona consiste, en ser más que el mero existir, en tener dominio sobre la propia vida y ésta superación, es la raíz de la dignidad de la persona"[217].

Por lo que, para Lacambra el valor de la persona, tiene la posibilidad de decidir, sobre la propia vida, lo que responde a la propia idea de la dignidad personal[218]. De lo que se deduce de ellos que las personas tienen el valor de la dignidad con carácter universal. Ya que si todos los hombres tienen la misma naturaleza, deberán ostentar la misma condición. En este sentido se ha

---

[216] NINO, C.S.; *Ética y Derechos Humanos*, cit., p. 159.

[217] LEGAZ LACAMBRA, L.; "La noción jurídica de la persona humana y los derechos del hombre", *en Revista de Estudios Políticos,* nº 55, Madrid, 1951, p. 15.

[218] Ibídem, p. 19.

pronunciado Millán Puelles cuando define que la dignidad de la persona supone “el señorío del hombre sobre el mundo, un dominio humano de las cosas y de los seres irracionales”[219].

La condición de persona, ya en su proyección social como en la individual, incardina a la dignidad en un concepto jurídico político, así, la dignidad de la persona humana ha obtenido una consideración especial.

De esta afirmación, se desprende y en base a ello se refuerza esta teoría, ante la inclusión de la dignidad como valor que ha sido plasmado en las Declaraciones y los Pactos que reconocen a los derechos fundamentales de la persona.

Todo ello constituye medio y sistema de tutela, en el fin de proteger la dignidad frente a cualquier intromisión que pudiera afectar a la misma. A mayor abundamiento, puede afirmarse que la dignidad de la persona, así como todos aquellos derechos que vienen fusionados a la misma, han sido recogidos en numerosas Declaraciones vinculantes, tanto a nivel nacional como internacional.

---

[219] MILLÁN PUELLES, A.; *Persona humana y justicia social*, cit., p. 18.

Ejemplo de ello, es que en el Preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos se consagra “la libertad, la justicia y la paz en el mundo, tienen como base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana”.

El artículo 1 de la mencionada Declaración, reconoce que, “todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”.

Una característica de los derechos fundamentales es que se erigen como auténticos garantes del derecho de libertad y del de la dignidad humana. Así pues, se pueden considerar como limitadores de la exigencia humana garantizando de esta forma el libre desarrollo de la personalidad. Es por este motivo por lo que se reconocen como derechos inalienables e irrenunciables por el propio individuo. Este es uno de los motivos por el cual, los sistemas constitucionales y democráticos contienen en sus constituciones, dentro del título de los derechos fundamentales, a estos derechos.

Por tanto, podemos entender que la Constitución española de 1978, reconozca el derecho a la dignidad, como derecho fundamental y por tanto éste irá unido al derecho de libertad e igualdad, como valores jurídicos fundamentales.

El reconocimiento positivo del valor jurídico fundamental que rico presenta la dignidad, trae aparejado el reconocimiento de otros derechos que le son inmanentemente propios a la persona. Estos derechos tienen como fin último garantizar el libre desarrollo de la personalidad de la misma. Obligándose por tanto a los poderes públicos a garantizar, utilizando los medios necesarios para ellos, la realización de estos.

La definición de dignidad la podemos deducir desde vista jurídico ya que la dignidad humana ha asumido una serie de condiciones. Autores como Esteban define a la dignidad como, "el respeto debido a toda persona por encima de sus circunstancias propias y que prohíbe cualquier tratamiento que pueda suponer un menoscabo en el ejercicio de sus derechos fundamentales[220]". En

[220] DE ESTEBAN, J. y GONZÁLEZ GONZÁLEZ-TREVIJANO, P.; Curso *de derecho Constitucional Español*, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 1993. p. 25.

este sentido, defiende que la dignidad recae sobre la idea de actuar conforme al tratamiento que deseamos para sí.

De la misma manera reconoce que la característica de la inalienabilidad de la persona humana es consecuencia lógica de que el individuo puedo llevar actitudes que pueden resultar lesivas indignas, estás no le pueden hacer perder el valor intrínseco de su propia dignidad. Por lo que cualquier comportamiento considerado indigno no le hace perder su propia dignidad, es decir, al ser un derecho absolutamente inherente, ninguna persona puede perder su condición por aquellas acciones que realice, por muy indignas que pueden resultar.

En este sentido, entiende Pérez Luño que “los derechos humanos suelen venir entendidos como un conjunto de facultades instituciones que, en cada momento histórico, concreta las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humana, las cuales deben ser reconocidas oficialmente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional. En tanto que con la noción de derechos fundamentales se tiende a aludir a aquellos derechos humanos garantizados por el ordenamiento jurídico positivo, en la mayor parte de los casos en su normativa constitucional Y que

suele gozar durante la reforzada. Se trata siempre, por tanto, derechos delimitados espacial y temporalmente, cuya denominación responde azúcar hacer básico o fundamentador del sistema jurídico político del estado de derecho"[221].

En este sentido, "los principios que reconocen a los derechos humanos en tanto que derechos morales, son defendidos atendiendo a la autonomía individual, inviolabilidad personal y dignidad del individuo"[222].

Por su parte, afirma Gómez Pin que, "tanto la dignidad como la inviolabilidad personal son dos derechos que guardan una relación absolutamente paralela. Por lo que cuando hablamos de dignidad nos estamos refiriendo a ese valor que les inherente a todos los seres humanos. Dicho valor resulta absolutamente intransferible y por tanto nunca podrá formar parte del tráfico mercantil. Es por esto por lo que siempre está encendido en la dignidad es un principio coste con todos y cada uno de los seres humanos, con

---

[221] PEREZ LUÑO, A.E.; *Los derechos Fundamentales*., Tecnos, Madrid, 1984, pp. 46 - 49.

[222] NINO, C.S.*; Ética y derechos humanos*, cit., p. 239.

independencia de sus capacidades. Aquí argumenta Gómez Pin que la dignidad, "no es susceptible de un intercambio nacional"[223].

Por tanto, se afirma que la dignidad se proclama como un reconocimiento personal de valor inestimable. Por lo que cuando es lesionado este derecho, puede suponer indiscutiblemente la vulneración de los derechos que protegen la vida del individuo.

Para Muguerza, la dignidad representa "la existencia en todos los seres humanos de algo que podemos y debemos considerar inviolable y que limita el ámbito del discurso moral admisible"[224].

En este sentido para Muguerza, "esta es la idea que refuerza la conexión que existe entre la moral, la dignidad y la inviolabilidad"[225].

Para poder justificar que la dignidad es un principio, que debe ser respetado por todos y por tanto, tiene un valor universal y supremo debemos exigir a todos los Estados la salvaguarda de este

---

[223] GOMEZ PIN, A.; *La dignidad. Lamento de la razón repudiada*, cit., p. 19.

[224] MUGUERZA, J.; *Desde la perplejidad*. (Ensayos sobre la ética, la razón y el diálogo), cit., p. 681.

[225] Ibídem, p. 681.

derecho, garantizando a todas las personas, sin diferencia alguna, los derechos básicos y fundamentales que le son inherentes.

Para ello, parece ser que la única forma de garantizar auténticamente la dignidad humana, debe comenzar por afirmar la correspondiente tutela de los derechos humanos que les pertenecen inmanentemente a todas los seres humanos.

3. Los derechos fundamentales implicados en la detención

3.1. Introducción

Realizar un estudio de los derechos fundamentales implicados en el proceso de la detención sería arduo y extenso, pero circunscribirlo a la vulneración más evidente denotaría que el principal derecho lesionado sería el derecho base de toda condición humana, la dignidad, en cualquiera de sus manifestaciones, el derecho fundamental a la libertad personal y por supuesto y muy

vinculado a la propia gestión humana de la detención, del supuesto infractor, el derecho a la integridad física.

La dignidad del sujeto, por cuanto se vulnera su principio de libertad personal sin aparente causa justa, la libertad ambulatoria por ser ésta el principal derecho que se vulnera o limita con la detención y la integridad física, por cuanto en ocasiones la propia detención provoca en esa materia sufrimiento psicológico y en ocasiones físico.

3.2. La dignidad como derecho base

Definir la dignidad, sin entender lo que es el hombre resulta del todo imposible, acercarse a una definición consciente del término y asimilar su contenido sin atribuirlo a la raza humana sería dejarlo vacío de contenido.

Así parece entenderlo también Iñigo de Miguel cuando afirma, “Dignidad. Así, a solas con ella, la palabra suena tan familiar que a nadie inquieta. Son tantas y tantas las veces que la hemos

escuchado que ha entrado a formar parte de una forma casi inapreciable de nuestro vocabulario diario. De hecho, no creemos exagerado afirmar que todos nosotros la hemos utilizado alguna vez, sobre todo en aquellas ocasiones en los que queríamos mostrar una fortaleza extrema en nuestras posturas"[226].

No obstante a sus afirmaciones, sostiene también que, "lo que ya no es tan cierto es que todos los que apelan a la dignidad humana como argumento en el que apoyar sus pretensiones sepan verdaderamente de qué están hablando. Y no nos referimos aquí exclusivamente a quienes, alejados de las discusiones filosóficas académicas, apenas tienen la oportunidad de entender todos los significados de aquello que invocan"[227].

Por su parte, González Pérez afirma que, incluso "la doctrina no tiene el menor recelo en confesar que el término se le escapa, que las formulaciones generales son insatisfactorias, que la

[226] DE MIGUEL BERIAIN, I.; "La dignidad humana, fundamento de derecho", cit., p. 325.

[227] Ibídem, p. 326.

dignidad es una noción con un cuerpo semántico relativamente poco preciso"[228].

Por su parte, Jungen defiende que, "la dignidad humana no ha podido crear hasta hoy un marco general consensuado de referencia para el discurso ético"[229].

Puede entonces afirmarse que, resulta definitivamente complicada una plasmación real y definitiva del término dignidad.

Detrás de estas notables disfunciones terminológicas y discursivas, se encuentra, sin lugar a dudas, la innegable realidad sobre que el concepto de dignidad es, en cuanto que construido más allá de cualquier dato empírico, muy difícil de concretar.

En este sentido, entiende el profesor Peces-Barba que, "los orígenes del concepto de dignidad humana son, desde luego, filosóficos, antes que jurídicos"[230].

---

[228] GONZÁLEZ PÉREZ, J.; *La dignidad de la persona,* cit., p. 111.

[229] JÜRGEN, S.; "La dignidad del hombre como principio regulador en Bioética", cit., p. 25.

Pues según defiende, “en su origen la dignidad humana no es un concepto jurídico como pueda serlo el derecho subjetivo, el deber jurídico o el delito, ni tampoco político como Democracia o parlamento, sino más bien una construcción de la filosofía para expresar el valor intrínseco de la persona derivado de una serie de rasgos de identificación que la hacen irrepetible, que es el centro del mundo y que está centrada en el mundo”[231].

La dignidad, confluye con el resto de derechos fundamentales por cuanto constituye base argumental de éstos y es por ello que, podría llegar a afirmarse que, vulnerado cualquier derecho inalienable del hombre, aunque sea parcialmente, su dignidad puede verse seriamente lesionada.

En la figura jurídica de la detención se constata la virtual quiebra del derecho a la libertad ambulatoria, por lo que el individuo percibe lesión en la dignidad que infunde y tutela al propio derecho vulnerado. El reconocimiento por el Estado de la protección y tutela

---

[230] PECES-BARBA MARTÍNEZ, G.;”La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho”, en *Cuadernos “Bartolomé de las Casas”,* número 26, Dykinson, Madrid, 2003, p. 65.

[231] Ibídem, p. 65.

del derecho a la libertad coartado en la detención, instaura un sistema de límites y condiciones básicas para que no se produzca una extralimitación que finalmente anule un derecho fundamental.

Afirma Martín Kriele que, "para la Ilustración, la libertad se hallaba condicionada y limitada: las limitaciones de la libertad están justificadas si son necesarias para la realización de una idéntica capacidad de libertad en los demás"[232].

Por su parte, Kant defendía que "el equilibrio entre libertad y limitaciones de la libertad se articula sobre la base de aquellas condiciones que posibilitan el quela libertad de uno puede permanecer junto a la libertad de todos los demás"[233].

Así afirma Martín Kriele que, "a la idea de la libertad pertenece el deber de respetar la dignidad del otro, es decir, una responsabilidad política, social y moral. Ambos elementos son imprescindibles: la libertad se destruye a sí misma sin su

---

[232] KRIELE, M.; "Libertad y dignidad de la persona humana", (traducción de José M. Beneyto), *Ponencia presentada a las Jornadas Internacionales de Filosofía Jurídica y Social*, Pamplona, 1981, p. 42.

[233] KANT, I.; *Introducción a la metafísica de las costumbres,* Weschedel, W. (editor), vol. IV, Darmstadt, 1956, p. 315.

complementación por medio de la responsabilidad. Un actuar responsable precisa, por otra parte, de libertad"[234].

Es por esta idea de vinculación de un derecho a otro que, afirma Martín Kriele que, en los inicios, derivado de "la ilustración política se desarrolla la idea del hombre, a partir del derecho natural "ideal". Su eje era la dignidad del hombre. Pues ésta es la razón por la que existe en definitiva una obligación respecto al otro. El término expresa que el hombre también ha de ser interpretado, aunque no solamente, de modo "naturalístico, y que por eso no puede ser considerado como un objeto más de la naturaleza a la hora de actuar. Antes al contrario, debe ser respetado al mismo tiempo como sujeto"[235].

Afirmando que, "de aquí se desprende, desde el punto de vista político, la exigibilidad de la libertad como condición de que el desarrollo de las mejores capacidades de cada hombre sea posible. El principio básico de la ilustración política era, así pues, el

[234] KRIELE, M.; "Libertad y dignidad de la persona humana", cit., pp. 42-43.

[235] Ibídem, p. 39.

siguiente: Cada hombre tiene el mismo derecho a la libertad y a la dignidad"[236].

Es por ello que, "este principio plantea una exigencia intelectual y una exigencia moral. Intelectualmente, se trata de determinar las condiciones concretas de la realidad necesarias para la realización de ese derecho. Moralmente, la efectuación de aquellas condiciones presupone solidaridad y compromiso: sentir la injusticia, la indigencia o la miseria de los demás como propias y luchar por conseguir reducirlas[237].

En ese sentido se afirma que, "la ilustración política es, pues, una combinación de realismo y solidaridad. Ambos elementos se complementan mutuamente. Un realismo descarnado que desplazase la moralidad hacia la determinación abstracta de los fines y considerase los medios únicamente bajo el prisma de su utilidad inmediata, lesionar tanto los requisitos de la solidaridad, como lo hace un moralismo no realista"[238].

---

[236] Ibídem, p. 40.

[237] Ibídem, p. 40.

[238] Ibídem, p. 40.

3.3. El derecho fundamental a la libertad

Desde la doctrina más reputada, se reconoce la virtual importancia que en el proceso penal tiene este derecho fundamental, no solo en el momento mismo de la detención del presunto culpable, sino en el propio proceso posterior y en la resolución final, cuando se decide finalmente la pena, pues en nuestro país se asienta, principalmente, sobre la exclusión de la libertad de la vida del penado.

En este sentido, la libertad ampliamente entendida como derecho humano, tiene diferentes enfoques, así "la denominada libertad negativa es la ausencia de obstáculos, barreras o restricciones. Por lo que se afirma que se tiene libertad negativa en la medida en que tenemos disponibilidad de acción en este sentido negativo"[239].

Por lo que, "la libertad positiva es la posibilidad de actuar, o el hecho de actuar, de manera que se tome control de la propia vida y

[239] CARTER, I; "Libertad negativa y positiva"**,** en *Astrolabio, Revista internacional de filosofía,* número 10, Madrid, 2010, p. 15.

se realicen los objetivos fundamentales propios. Mientras que la libertad negativa se atribuye normalmente a agentes individuales, la libertad positiva, a veces, se atribuye a colectivos, o a individuos considerados principalmente como miembros de colectivos determinados"[240].

En este sentido, afirma Carter que, "la idea de distinguir entre un sentido positivo y uno negativo del término "libertad" se remonta al menos hasta Kant, e Isaiah Berlín que la examinó y defendió en los años 50 y 60. Las discusiones sobre libertad positiva y negativa normalmente se dan dentro del contexto de la filosofía política y social. Son diferentes de las discusiones sobre voluntad libre, aunque a veces estén relacionados"[241].

Así, estos conceptos los establecía claramente diferenciados Isaiah Berlín, cuando afirmaba que, que en el primer caso la libertad parece ser una mera ausencia de algo, díganse obstáculos, barreras, restricciones o interferencias de otros, mientras que en el

[240] Ibídem, p. 15.

[241] Ibídem, p. 1.

segundo caso parece requerir la presencia de algo, sea control, autodominio, autodeterminación o autorrealización"[242].

En sus propias palabras, Berlin afirmaba, "usamos el concepto negativo de libertad en un intento de responder a la pregunta, ¿Cuál es el área dentro de la cual el sujeto, una persona o grupo de personas, es o debería ser dejado hacer o ser lo que es capaz de hacer o ser, sin que otras personas interfieran?, mientras que usamos el concepto positivo en un intento de responder a la pregunta ¿Qué, o quién, es la fuente del control o interferencia que determina que alguien haga, o sea, esto en vez de aquello?"[243].

Puede valorarse entonces que el concepto positivo de libertad conlleva un peligro de autoritarismo. En este sentido, piénsese por ejemplo en una minoría permanente y oprimida. En este sentido y debido a que los miembros de esta minoría participan en un

---

[242] Ibídem, p. 1.

[243] BERLIN, I.; "Two Concepts of Liberty", ("*Dos Conceptos de Libertad"),* en I. BERLIN, I.; *Four Essays on Liberty*, Oxford University Press, Londres, 1969, pp. 121-122. (Traducción de Urrutia en *Cuatro ensayos sobre la libertad,* Alianza, Madrid, 1996).

proceso democrático caracterizado por la regla de la mayoría, se podría decir que son libres, por cuanto acceden a elegir y tener capacidad de elección, pero, son miembros de una sociedad que ejerce el autocontrol sobre sus propios asuntos. Ellos están oprimidos, y por tanto sin duda son no-libres.

Por su parte, la libertad negativa, es una capacidad de ser libre en la medida en que externamente no se impide hacer cosas, se puede ser libre para hacer lo que no se desea hacer también. Si ser libre significa que no se impida la realización de los deseos, entonces se podría, de nuevo paradójicamente, reducir la no-libertad deseando menos de las cosas que se es no-libre de hacer. Se podría llegar a ser libre simplemente contentándose con la situación dada. Un esclavo perfectamente conforme es perfectamente libre de realizar todos sus deseos. No obstante, tendemos a pensar en la esclavitud como lo contrario de la libertad[244].

En esa línea, “el concepto de libertad negativa se concentra en la esfera externa en la cual interactúan los individuos, por lo que

[244] CARTER, I; “Libertad negativa y positiva”, cit. p. 20.

parece proporcionar una garantía mejor contra los peligros del paternalismo y el autoritarismo. Por su parte, fomentar la libertad negativa es promover la existencia de una esfera de acción dentro de la cual el individuo es el soberano, y derivado de ello, puede perseguir sus propios proyectos, estando el sujeto limitado tan solo a respetar las esferas de los otros"[245].

Podría afirmarse entonces, que según quien interprete el concepto libertad, estará de acuerdo con uno de los signos determinados por Berlín.

Por su parte, McCallum intenta definir la libertad, como un concepto en el que todo el mundo esté de acuerdo, así, concluye en que "la libertad es una relación tríadica, esto es, una relación entre tres cosas: un agente, ciertos impedimentos, y ciertas actividades o transformaciones del agente"[246].

En este sentido, cualquier afirmación sobre la presencia o ausencia de libertad en una situación determinada hará, por tanto, ciertas presuposiciones sobre lo que se considera un agente, lo que

[245] Ibídem, p. 20.

[246] Ibídem, p. 20.

se considera una restricción o limitación de la libertad, y lo que se considera un propósito que el agente puede ser descrito como libre o no-libre de realizar.

La definición de libertad como una relación tríadica fue propuesta por vez primera en la obra fundamental de Félix Oppenheim en los años 50 y 60. Oppenheim se dio cuenta de que un significado importante de "libertad" en el contexto de la filosofía política y social, era el de una relación entre dos agentes y una acción concreta[247].

Según afirma Carter, "esta interpretación de la libertad seguía siendo, sin embargo, lo que Berlín llamaría una libertad negativa. McCallum generalizó esta estructura tríadica de tal forma que cubriría todas las afirmaciones posibles sobre la libertad, ya sea la variedad negativa o la positiva. En el marco de trabajo de McCallum, al contrario que en el de Oppenheim, la interpretación de cada una de las tres variables queda abierta. En otras palabras, la posición de McCallum es una posición metateórica, esto es, la suya

[247] OPPENHEIM, F. E.; "Dimensions of Freedom: An Analysis", en *St. Martin's Press*, New York, 1961, pp. 12-15.

es una teoría sobre las diferencias entre los teóricos de la libertad"[248].

En este sentido podemos determinar que existen dos tipos de libertad, la libertad personal y la libertad ambulatoria.

Tal y como refiere Humberto Nogueira Alcalá, "la libertad personal se refiere de la persona física en cuanto se incorporal en sí mismo, constituyendo un derecho matriz y residual, ya que protege las expresiones de libertad no aseguradas específicamente por los demás derechos autónomos, posibilitando realizar todo aquello que es lícito; es el derecho de toda persona a que los poderes públicos y terceros no interfiera en la acera de la autonomía personal, es decir, disponer de su propia persona y de actuar determinado por la propia voluntad, sin otras limitaciones que las que impone el medio natural, los derechos de los demás y el ordenamiento constitucional"[249].

---

[248] CARTER, I; "Libertad negativa y positiva", cit., p. 24.

[249] NOGUEIRA ALCALA, H.; "La libertad personal y las dos caras de Jano en el ordenamiento jurídico chileno", en *Revista de derecho, Valdivia*, 2002, pp. 161-186.

Por otro lado, afirma Vasalli que, "la libertad ambulatoria que es una de las infinitas facultades en las cuales se expresa de hecho el gozo de la libertad personal; está ante todo la libertad del hombre que está parado con su persona física, o de moverla en forma determinada"[250].

Afirma Eusebio Fernández que, "entendemos que, valores como la vida, la autonomía personal, la seguridad, la libertad o la igualdad, cada uno de ellos podría recoger toda una familia de derechos variables históricamente pero respondiendo a exigencias históricas similares. Así, por ejemplo, entre las libertades políticas que gozaba el ciudadano ateniense bajo el sistema democrático y los derechos políticos de las actuales democracias, existe un contexto histórico condicionado por situaciones muy diferentes y razones muy distintas para defender la libertad política y sistemas diferentes para ejercerlas[251].

---

[250] VASSALLI G.*; La libertad personal del sistema de la libertad constitucional*., Cedam, Padua, 1958, p. 377.

[251] FERNÁNDEZ, E.; "Los derechos humanos y la historia", cit., p. 17.

Sin embargo, su postura defiende que “todas las razones apoyadas en la historia de las libertades políticas no gozan de independencia como para posibilitar un fundamento posible, para la libertad política griega y otro fundamento posible, totalmente diferente, para las libertades políticas actuales”[252].

Sin embargo, “si entendemos los derechos humanos hoy como los contenidos materiales del valor justicia, como la posibilidad de una ética globalizada, como la comprobación de una sociedad decente, etc., entonces tenemos que conceder un estatus especial a este tipo de derechos humanos que son fundamentales, tanto por ser el fundamento de una vida digna como por ser la base sobre la que constituir los sistemas sociales, políticos y jurídicos que pretenden estar a la altura de la correspondencia con las exigencias del valor que se atribuye a los seres humanos o dignidad humana”[253].

[252] Ibídem, p. 17.

[253] Ibídem, p. 17.

3.4. El derecho fundamental a la integridad personal

Defiende María Isabel Afanador que, "el derecho a la integridad física y moral frente a la tortura, a las penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes formulado en este sentido, es reciente. La idea que lo inspira, en cambio, muy antigua"[254].

Por ello, afirma que, "a lo largo de toda la historia de la humanidad la tortura ha sido un instrumento utilizado en múltiples formas para obtener del detenido, del acusado o del procesado, una declaración comprometedora. Ha sido además la tortura un instrumento de represión y sometimiento de minorías raciales, étnicas, religiosas, culturales, sociales, gremiales y políticas"[255].

Cuando se afirma que en tiempos pasados se establecía la normalización de la tortura en la sociedad civil en general y en

---

[254] AFANADOR CONTRERAS, M.I.; "El derecho a la integridad personal: elementos para su análisis", en *Revista Red reflexión Política,* Universidad Bucaramanga, Colombia, 2006, p. 97.

[255] Ibídem, p. 97.

particular en a detención policial, se acepta que se normalizaba la vulneración del derecho a la vida y a la integridad personal.

La justificación principal que aducía le poder vigente en ese momento, principalmente y de forma tosca en que era la mano de Dios la que realizaba los actos.

En este sentido, el pensamiento de Lutero, "quien sostenía que la mera ejecución no resultaba una pena suficiente y que los gobernantes debían perseguir, golpear, estrangular, colgar, quemar y torturar a la chusma en todas las formas imaginables"[256].

Además que, de forma general se afirmaba la máxima "el uso de la espada es un sagrado deber del que gobierna: La mano que empuña la espada y que estrangula, no es más una mano humana sino la mano de Dios. No es el hombre sino Dios el que cuelga, tortura, decapita, estrangula y hace la guerra"[257].

Según Afanador, "a partir del siglo XVI se toma conciencia de la idea de dignidad como cualidad intrínseca de los seres humanos.

---

[256] RUSCHE, G. y KIRCHHERIMER, O.; *Pena y Estructura Social*, Temis, Bogotá, 1984, p. 23

[257] Ibídem, p. 23.

Entonces, puede afirmarse que en muchos sentidos, los derechos humanos aparecen en el proceso de formación del mundo moderno. Son influidos en su configuración por los rasgos generales del tránsito a la modernidad y, a su vez, sin duda influyen en ellos"[258].

Y es que tal y como recuerda Peces-Barba, "los derechos humanos (entre los cuales se incluye el derecho a la integridad personal) no son producto abstracto de una reflexión racional sobre el individuo y su dignidad, sino respuestas a situaciones concretas en las que estos estaban menoscabados o disminuidos, en el estado absoluto y en el contexto de las guerras de religión en que desemboca en el siglo XVI la ruptura de la unidad religiosa"[259].

El derecho a la integridad física y moral frente a la tortura va paulatinamente tomando forma. En 1628, las demandas dirigidas al rey Carlos I de Inglaterra, conocidas como la Petición de Derechos (Bill of Rights), establecían que "nadie puede ser prejuzgado contra

[258] AFANADOR CONTRERAS, M.I.; "El derecho a la integridad personal: elementos para su análisis", cit., p. 97.

[259] PECES-BARBA MARTÍNEZ, G.; *Sobre el fundamento de los derechos humanos*, Debate, Madrid, p. 268 y ss.

su vida o su integridad de forma contraria a la Gran Carta y al Derecho de la Tierra"[260].

Por su parte, Skinner sostiene que "la idea de dignidad es una idea arcaica y a la larga, un estorbo, precisamente, para contestar la denuncia de Lewis, sobre las conferencias aparecidas en 1943, de la reducción del medio humano, que es la base para poder hablar de dignidad"[261].

Por lo tanto tal y como afirma Javier Torres Díaz "hablar de dignidad es descubrirse inserto en un juego de luces y de sombras con el riesgo añadido de llegar a ofuscarnos y de convertir el propio término de dignidad en flatusvocis. O lo que todavía es peor, corremos el riesgo de llegar a desconsiderarla, no sólo por la ineficacia de su proclamación, sino también por la inoportunidad y

---

[260] CAMARGO MARTÍNEZ, P.P.; *La problemática mundial de los derechos humanos*, Retina, Bogotá, 1974, p. 44.

[261] BURRHUS FREDERIC S.; *Más allá de la libertad y la dignidad*, Fontanella, Barcelona, 1982, pp. 25-35.

estorbo que introduce a la hora de potenciar los recursos y las posibilidades de lo humano"[262].

De hecho afirma que "esta complejidad parece confirmarse en la propia consideración de la idea de dignidad, por ejemplo, en el tema de la eutanasia por parte de la Bioética. Se habla de una muerte digna para referirse "a algo así como un derecho" a elegir la propia muerte, con la intención de preservar lo más valioso de la existencia, hasta el final. Por el contrario, la dignidad puede ser entendida como elemento característico de la vida humana, intrínsecamente valiosa, sagrada"[263].

En este sentido, "son dos usos del término, en cuya referencia se reclama el derecho a morir; y, en su mismo nombre, se postula un valor de la vida, por encima de cualquier otra consideración. De manera que tiene sentido hablar de cuestión de la dignidad, aunque sólo fuera para abordar esta múltiple consideración de su significado. Es más, la propia consideración de los problemas que suscita su "aplicación" lingüística y la propia complejidad que

---

[262] TORRE DÍAZ, J.; *De la Dignidad humana y bioética*, Upco, Servicio de publicaciones, Madrid, 2007, pp. 25-26.

[263] Ibídem, pp. 25-26.

suscita su comprensión nos faculta, para hablar de dignidad en cuestión. De ahí la pertinencia de su consideración, porque de lo que terminemos diciendo de ella, va a depender, entiendo yo, "la calidad humana o in-humana de una determinada realización o modo de ser práctica social"[264].

Por lo que, "ya no hablamos de dignidad, sin más, sino de sentido de dignidad, haciendo primar así una dimensión ética de la misma, en tanto en cuanto su consideración «obligaría» a la razón a ponerse a pensar en estas circunstancias a las que hoy identificaríamos con contexto sociocultural que le anteceden. Nada mejor, pues, para comprender este aspecto del sentido de la dignidad, que tratar de rastrear sus "huellas" a lo largo y ancho de nuestra cultura, como momento significativo, para acceder a su comprensión como valor moral. A todo este recorrido es al que vamos a denominar momento pre-filosófico, como momento previo a su consideración moral"[265].

[264] Ibídem, p. 26.

[265] Ibídem, p. 26.

3.5. Dignidad y derecho

González Pérez afirma que, "la racionalidad de la persona determina el que a su dimensión corporal o material, aparezcan inseparablemente unidas las dimensiones psíquicas, morales y espirituales. En virtud de todas ellas, la persona en su condición de tal, esta revestida de una especial dignidad"[266].

Así, para Carlos Santiago Nino, el principio de la dignidad de la persona, como opuesto al determinismo jurídico, se traduce en que los hombres deben ser tratados según sus decisiones, intenciones o manifestaciones del consentimiento[267].

Por otra parte, Manuel Porras del Corral, pone de manifiesto cómo el hilo conductor de la aproximación al significado de la dignidad en la doctrina ius filosófica, es precisamente la idea de la importancia que el ser humano cobra con base en su propia

---

[266] GONZALEZ PEREZ, J.; *La dignidad de la persona*, Madrid, Civitas. 1986, p. 24.

[267] NINO, C.S.; *Ética y Derechos Humanos*, cit., pp. 159-184.

ontologicidad, en su propia dignidad metafísica, lo que conllevará la exigencia de respeto y consideración de sus iguales.

Para él, la idea de la dignidad basada en el valor superior de la persona puede verse en lo que escribió Legaz Lacambra, “el valor de la persona consiste, por lo pronto, en ser más que el mero hechos de existir, en tener dominio sobre la propia vida y este dominio, es la raíz de la dignidad de la persona”[268].

También se ha pronunciado al respecto, Antonio Luis Martínez Pujalte, desde la óptica de la filosofía del derecho, refiriéndose a la dignidad como “la posibilidad de actuación moral, basado en la racionalidad y en la libertad, el fundamento de la exigencia de respeto incondicionado a la persona humana, exigencia a la que denominamos dignidad humana. Para añadir a continuación qué la dignidad humana radica en la potencialidad de las cualidades espirituales Que definen el ser humano y que tal pues, las potencialidades se encuentra en todo ser biológicamente humano,

[268] LEGAZ LACAMBRA, L.; “La noción jurídica de la persona humana y los derechos del hombre”, cit., pp. 15-46.

incluso si todavía se encuentra en el primer estadio de su desarrollo, es decir, en la gestación o si por cualquier razón se haya privado de las habilidades correspondientes al desarrollo psicológico normal. Naturalmente, el fundamento último de una dignidad Humana no puede ser sino metafísico"[269].

Por otro las señala Jesús González Pérez, que si bien, Estados y constituciones de muy diverso signo político y partidos con diferentes concepciones del hombre proclama la dignidad y los derechos, lo que no parece es el por qué de estos derechos, su fundamento y razón de ser, fue vigente y razones trascendentes. Si tiene la impresión, que existen porque así lo han decidido los votos mayoritarios de los representantes de los estados en un organismo internacional o de los miembros del parlamento o de los congresistas de un partido político. La dignidad humana es intangible porque así se ha decidido. Lo que explica que el hombre en medida de lo posible llegue a soluciones radicalmente contraria, sobre temas fundamentales tales como la admisibilidad de cierta

[269]MARTINEZ PUJALTE, A.L.; "Hacia un concepto constitucional de persona", en *Cuadernos constitucionales de la cátedra de Fadrique Furió Ceriol*, Nº 11-12. Valencia, 1995, pp. 135-153.

forma de procreación y manipulaciones genéticas. Añade este autor, que también durante la elaboración de nuestra constitución estuvieron presentes diferentes concepciones de la dignidad, como lo están aún a la hora de interpretar, aplicar y desarrollar sus preceptos.

3.6. Reconocimiento del derecho de la dignidad y la libertad por el ordenamiento jurídico

La palabra dignidad, deriva del adjetivo latino dignus: valioso; aplicada al ser humano, la dignidad implica reconocer un valor o cualidad de importancia a la existencia y vida humana.

En este sentido, afirma Carlos Dorn que “el tránsito recorrido a través de la historia por la noción de la dignidad de la persona es uno dirigido hacia la emancipación humana, ya que transita desde concepciones heterónomas que describían la dignidad como un atributo contingente o del azar, supeditado a la concurrencia de condiciones externas al ser humano como la adherencia a una

determinada doctrina religiosa, su origen de casta, posición socioeconómica o mérito"[270].

Por su parte, afirma González Pérez que, "la dignidad es el rango o la categoría que corresponde al hombre como ser dotado de inteligencia y libertad, distinto y superior a todo lo creado, y que comparte un tratamiento concorde a todo momento con la naturaleza humana"[271].

En ese sentido, defiende Peces-Barba que "la dignidad humana ya no es vista como una parte de la ética pública, sino que más bien como vocación de convertirse en una moralidad legalizada"[272].

---

[270] DORN GARRIDO, C.; "La dignidad de la persona: límite de la autonomía individual", en *Revista de Derecho*, Nº 26, Madrid, 2011, p. 73.

[271] GONZÁLEZ PÉREZ, J.; *La Dignidad de la Persona*, cit., p. 81.

[272] PECES-BARBA MARTÍNEZ, G.; *La Dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho*, cit., pp. 67-ss.

Así, esa moralidad legalizada se refleja en su normalización legal, que constituye un referente en su inclusión en las constituciones de los Estados.

En esa línea, afirma Pastor Ridruejo como "en el siglo XVII, en diversos documentos constitucionales se establecieron determinados derechos y libertades fundamentales de los ciudadanos ingleses, donde la dignidad comenzaba a cobrar fuerza, así con las declaraciones surgidas a finales del siglo XVIII de las revoluciones americana y francesa, se proclamaron con carácter de generalidad, y no sólo para sus nacionales, los derechos del hombre"[273].

Es por ello que, "a partir de entonces, la mayoría de las constituciones estatales enunciaron, en su parte dogmática, una serie de derechos humanos y libertades fundamentales, y en su parte orgánica incluyeron la parte procesal que establecían los medios para el control y respeto de tales derechos y libertades"[274].

---

[273] PASTOR RIDRUEJO, J.A.; *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, Tecnos, Madrid, 1999, p. 19.

[274] Ibídem, p. 19.

Nuestra carta magna ha sabido recoger cada matiz del derecho a la dignidad cuando en su artículo 10.1 cristaliza, "La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social".

Este artículo de la Constitución española supone según Sánchez Agesta, "un reconocimiento del status especial de la persona, que está situado por encima de los demás seres en virtud de su racionalidad, que a su vez, determina su sociabilidad, libertad, responsabilidad y dimensión trascendente.[275]"

Según refiere Luis Parejo Alfonso, "el contenido del artículo 10.1 de la Constitución española, supone la positivación de los postulados que en una primera aproximación pudieran ser calificados como principios básicos o fundamentales del orden jurídico político configurado por la Constitución de 1978"[276].

---

[275] SANCHEZ AGESTA, L.; *Sistema político de la Constitución Española de 1978*, cit., p. 91.

[276] PAREJO ALFONSO, L.; *Estado social y administración pública*, Civitas, Madrid 1983, p. 70.

En este sentido, defiende Garrido Falla que "los postulados contenidos en los artículos 1.1, 9.3 y 10.1 de la Constitución española presentan puntos de conexión en cuanto que, en su conjunto, supone la proclamación de principios y plasmación de nuestra norma fundamental. En este sentido ha señalado el autor que con el artículo 1.3 y el 9.3 y el precepto que ahora se comenta, artículo 10.1, completa la trilogía de los que realiza la positivación de los principios generales que constituye una de las características de la Constitución"[277].

Por otra parte, la Constitución española garantiza en su artículo 17 el derecho a la libertad de forma amplia y universal. Así, la libertad, junto con el derecho a la vida y a la integridad física, es el derecho matriz de todos los demás. Cristaliza el meritado artículo en, "1.-Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en las formas previstas en la ley.

---

[277] GARRIDO FALLA, F.; "Comentarios al artículo 10.1", en VV.AA., GARRIDO FALLA, F. (coord.); *Comentarios a la Constitución*, Civitas, Madrid 1985, p. 186.

2.- La detención preventiva no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos, y en todo caso, en el plazo máximo de 72 horas, el detenido tendrá que ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial.

3.- Toda persona detenida debe ser informada de forma inmediata, y de modo que le sea comprensible, de sus derechos y de las razones de su detención, no pudiendo ser obligada a declarar. Se garantiza la asistencia de abogado al detenido en las diligencias policiales y judiciales, en los términos que la ley establezca.

4.- La ley regulará un procedimiento de “habeas corpus” para producir la inmediata puesta a disposición judicial de toda persona detenida ilegalmente. Asimismo por ley se determinará el plazo máximo de duración de la prisión provisional”.

En este sentido, vemos como la propia Constitución española protege de manera reforzada la libertad de las personas, pues el artículo 17 está encuadrado dentro del capítulo de los derechos fundamentales.

El derecho a la libertad personal es inseparable de la dignidad humana y corresponde por igual a españoles y extranjeros, según afirma nuestro máximo intérprete de la norma suprema[278].

En este sentido, estipula el Tribunal Constitucional que, este artículo 17 de la carta magna "debe ser interpretado, de acuerdo al artículo 10.2 de Constitución española, de conformidad a la Declaración Universal de Derechos Humanos y demás acuerdos internacionales ratificados por España sobre la materia"[279].

---

[278] Sentencia del Tribunal Constitucional 115/1987 de 7 de julio. Específicamente en su F.J. 1º, La disponibilidad sobre la pérdida de libertad es judicial, sin perjuicio del carácter administrativo de la decisión de expulsión y de la ejecución de la misma. Este carácter judicial de la privación de libertad hace plenamente aplicable también al caso de los extranjeros la doctrina sentada por este Tribunal, para el supuesto distinto de la prisión provisional. Ha de decirse que el internamiento del extranjero "debe regirse por el principio de excepcionalidad, sin menoscabo de su configuración como medida cautelar" (Sentencia del Tribunal Constitucional 41/1982 de 2 julio). La S 12 marzo 1987 ha sostenido que este carácter excepcional exige la aplicación del criterio hermenéutico del "favor libertatis", lo que supone que la libertad debe ser respetada salvo que se estime indispensable la pérdida de libertad del extranjero por razones de cautela o de prevención, que habrán de ser valoradas por el órgano judicial.

[279] Sentencia del Tribunal Constitucional 115/1987 de 7 de julio. En este sentido, el F.J. 4º, De nuevo ha de recordarse aquí el tema de la igualdad de trato de extranjeros y españoles, y la homogeneidad de tratamiento de unos y otros que la Constitución reconoce respecto a ciertos derechos y garantías, entre los que se incluye, según ha dicho la Sentencia del Tribunal Constitucional 93/1985 de 30 septiembre, el derecho a

Por su parte, el sentido genérico del término libertad individual, según el diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, alude a la capacidad de decidirse y auto determinarse y al estado del que no sufre sujeción ni impedimento.

La manifestación más genérica de la libertad individual, es la libertad de movimientos, ambulatoria o deambulatoria, que es la libertad de permanecer en un sitio determinado o de trasladarse de un lugar a otro. Esa esta libertad a la que se refiere el artículo 1 de la Constitución española, como uno de los valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico, otorgándole el rango de derecho fundamental y la rotunda protección del artículo 17.1 de la Constitución española. Además del sentido de libertad ambulatoria, la libertad personal tiene el sentido más amplio de libertad de circulación o residencia, protegido por el artículo 19 de la

---

la tutela judicial efectiva, y, por ello, las garantías judiciales vinculadas al ejercicio de los derechos fundamentales. Debe tenerse en cuenta, además, que, aunque este Tribunal ha admitido para otros derechos fundamentales de los extranjeros algunas restricciones examinadas en los fundamentos jurídicos anteriores, ello ha sido en la medida que existe un sistema de garantías suficientes que reduzcan al mínimo el riesgo de que se produzca un uso arbitrario o injustificado de las facultades administrativas de intervención. Pero para prevenir este riesgo no es posible eliminar para todos los casos la facultad judicial de declarar la suspensión del acto si el juzgador comprueba que tal medida no se adecua a la necesidad de salvaguardar los intereses generales.

Constitución española, sin embargo, no se deben de confundir. El artículo 17 de la Constitución española se refiere a la libertad personal del individuo considerado en sí mismo, en cambio el artículo 19 de la Constitución española se refiere a la libertad de la persona de residir o circular en relación al territorio de un Estado. Podría concluirse que la primera es presupuesto de la segunda, aun cuando ambas se refieran a la libertad de auto determinarse en un lugar u otro.

Aclarado lo anterior, el derecho al que hace referencia es el consagrado en el artículo 17 de la Constitución española, este no es absoluto en un Estado de Derecho, sino que puede sufrir limitaciones o restricciones “en los casos y formas previstas en la ley”.

Dichas limitaciones pueden provenir:

1.- Por causas previstas en las normas para casos concretos no relacionados con la ley penal.

2.- Por causas de imposición de una pena o de una medida de seguridad acordada en virtud de la comisión de un delito, por Juez competente en un procedimiento judicial abierto.

En este sentido, es sumamente concluyente recoger las normas que, en base a esa condición constitucional han de ser base de la interpretación de los derechos fundamentales, así específicamente en materia de detención,

- El artículo 9 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidad el 10 de diciembre 1948, que cristaliza en, nadie podrá ser arbitrariamente detenido, preso o desterrado.

-El artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966, que se materializa en,1.- Todo individuo tiene derecho a la libertad y seguridad personal. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad sino por las causas fijadas por la ley y con arreglo al procedimiento establecido en esta.2.- Toda persona detenida, será informada, en el momento de su detención, de las razones de la misma, y notificada sin demora, de la acusación formulada contra ella.3.- Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada sin demora ante un Juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo

razonable o a ser puesta en libertad. La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier otro momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo.4.- Toda persona que sea privada de libertad en virtud de detención o prisión tendrá derecho a recurrir ante un Tribunal, a fin de que éste decida a la brevedad posible sobre la legalidad de su prisión y ordene su libertad si la prisión fuese ilegal.5.- Toda persona que haya sido ilegalmente detenida o presa tendrá el derecho efectivo a obtener reparación.

- El artículo 5 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales que precisa,

1.- Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad salvo en los casos siguientes y con arreglo al procedimiento establecido por la Ley: a) Si ha sido penado legalmente en virtud de sentencia dictada por un tribunal competente. b) Si ha sido detenido preventivo o internado conforme a derecho, por desobediencia a una orden judicial o para asegurar el cumplimiento de una obligación establecida por la ley. c)

Si ha sido detenido preventivamente o internado, conforme a derecho, para hacerle comparecer ante la autoridad judicial competente, cuando existan indicios racionales de que ha cometido una infracción o cuando se estime necesario para impedirle que cometa una infracción o que huya después de haberla cometido. d) Si se trata del internamiento de un menor, en virtud de una orden legalmente acordada con el fin de vigilar su educación o de su detención, conforme a derecho, con el fin de hacerle comparecer ante la autoridad competente. e) Si se trata del internamiento, conforme a derecho, de una persona susceptible de propagar una enfermedad contagiosa, de un enajenado, de un alcohólico, de un toxicómano o de un vagabundo. f) Si se trata de la detención preventiva, o del internamiento conforme a derecho, de una persona para impedir que entre ilegalmente en el territorio o contra la que esté en curso de un procedimiento de expulsión o de extradición.

2.- Toda persona detenida preventivamente debe ser informada en el plazo más breve posible y en una lengua que comprenda de los motivos de la detención y de cualquier acusación formulada contra ella.

3.- Toda persona detenida preventivamente o internada en las

condiciones previstas en el apartado 1. c) del presente artículo deberá ser conducida sin dilatación a presencia de un Juez o de otra autoridad habilitada por la Ley para ejercer poderes judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada en un plazo razonable o a ser puesta en libertad durante el procedimiento. La puesta en libertad, puede ser condicionada a una garantía que asegure la comparecencia del interesado en juicio.

4.- Toda persona privada de libertad mediante detención preventiva o internamiento tendrá derecho a presentar un recurso ante un órgano judicial, a fin de que se pronuncie en breve plazo sobre la legalidad de su privación de libertad y ordene su puesta en libertad si fuera ilegal.

5.- Toda persona víctima de una detención preventiva o de un internamiento en condiciones contrarias a las disposiciones de este artículo tendrá derecho a una reparación."

6.- Por causa de actuaciones para prevenir la comisión de delitos y para su investigación y enjuiciamiento, precisamente para proteger la destrucción de pruebas y la obstrucción a la justicia.

Son precisamente éstas últimas a las que nos referimos

cuando hablamos de detención penal, si bien hay que decir que todas ellas tienen un punto común, y es que están sujetas a las garantías establecidas en el artículo 53.1 de la Constitución española, conforme al cual “Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo Segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Solo por Ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelaran de acuerdo a lo previsto en el artículo 161.1.a)”, debiendo además establecerse por Ley Orgánica y estar amparadas de alguna manera en dicha ley.

CAPÍTULO TERCERO

RAZONAMIENTO JURIDICO DESDE LA PERSPECTIVA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

1. Planteamiento

El reconocimiento del Derecho penal como sistema de garantía, parte de la consideración del alcance que asume como respuesta punitiva por parte de los Tribunales de justicia en la aplicación de las normas jurídicas.

Los efectos directamente derivados del ámbito punitivo se cristalizan en la posibilidad de privar a las personas, precisamente de sus derechos más valiosos, mediante una organizada institucionalidad pública.

Precisamente por ello, no resulta extraño que se configure como una herramienta de control social en aras de garantizar la protección de los derechos fundamentales.

Esta protección viene entendida por Barranco Avilés, cuando defiende que "los derechos fundamentales carecen de una esencia que permita afirmar la verdad o falsedad de los diversos conceptos que se les atribuyen. Esto implica rechazar el esencialismo conceptual, el cual sostiene que los conceptos no son el fruto de convenciones sociales, sino que están determinados por ciertos datos de la realidad"[280]. Entiende, en este sentido, que "los derechos fundamentales no pueden ser definidos por referencia a esencias que trascienden las opciones humanas"[281].

Es precisamente, de este modo, cuando cobra todo su sentido la decisión judicial en su relación con la argumentación, en tanto en cuanto, se presenta como una de las garantías constitucionales. Todo ello, nos conduce a la idea que, la interpretación de la norma

---

[280] BARRANCO AVILÉS, M.C.; *La teoría jurídica de los derechos fundamentales*, Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, Madrid, 2000, p. 54.

[281] Ibídem, p. 54.

debe ser conforme a los valores constitucionales como un imperativo ético y normativo.

Así lo reconoce Alexy cuando defiende que "la falta de la pretensión de corrección de una decisión no la priva necesariamente de su carácter de decisión judicial válida, pero la hace ser defectuosa en un sentido relevante no sólo moralmente"[282].

Una aproximación conceptual sobre la argumentación jurídica, viene de la mano del profesor Atienza cuando defiende que la misma no es más que el "discurso jurídico justificativo"[283].

Una de las cualidades más importantes que debe tener todo operador jurídico es, sin duda alguna, su capacidad de argumentación. Si bien es cierto, que la consideración de argumentar puede ser realizada por cualquier sujeto, no es menos cierto que, en el ámbito del derecho, es donde se cristaliza todo su sentido.

---

[282] ALEXY, R.; *Teoría de la argumentación jurídica,* (traducción de Manuel Atienza e Isabel Espejo), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1999, p. 209.

[283] ATIENZA, M.; *El Derecho como argumentación*, Ariel, Barcelona, 2006, p. 13.

Debemos tener en consideración, que la actividad que realizan los operadores jurídicos, no se centra simple y llanamente en la argumentación jurídica. La finalidad de la misma debe alcanzar una motivación que fundamenta la decisión de los jueces a la hora de dictar sus sentencias.

La interpretación jurídica parte de la idea del fenómeno lingüístico que acompaña a la conceptualización del derecho. En este sentido, se hace extensible no sólo a la relación que guardan con los procesos de resolución de conflictos jurídicos, sino también con la metodología jurídica.

De Asís se pronuncia al respecto cuando defiende que "en relación con la actuación del poder judicial, que es uno de los principales no único) poderes garantizadores de los derechos, se hace absolutamente imprescindible exigir un mayor control en la valoración de los hechos en materia penal además de una reformulación de la jurisprudencia constitucional relativa a la igualdad, en la aplicación de la ley"[284].

[284] ASIS ROIG, R.; "Breves reflexiones sobre los valores y los derechos en la Constitución Española", en *Revista de Derecho Constitucional*, número. 33, vol. T. 1, El Salvador, 1991, p. 31.

Las conclusiones derivadas del planteamiento del profesor de Asís, es potenciar sobretodo el control en la evaluación de los hechos. En este sentido, formula un razonamiento destinado a prescribir el enfoque jurídico en relación a la vinculación del precedente. Se trata, de esta forma, de establecer razonamientos que se consideran necesarios para lograr una aplicación del derecho garantista.

Para tal efecto, no cabe duda que se deba partir de la consideración que representa el valor de los derechos fundamentales. Por tanto, la argumentación jurídica debe asumir la relación que existe entre el hecho y la evaluación teniendo siempre presente la consideración de los derechos fundamentales.

La argumentación constituye una herramienta básica en el desarrollo de la profesión de cualquier operador jurídico, ya que ésta, les permite revelar, de forma motivada, todo aquello que resulte susceptible de ser interpretado.

Así viene entendido por la profesora Miraut Martín, cuando defiende que “parece evidente en este sentido que la utilización de nociones o conceptos específicos del derecho o la incorporación de términos del lenguaje ordinario que en el ámbito jurídico, adquieren un significado especial constituye un instrumento de primer orden

para manipular la realidad social, aunque esto sea a costa de la previsibilidad - que se le supone al sistema jurídico. Esta utilización de lo que pueden llamarse los conceptos jurídicos se producen en dos planos diferentes. Por un lado, en el nivel de los documentos normativo-jurídicos y, por otro, en el nivel de los estudios sobre el derecho. Los dos niveles de utilización surgen con pretensiones diferentes. En el caso de la utilización por el lenguaje específicamente jurídico, el objetivo es claramente directivo o normativo, por tanto, se trata de dirigir las conductas de los destinatarios del derecho en el sentido que marca la utilización de tales conceptos"[285].

[285] MIRAUT MARTÍN, L; *Las limitaciones funcionales de los conceptos jurídicos*, en *Anuario de Filosofía del Derecho* nº 16, Madrid, 1998, p. 264.

2. La pena como respuesta punitiva en la aplicación del derecho

El alcance que asume la respuesta punitiva por parte del Estado, cobra especial importancia en el reconocimiento de la pena.

La pena viene entendida como "la compensación de una infracción mediante la imposición de un mal que, adecuado a la gravedad del injusto y de la culpabilidad"[286].

En este punto, resulta destacable el papel que ofrece el catálogo de los derechos fundamentales como límites al poder estatal, sobre todo, en lo que a privación de libertad se refiere.

Si bien es cierto que, resulta del todo necesario la existencia de un sistema "de normas integrados por un criterio unitario que les da coherencia y que exige no considerar a las normas que lo forman como autónomas, independientes y vinculadas sólo a través de la cadena de validez al Ordenamiento, sino como dependientes de un

[286] MUÑOZ CONDE, F.; *Derecho Penal parte General*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia,1993, p. 44

subsistema y de los criterios que lo identifican"[287], no es menos cierto, que esas mismas normas, deberán en todo caso, garantizar los derechos naturales que asisten a todas las personas por el mero hecho de serla.

En la prevención del delito, se observa que la severidad de la pena no es el objetivo, sino de la certeza e inmediatez con que actúe o se imponga ella. Por tanto, "deberán ser escogidas aquellas penas y aquel método de imponerlas que guardada la proporción hagan una impresión más eficaz y más durable sobre los ánimos de los hombres, y la menos dolorosa sobre el cuerpo del reo. Tanto más justa y útil será la pena cuanto más pronta fuere y más vecina al delito cometido. No es la crueldad de las penas uno de los más grandes frenos de los delitos, sino la infalibilidad de ellas. La certidumbre del castigo, aunque moderado, hará siempre mayor impresión que el temor de otro más terrible, unido con la esperanza de la impunidad; porque los males, aunque pequeños, cuando son ciertos amedrentan siempre los ánimos de los hombres"[288].

---

[287] PECES-BARBA MARTÍNEZ, G.; *Curso de derechos fundamentales*, Universidad Carlos III de Madrid y Boletín Oficial del Estado, (con la colaboración de Rafael De Asís Roig, Carlos R. Fernández Liesa y Angel Llamas Cascón), Madrid, 1999, p. 355.

[288] BECCARIA, C.; *De los Delitos y la Penas*, Diario El Sol, 1991, p. 34.

Se pronuncia a tal respecto Blanca Rosa Mármol, cuando defiende que "el derecho penal establece el delito y el castigo que conlleva y el derecho procesal penal establece la verdad del caso. Todo ello consustanciado con unas mínimas garantías constitucionales y procesales, así la tutela judicial efectiva, la presunción de inocencia, el principio de oralidad, la afirmación de la libertad, la publicidad, el juez natural, la defensa e igualdad entre las partes, el principio de contradicción, entre otros"[289].

En este sentido, se pretende significar, como por un lado, el derecho penal obliga al cumplimiento de determinadas normas, estableciendo sanción, si se vulneran derechos fundamentales y por otro, pero muy relacionado al anterior, el derecho procesal que gestiona la forma en que ha de ser sancionada dicha vulneración. Ambos procesos cumplen requisitos de unos mínimos derechos esenciales del acusado en la vulneración.

[289]PERERA MELÉNDEZ, L.; *Principios, garantías y derechos humanos en el proceso penal*, Vadell Hermanos, Caracas, 2013, pp. 11-12. (Prólogo de Blanca Rosa Mármol de León).

La importancia de la existencia de esos derechos estriba en que el proceso adquiere legitimidad y mantiene el rigor necesario para ser entendido válido.

Con respecto a la determinación que establece si un sujeto es vulnerador o no de la norma, resulta del todo necesario, determinar la carga de la prueba como respuesta a la función epistemológica o demostrativa que la identifica. Sin embargo, esa función queda supeditada al juicio de hecho que versa sobre las garantías que ofrecen los derechos fundamentales en la persona del detenido.

Así se pronuncia Barranco Avilés, cuando defiende que, "los derechos fundamentales carecen de una esencia que permita afirmar la verdad o falsedad de los diversos conceptos que se les atribuyen. Esto implica rechazar el esencialismo conceptual, el cual sostiene que los conceptos no son el fruto de convenciones sociales, sino que están determinados por ciertos datos de la realidad"[290]. Entiende, en este sentido, que "los derechos

[290] BARRANCO AVILÉS, M.C.; *La teoría jurídica de los derechos fundamentales*, cit., p. 54.

fundamentales no pueden ser definidos por referencia a esencias que trascienden las opciones humanas"[291].

2.1. Los límites del poder punitivo

2.1.1. Planteamiento

Sobre la fundamentación de los derechos humanos reconoce Peces-Barba que, "la afirmación de que alguien tiene un derecho o un deber fundamental, sólo cuando una norma jurídica lo reconoce o lo establece, no debe cerrar el camino a los cimientos morales y a su justificación. La positivación de los derechos fundamentales es el último eslabón de un proceso que se inicia muy previamente, con la aparición de un depósito de moralidad, la moralidad que expresa la

[291] Ibídem, p. 54.

dignidad del hombre, moralidad crítica que tiene la pretensión de convertirse en moralidad legalizada"[292].

Cuando hablamos de garantías en el proceso penal el profesor Pérez Luño expone que, "los derechos fundamentales, entendidos como aquellos derechos garantizados constitucionalmente que aparecen desde la Revolución Francesa, como parte principal de las leyes fundamentales de los Estados y variados instrumentos internacionales, gozando un doble carácter o dimensión, ya que contienen, no sólo derechos subjetivos de los individuos, Sino también principios objetivos del ordenamiento constitucional"[293].

En este mismo sentido, Serrano Alberca refiere que "con la promulgación de la Constitución española de 1978, el derecho procesal español se incorpora al movimiento de constitucionalización de ciertos derechos y principios procesales, tomados como derechos fundamentales de los judiciales. Tal constitucionalización es una de las notas más sobresalientes que

---

[292] PECES-BARBA MARTÍNEZ, G.; *Derecho y derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1993, p. 325.

[293] PÉREZ LUÑO, A.E.; *Los derechos fundamentales,* cit.*,* pp. 13 y ss.

caracteriza al derecho procesal europeo a partir de la finalización de la Segunda Guerra Mundial y consiste en la especial protección que se concede a tales derechos fundamentales, no sólo en el plano procesal sino también en el plano constitucional"[294].

En este sentido, podemos observar que todos aquellos derechos fundamentales que le son inherentes a las personas, gozan de unas garantías superiores, que el resto de los derechos. Para ellos se ha abierto en Europa la vía del recurso individual, llamado en España Recurso de Amparo, que se interpondrá ante el Tribunal Constitucional, si entiende vulnerados o lesionados sus derechos fundamentales. También existen organismos internacionales que velan por el cumplimiento de los mismos.

Sobre la fundamentación de los derechos humanos, reconoce Peces-Barba que "la afirmación de que alguien tiene un derecho o un deber fundamental, sólo cuando una norma jurídica lo reconoce o lo establece no debe cerrar el camino a los cimientos morales y a su justificación. La positivación de los derechos fundamentales es el

---

[294] SERRANO ALBERCA, J.M.; "Las Garantías jurisdiccionales como derechos fundamentales; un análisis del artículo 24 de la Constitución Española", *en Anuario de Derechos Humanos,* número 3, 1984-1985, p. 449.

último eslabón de un proceso que se inicia muy previamente, con la aparición de un depósito de moralidad, la moralidad que expresa la dignidad del hombre, moralidad crítica que tiene la pretensión de convertirse en moralidad legalizada"[295].

Sobre la base de las garantía del proceso se ha pronunciado Eusebio Fernández, cuando reconoce que "esta distinción entre derecho y garantía surge como consecuencia del acogimiento de la fundamentación ética, axiológica o dualista de los derechos fundamentales, que se caracteriza por asentarse en la consideración del estudio de estos derechos desde una doble perspectiva: en primer lugar, encontramos el nivel de la filosofía de los derechos fundamentales en el que se pone de manifiesto la autonomía de la realidad de sus valores y en segundo lugar encontraríamos el estudio del derecho de los derechos fundamentales, es decir, en el tratamiento y análisis de la inserción y reconocimiento de estos valores en las normas jurídicas"[296].

---

[295] PECES-BARBA MARTÍNEZ, G.; *Derecho y derechos fundamentales,* cit., p. 325.

[296] FERNÁNDEZ GARCÍA, E.; "El problema del fundamento de los derechos humanos", en *Anuario de Derechos Humanos*, Universidad Complutense, Madrid, 1981, p. 92.

Una característica básica de la conceptualización de los derechos fundamentales es su positivación. Así lo defiende Peces-Barba cuando afirma que "un derecho fundamental no alcanza su plenitud hasta que no es reconocido en el Derecho positivo. Sólo si, amparado en una norma, es un derecho subjetivo, tiene posibilidad de nacer a la vida jurídica y, por consiguiente, de actuar como tal derecho en manos de su titular en las relaciones sociales"[297].

Peces Barba entiende la necesidad de la existencia de un sistema "de normas integrados por un criterio unitario que les da coherencia y que exige no considerar a las normas que lo forman como autónomas, independientes y vinculadas sólo a través de la cadena de validez al Ordenamiento, sino como dependientes de un subsistema y de los criterios que lo identifican"[298].

---

[297] PECES-BARBA MARTÍNEZ, G.; *Derechos fundamentales*, Latina, Madrid, 1980, p. 135.

[298] PECES-BARBA MARTÍNEZ, G.; *Curso de derechos fundamentales*, cit., p. 355.

2.1.2. La tutela judicial efectiva

El derecho a un proceso que revista de todas las garantías constitucionales vienen contempladas en nuestra Constitución en el contenido normativo del artículo 24.

El derecho a la tutela judicial efectiva abarca tres prestaciones exigibles de los órganos judiciales: el acceso a la jurisdicción, la resolución motivada de las pretensiones ejercitadas por las partes y la ejecución de lo resuelto. Respecto al acceso a la jurisdicción, la interpretación judicial de las normas de acceso al proceso está guiada por el principio proactione (cuando se trata de acceso a la instancia) o por el canon constitucional de interdicción de la arbitrariedad, cuando se trate del acceso a los recursos legales[299].

Guzmán en este sentido, precisa que el proceso penal debe garantizar, en todo caso, las herramientas que posibiliten acomodar la tutela de los derechos fundamentales del justiciable con la eficacia en la persecución penal. En este sentido, esgrime que, “los

[299] Como se desprende de la Sentencia del Tribunal Constitucional 67/2011, de 16 de mayo, en su Fundamento Jurídico tercero.

términos del debate entre éxito en la persecución del delito y respeto de los derechos del acusado podrían sintetizarse diciendo que un sistema procesal penal, especialmente en lo que se refiere a la prueba, no sólo debe inspirarse en el respeto a las normas que garantizan los derechos del acusado, ni tampoco sólo en la prescripción de cuanto sea apto para descubrir "la verdad", y en general, garantizar una eficaz persecución.; debe mirar o debe servir, más esencialmente, para establecer "disposiciones jerárquicas entre valores procesales y extraprocesales", regulando el modo de resolver en caso de eventuales colisiones entre garantía y eficacia"[300].

En la misma línea, Vidal defiende que "hay que recordar, por otro lado, que en el marco del proceso penal se pone de manifiesto, si cabe más que en otros órdenes jurisdiccionales, la inevitable tensión entre un interés público, en este caso el que reside en la

[300] GUZMÁN FLUYÁ, V.; *El agente encubierto y las garantías del proceso penal*, en Publicaciones del Portal Iberoamericano de las Ciencias Penales, Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional, Universidad de Castilla La Mancha, p. 4

persecución del delito, y el contenido de algunos derechos fundamentales"[301].

Con relación a la motivación congruente se exige de los órganos judiciales una respuesta razonada, motivada y congruente con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes[302].

Finalmente, la ejecución de lo resuelto, precisa llevar a efecto lo acordado en una resolución firme, pues, en caso contrario, las decisiones judiciales y los derechos en ellos reconocidos no sería otra cosa que una declaración de intenciones sin alcance práctico ni efectividad alguna[303].

Los derechos fundamentales son fuente de derechos y obligaciones jurídicas. Así lo entiende De Asís cuando defiende que "en los llamados derechos-prestación se impone al Estado la obligación de actuar de forma positiva. Por lo que se refiere a los derechos-autonomía, se impone al Estado, por un lado, la

---

[301] FUEYO, V.; *Derechos fundamentales y proceso penal*, en Imprevisión legislativa, Madrid, 2007, p. 11.

[302] Sentencia del Tribunal Constitucional 68/2011, de 16 de mayo.

[303] Sentencia del Tribunal Constitucional 190/2004, de 2 de noviembre.

abstención y, por otro, la obligación de perseguir las actividades que tienden a menoscabarlos"[304]. De las evidencias anteriores defiende que "la obligación de respeto al ejercicio y disfrute de los derechos fundamentales puede entrar en colisión con otras obligaciones y con otros derechos, pero su importancia es fundamental en la configuración del Estado. Es una obligación que afecta tanto a los ciudadanos como a los poderes públicos, pero de manera principal a estos últimos"[305].

Se desprende, por tanto, que el despliegue de derechos fundamentales impone al Estado la obligación de actuar o la obligación de abstenerse y de protegerlos. Esta obligación de respetar los derechos fundamentales, precisa el autor español, también se extiende a los particulares.

---

[304] ASÍS ROIG, R.; *Derechos y obligaciones en la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pp. 362- 363.

[305] Ibídem, p. 363

2.1.3. El principio de oralidad

En el juicio oral es donde se practican las pruebas, ya que sólo lo que ha sido oralmente debatido en el juicio puede ser fundamento legítimo de la sentencia. Este principio nació como consecuencia del proceso liberal que se contraponía al sistema de justicia secreta, el juicio por tanto debe ser oral y público para que cualquiera pueda verlo y oírlo y por tanto los jueces sólo puedan acceder a la prueba practicada ante ellos, por lo que el juez que dicte la sentencia debe haber asistido a la práctica de las pruebas, apreciando las declaraciones y observando directamente los diversos medios de prueba que se desahoguen en el juicio oral[306].

Una aproximación conceptual sobre la oralidad, viene de la mano del profesor Atienza, cuando defiende que la misma no es más que el "discurso jurídico justificativo"[307].

---

[306] ARMENTA DEU, T.; *Lecciones de derecho procesal penal*, Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 46.

[307] ATIENZA, M.; *El Derecho como argumentación*, cit., p. 13.

Una de las cualidades más importantes que debe tener todo operador jurídico es, sin duda alguna, su capacidad de argumentación. Si bien es cierto, que la consideración de argumentar puede ser realizada por cualquier sujeto, no es menos cierto que en el ámbito del derecho, es donde se cristaliza todo su sentido.

Sin embargo, este principio se puede flexibilizar en determinadas ocasiones, pues la inmediación es un medio, y no así un método, y por tal motivo se puede flexibilizar. En este sentido, la inmediación es necesaria pero no es suficiente garantía, pues con este principio se pueden realizar verdaderos enjuiciamientos dotados de la necesaria racionalidad, que permitirán llegar a conclusiones dotadas de buen fundamento y también pronunciamientos elípticos, como es el caso, en los que déficit de análisis y contrastación de los datos de diversa procedencia, crea el riesgo de la decisión acrítica, emocional o por mera empatía[308].

No falta razón, cuando se manifiesta que en el sistema acusatorio el valor probatorio de la prueba testifical descansa en el

[308] Así reza en la Sentencia del Tribunal Supremo número 287/2007, de 10 de abril, en su Fundamento Jurídico Tercero.

hecho de que se produzca ante la presencia inmediata del Tribunal, pues la inmediación tiene indudable influencia en la debida valoración del testimonio a la hora de conformar el convencimiento judicial[309], caben algunas excepciones como las denominadas pruebas anticipadas o preconstituidas[310].

Con gran sensatez, se plantea si el juzgador "ha de dictar una sentencia que esté conforme con lo que resulta en el proceso, es necesario que conozca directamente los materiales del mismo"[311].

A este respecto, se pronuncia Gabriela cuando entiende que "el principio de inmediación importa que el juez debe elaborar la sentencia de acuerdo con las impresiones personales que obtiene

[309] MARTÍN OSTOS, J.; *Manual de Derecho Procesal*, Madrid, Ed. Tecnos 2011, p. 231.

[310] Ibídem, pp. 236 y ss.

[311] EUGENE, F.; *Elementos de Derecho procesal penal* (traducción de L. Prieto Castro), Jurídica Universitaria, volumen 1, México, 2002, p. 52.

del acusado y de los medios de prueba" defendiendo en todo caso, que este principio "rige sólo para el juicio oral"[312].

Una forma de contribuir a la fundamentación del derecho a la inmediación, requiere que el juzgador conozca de primera mano la información que ofrecerá la base en la toma de su decisión. En este sentido, se proyecta por un lado, imposibilitar que se empeoren las posibles dificultades epistemológicas del proceso penal y por otro, garantiza que el juzgador reciba por sí mismo la información que suministran las fuentes de la misma.

Estos supuestos o modalidades en el desarrollo de las pruebas dan razones de imposibilidad del testigo, por lo que en principio, se permite prescindir de su personal comparecencia en el propio juicio oral, sustituyéndola por otras soluciones. En ellas, existen diferencias por su mayor o menor observancia de los principios que presiden la práctica de la prueba y especialmente del principio de inmediación ante el Tribunal juzgador. Así, la prueba anticipada se presenta en aquellas diligencias de prueba que por cualquier causa, fuere de temer, que no se puedan practicar en el juicio oral, o que

[312] CÓRDOBA, G. y PASTOR, D.R.; *El enfoque cultural y la comprensión del sistema penal en su integridad*, Buenos Aires, 2000, p. 102

pudieran motivar su suspensión, es decir, se limita a la anticipación de la práctica probatoria que se desarrolla en un momento anterior al comienzo del juicio oral. En lo demás, se han de observar las reglas propias de la prueba, con sometimiento a los mismos principios de publicidad, contradicción e inmediación ante el Tribunal juzgador.

En el caso de la prueba preconstituida, supone un sacrificio de la inmediación, su diferencia con la anterior radica en que en esta, su desarrollo no tiene lugar ante el Tribunal Juzgador sino ante el Juez de Instrucción o Fiscal, con lo cual la inmediación desaparece al menos como inmediación espacio temporal, y queda reducida a la percepción del soporte en que la prueba preconstituida se documente y se refleje. A veces se le denomina prueba anticipada en sentido impropio para reservar el término de preconstituida, a las diligencias sumariales de imposible repetición en el juicio oral, por razón de su intrínseca naturaleza y cuya práctica como sucede con una inspección ocular y con otras diligencias, es forzosamente única e irrepetible. Se llame de una o de otra forma este supuesto es el de las pruebas testificales que ya en la fase sumarial se prevén como de reproducción imposible o difícil, por razones que,

aún ajenas a la propia naturaleza de la prueba, sobrevienen en términos que permiten anticiparla si existe imposibilidad de practicarla en el juicio oral[313].

2.1.4. La presunción de inocencia

Hasta su reconocimiento constitucional por el artículo 24.2 de la Constitución española[314], el derecho de toda persona "a la presunción de inocencia" no tenía reflejo en la normativa positiva española. Como principio, que no como derecho, estaba presente en las más clásicas formulaciones, bajo manifestaciones tales como “dolum non nisi perspicuis judiéis provari convenit, o innocen sprae sumit urcuius notentia non probatur”, y a él, venía haciendo referencia la jurisprudencia española, como un principio del Derecho, derivado del también clásico pro reo, o del más matizado

[313] Así reza la Sentencia del Tribunal Supremo número 96/2009 de 10 marzo.

[314] PEDRAJAS MORENO A.; “Despido y derechos fundamentales", el presente artículo constituye una síntesis actualizada de parte del estudio monográfico de su autor, Trotta, Madrid, 1992.

“in dubio non est praesumendum declictum”, siempre dentro del círculo aplicativo del derecho penal, sin que, habida cuenta de su falta de positivización, aquellos principios o formulaciones "pasasen de ser juicios u opiniones doctrinales bien intencionados, sin la menor vigencia real en el enjuiciamiento criminal que llegó hasta nuestros días"[315].

Es más, también caracterizadas posiciones doctrinales venían a negar toda virtualidad al derecho a la presunción de inocencia, considerándolo pura ficción y criticando, no sin cierta ironía, su constitucionalización en los ordenamientos comparados[316]. Sin embargo, el derecho a la presunción de inocencia venía estando presente en textos de tanta tradición como la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, de la Francia de 1798[317], y

---

[315] VÁZQUEZ SOTELO J. L.; *Presunción de inocencia e íntima convicción del Tribunal*, Bosch, Barcelona, 1984, p. 16.

[316] SILVA MELERO V.; "La prueba procesal", en *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1963, p. 105.

[317] Declaración del Hombre y del Ciudadano, artículo 11.1: "Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa."

aparecía asimismo en los más importantes acuerdos internacionales ratificados por España, tales como la Declaración Universal de los Derechos Humanos (ONU), de 10 diciembre 1948[318], el Convenio de Roma (Consejo de Europa) para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950[319], o el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Nueva York-ONU), de 19 diciembre 1966, si bien, también en general, como acaba de verse, dentro del ámbito aplicativo del derecho penal, o, en todo caso, en el más amplio del ius puniendi estatal, pero sin alcanzar en ningún caso a las relaciones privadas[320].

Para explicar la interpretación que nuestro Tribunal

---

[318] Constitución española de 1978, consagra en el artículo 6.2. "Toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada". El legislador constituyente, deja plasmada la intención cuando habla de "todos", derivando por tanto su consideración universal en el derecho a la presunción de inocencia.

[319] Constitución española de 1978,, artículo 14.2. establece que "Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la Ley".

[320] RODRÍGUEZ-PINERO M.; "Carga de la prueba y presunción de inocencia en el proceso de despido", en *Revista letras jurídicas,* número 8, México, 1990, pp. 2-3.

constitucional ha realizado del derecho a la presunción de inocencia, se deben considerar tres variables de directa influencia en la labor interpretativa del Tribunal Constitucional: Primero, una visión sistemática de este derecho dentro del conjunto de derechos enunciados en el artículo 24 de la Constitución española; Segundo, un claro posicionamiento del Tribunal Constitucional a favor de la autonomía de los derechos fundamentales, al definir a todos los derechos del artículo 24 de la Constitución española, como derechos independientes y autónomos, con contenido y sustantividad propia y diferente, como derechos constitucionales y como derechos subjetivos directamente invocables ante los tribunales. Y tercero, una clara intención restrictiva de la vía de amparo como recurso "obligado" para la protección de los derechos.

Estos parámetros, explican la interpretación que el Tribunal Constitucional ha dado del artículo 24 de la Constitución española como un conjunto de derechos diferentes, conectados entre sí a través de la idea común del juicio, del proceso, no de la "justicia" como ocurría en el caso de la Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las libertades fundamentales, pero que, en todo caso, son derechos de contenido diferente. Este hecho,

convierte al artículo 24 de la Constitución española en una lista de derechos estancos, que deben ser invocados independientemente para fundamentar una revisión en amparo. Se admite que unos mismos hechos pueden producir vulneraciones encadenadas de más de uno de esos derechos, pero no se admite que este tipo de vulneraciones mixtas produzcan una vulneración de un derecho superior o matriz, en el sentido explicado del artículo 6 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las libertades fundamentales el derecho al juicio justo, ni que pudieran fundamentar una decisión acerca de la vulneración global del artículo 24 de la Constitución española , llegando a ser incluso habitual que cuando una misma actuación vulnere varios de estos derechos, no por ello puedan ser invocados de forma conjunta en los recursos de amparo.

Este enfoque interpretativo no ha sido inmediato, sino fruto de una evolución y de una apuesta por defender el carácter meramente procesal de los derechos recogidos en el artículo 24.2 de la Constitución española, entre los que se encuentra la presunción de inocencia. De hecho, como se ha comprobado, nuestro Tribunal Constitucional llegó a considerar inicialmente que el artículo 24.1 de

la Constitución española, definía un derecho general a la tutela judicial efectiva, muy parecido a ese derecho a la obtención de la equidad en los juicios del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las libertades fundamentales en este sentido artículo 24.2de la Constitución española, contiene especificaciones penales del derecho, entre las cuales la presunción de inocencia ocupa un papel significativamente especial porque se reconocía una vertiente extraprocesal que le hacían un derecho diferente del resto.

No obstante, en los años 90, la línea jurisprudencial vencedora, impone la consideración de los derechos recogidos en los artículos 24.1 y 24.2 de la Constitución española, como derechos diferentes, con contenidos totalmente autónomos, sin que cupiese atribuir consecuencia constitucional alguna sobre un genérico reconocimiento del derecho general a la Justicia o a la obtención de la tutela judicial efectiva.

Actualmente, parece desterrado de la opinión del Tribunal que la relación entre el párrafo primero, y el segundo del artículo 24 sea de especificación, y se rechaza completamente la tesis inicial según la cual el artículo 24 reconocería un derecho genérico a la tutela

judicial efectiva, con algunas especificaciones en el 24.2 de la Constitución española, pues en ningún caso se admite que la vulneración de uno de los derechos del artículo 24.2 conlleve además una vulneración del artículo 24.1, como sería lo propio.

El Tribunal Constitucional no ha elaborado una interpretación conjunta del genérico derecho a la "tutela judicial efectiva", justificándose en que tal actuación podría considerarse una creación ex novo constitucional, para laque el Tribunal Constitucional no está habilitado.

La interpretación que el Tribunal Constitucional ha dictado sobre el derecho a la presunción de inocencia, no se entiende en relación con la garantía jurisdiccional de los derechos, y en concreto con la garantía constitucional de la Libertad, porque se éste último es uno de los derechos específicos contenidos en el derecho a la tutela judicial del artículo 24.1 de la Constitución española, y la presunción de inocencia está enunciada en el artículo 24.2 de la Constitución española. La interpretación que el Tribunal Constitucional ha dado sobre la presunción de inocencia se entiende desde su ubicación literal, dentro del conjunto de garantías procesales penales que se describen en este otro apartado,

relacionadas entre sí por su común característica un proceso penal. Lo cual constituye la primera especialidad del sistema español.

Esta forma de entender el artículo 24.2 de la Constitución española, junto con la casuística propia de los recursos que se han planteado en amparo, han llevado al Tribunal Constitucional a interpretar el derecho a la Presunción de inocencia exclusivamente desde su faceta procesal, olvidando su aspecto extraprocesal, aun cuando nominalmente y expresamente se reconoció en un principio, (especialmente en las primeras sentencias de los años 80-90) y aun cuando esta línea es la que viene siendo marcada por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derecho humanos.

Ahora bien, el Tribunal Constitucional reconoce en el derecho a la presunción de inocencia un rasgo diferencial que lo aleja del resto de los derechos enunciados en el mismo párrafo, porque, en numerosas ocasiones la actuación vulneradora del derecho a la presunción de inocencia conlleva necesariamente la vulneración de otros derechos del 24.2 Constitución española. Gracias a este reconocimiento, el Tribunal Constitucional mantiene una visión angular de la presunción de inocencia en relación con el resto de garantías procesales penales, y por ello se permite considerarlo

como el elemental principio informador del proceso penal. En consecuencia, en muchas ocasiones el Tribunal Constitucional considerará que el derecho a la presunción de inocencia comparte contenido con otros derechos recogidos en el artículo 24.2, creando un concepto “permeable” de presunción de inocencia, y provocando algunos problemas interpretativos de los derechos del artículo 24.2 de la Constitución española, en cuanto qué está protegido y por parte de qué derecho.

Tomando en consideración esta interpretación y la producción jurisprudencial de nuestro Tribunal Constitucional en relación a la presunción de inocencia podríamos concluir que el Tribunal Constitucional diferencia entre un concepto “teórico” y abstracto de presunción de inocencia, y el contenido “práctico” constitucionalmente protegido. Cuando realiza definiciones conceptuales del derecho afirma que la presunción de inocencia presenta dos vertientes o aspectos, el procesal y el extraprocesal, y por ello se puede afirmar que es diferente del principio general del Derecho in dubio pro reo. En este sentido, la presunción de inocencia como derecho subjetivo impone un determinado tratamiento de inocencia del sospechoso para todos los poderes

públicos, no sólo el judicial, hasta que medie la declaración formal de culpabilidad, que sólo cabe tras la celebración de un proceso con todas las garantías. Sin embargo, cuando considera qué es "contenido protegido" por el derecho constitucional a la presunción de inocencia, el Tribunal Constitucional está condicionado por la idea de que la presunción de inocencia es una garantía procesal, y un principio informador del proceso penal, que impone una regla de actuación referida al juicio de hecho de la sentencia penal, con incidencia en el ámbito probatorio, conforme a la cual la culpabilidad debe ser probada por la acusación, imponiéndose la absolución si ésta no resulta suficientemente probada.

En conclusión, a pesar de que el Tribunal Constitucional ha definido el derecho a la presunción de inocencia desde dos perspectivas completamente diferentes, sólo ha desarrollado, detenidamente eso sí, una de ellas: la vertiente procesal. Y esto condicionado, directamente, aquello que considera contenido constitucional- mente protegido por el derecho a la presunción de inocencia.

Por eso, cuando el Tribunal Constitucional analiza y define el conjunto de facultades y derechos derivados en los que se traduce

el contenido constitucionalmente protegido de la presunción de inocencia lo desvincula totalmente de la idea global de “proceso debido conforme a la Ley”, porque éste segundo es un derecho de configuración legal, como ocurría en nuestras constituciones históricas, y porque la definición del contenido protegido por este derecho queda en manos del legislador y de la ley procesal ordinaria.

Sin embargo, el derecho a la presunción de inocencia es un derecho frente al legislador, como los demás derechos denominados de libertad, que impone una serie de condicionantes para su eficacia que deben ser respetados por el legislador. Asumiendo así la interpretación americana del due process, y constitucionalizando los requisitos a los que debe someterse el proceso para adquirir la “calidad” constitucional.

En la práctica, el resultado es que, en vez de realizar una interpretación constitucional de los preceptos de la Ley procesal a la luz de las exigencias constitucionales derivadas del derecho a la presunción de inocencia, y desarrollando un tipo de proceso determinado conforme el deseo del legislador, el Tribunal ha creado derechos derivados directamente de la interpretación del 24.2 de la

Constitución española a los que califica como contenido constitucionalmente protegido por el derecho fundamental, y por tanto vinculantes para el legislador. Con ello, renuncia al examen de la ley procesal vigente, aun cuando estos mismos conceptos ya han sido recogidos en la Ley procesal penal de 1882.

De manera que se confunden contenido legal y contenido constitucional del derecho a la presunción de inocencia y del derecho al debido proceso; derechos de configuración legal y derechos de libertad, y se desarrolla una auténtica labor legislativa por parte del Tribunal Constitucional que, sin revisar la ley procesal preconstitucional, dice directamente cómo “es” el proceso constitucionalmente debido. Todos esos “derechos derivados”, todo el haz de facultades y posiciones jurídicas vinculantes, están derivadas directamente del derecho constitucional a la presunción de inocencia, y son consecuencia de dictámenes emitidos en resolución de recursos de amparo, donde se resolvían vulneraciones judiciales del derecho por interpretaciones desviadas de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, o por vicios judiciales en la aplicación de la Ley, sin que en ningún caso se plantee la revisión constitucional de la ley procesal cuya interpretación y/o aplicación

producen los problemas en los juicios. Máxime cuando la ley en cuestión tiene más de 100 años de vigencia.

Por último, la interpretación que nuestro Tribunal Constitucional elabora acerca del derecho a la presunción de inocencia se ve igualmente influenciada por el uso inadecuado de categorías jurídicas antiguas, con lasque ha intentado explicar los nuevos modelos de las normas constitucionales.

Así ha ocurrido con la calificación de este derecho como "presunción jurídica" iuris tantum. Es cierto que la posición de la presunción de inocencia dentro del proceso penal actúa frente al poder decisorio del Juez. Sin embargo, no es éste el único momento de actuación del derecho.

La interpretación del derecho del Tribunal Constitucional se ha centrado en este "momento probatorio", porque era la fase procesal que con mayor "laxitud" había sido regulada por la Ley procesal, y porque mayores problemas interpretativos habían planteado a la hora de ser aplicada caso a caso. Pero, la justificación para esta postura nunca ha sido la corrección de usos desviados de la Ley, ni la interpretación constitucional de los artículos de la Ley

decimonónica, sino la calificación del derecho fundamental como presunción iuris tantum.

Tan profusa y detallada ha sido esta jurisprudencia, que muchos han visto una reducción del derecho a la presunción de inocencia a un hipotético “derecho a la prueba”. En concreto, “derecho a que las pruebas, que puede considerar el juez para fundamentar la decisión condenatoria, cumplan determinadas características constitucionales”.

No obstante, el derecho a la presunción de inocencia no es una presunción legal, ni constitucional, es un derecho fundamental que impone a los poderes públicos un determinado tratamiento del sospechoso primero, y del procesado después, que implica el absoluto respeto de sus derechos individuales y la no injerencia estatal en el ámbito de la libertad personal antes y durante el proceso, hasta que la sentencia del juez declare su culpabilidad.

Lo que ocurre es que en el enunciado del derecho se utiliza una fórmula retórica semejante a la de las presunciones legales. El resultado de todo este proceso interpretativo es confuso. Primero, porque la presunción de inocencia tomada desde su aspecto meramente procesal es un derecho de configuración legal, como se

ha visto en nuestras constituciones históricas. Por tanto, debería ser el legislador el que, a través de la ley procesal, determinase el contenido protegido por el derecho constitucional, como así venía siendo.

Cuando el Tribunal Constitucional establece el contenido considerado constitucionalmente esencial del derecho a la presunción de inocencia no está creando nuevas categorías, como se ha creído y se ha escrito, sino que, en el mejor de los casos, está dando una perspectiva constitucional de lo que legalmente ya estaba establecido, pues de otro modo estaría sustituyendo la acción del legislador y extralimitándose en sus funciones como juez de la constitucionalidad.

Si lo que pretendía era constitucionalizar determinadas garantías procesales derivadas del derecho a la presunción de inocencia, de modo que resultasen obligadas para el legislador en el sentido americano, debería haberlo hecho asumiendo el más amplio concepto de “due process” para evitar que se superpusiesen derechos y protección de contenidos constitucionales.

A pesar de todo, el problema no es tanto la actuación del Tribunal Constitucional obligada por la debida solución del caso

concreto y por las limitaciones del recurso de amparo, sino la creación doctrinal surgida a raíz de los citados pronunciamientos. En las recopilaciones y monografías sobre la jurisprudencia emanada del Tribunal Constitucional sobre presunción de inocencia no se ve que lo que realmente está haciendo el Tribunal Constitucionales una interpretación constitucional de la Ley procesal penal, sino que se ha entendido que se están creando nuevas normas constitucionales derivadas del derecho a la presunción de inocencia.

Se termina definiendo lo que la presunción de inocencia es, a través de los pronunciamientos limitados por el tipo de recurso de amparo que el Tribunal Constitucional venía resolviendo. Con ello, se crea en España por parte de los estudiosos de la jurisprudencia del Tribunal, una nueva definición de presunción de inocencia totalmente diferente a la tradición continental y de la tradición anglosajona y norteamericana, e incluso contraria a nuestra propia tradición constitucional, que en nada tiene que ver con la obligación de interpretación conforme a los tratados internacionales impuesta por el 10.2 de la Constitución española, y que desconoce lo que la

Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las libertades fundamentales entiende por Presunción de inocencia.

Esta definición convierte el derecho a ser presumido inocente en el “derecho a no ser declarado culpable hasta que medie una determinada prueba, que debe cumplir unas determinadas características, y a la que el Tribunal Constitucional se refiere cuando habla de “prueba de cargo.

2.1.5. La publicidad del proceso

Este principio nace con el objetivo de erradicar tiempos pretéritos en los que las actuaciones procesales podían tener carácter secreto durante toda su tramitación. Parece evidente que ello suponía una merma al derecho fundamental a un proceso con las debidas garantías, a conocer los hechos de los que se le acusa al imputado, a poder hacer valer sus argumentos de defensa-igualdad de armas- y a la igualdad de partes en sentido estricto. La configuración de este principio supone la garantía de la publicidad de las actuaciones, salvo en los supuestos legalmente establecidos.

2.1.6. El juez natural

Para definir al juez natural determinado por la ley, nos remitimos a César Landa Arroyo, el cual manifiesta, que este constituye una garantía de independencia imparcialidad del juez frente a los demás poder público e implica:

1. El carácter judicial ordinario que significa la previsión de crear tribunales y juzgados de excepción ni para judiciales.

2. La unidad judicial que supone la incorporación del juez al poder judicial y al tribunal constitucional.

3. La predeterminación legal del órgano judicial, por la cual solamente mediante ley del Congreso de los diputados se puede crear cualquier órgano jurisdiccional.

En este sentido César Landa Arroyo concluye señalando que es la última instancia del derecho al juez natural se infiere el derecho al juez imparcial[321].

[321] LANDA ARROYO, C.; "Teoría del derecho procesal constitucional", Palestra, Lima, 2003, pp. 202 - 203.

En este mismo sentido, se pronuncia Jesús González Pérez, quien define al juez natural, como garantía constitucional del proceso debido, el cual es necesario para hacer efectivo la tutela jurisdiccional. Todo ello porque la presencia del juez imparcial resulta una condición fundamental, que debe existir con anterioridad al fallo de la sentencia[322].

A sensu contrario, podemos afirmar que la relación entre el derecho al juez imparcial y al juez predeterminado por la ley no siempre ha sido clara en el ordenamiento jurídico español, ésta afirmación se deriva de las diferentes resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional, el cual ha mantenido diferentes posiciones absolutamente contradictorias.

En un principio el Tribunal Constitucional considero al derecho al "Juez Legal" definiéndolo, como un amplio concepto que abarcaba el derecho al juez imparcial, para luego afirmar que el derecho al juez imparcial era parte del derecho al juez

[322] GONZÁLEZ PÉREZ, J.; *El derecho a la tutela jurisdiccional*, Civitas, Madrid, 1980 pp. 123-129.

predeterminado por la ley. También resaltar en este sentido el Tribunal Constitucional, por último ha mantenido una tercera posición, sobre este concepto de juez imparcial, donde ubica al juez imparcial, como todas las garantías que deben tener las partes en el proceso. Sobre esta última postura podemos señalar la Sentencia del Tribunal Constitucional 145/1998 de 12 de julio, en la que se recoge el siguiente contenido literal ". Entre ellas figura de la prevista en el artículo 24.2 de la Constitución española que reconoce a todos el derecho a "un juicio público con todas las garantías, garantías pilas que debe incluirse, aunque no se cite de forma expresa, el derecho a un juez imparcial, que constituye sin duda una garantía fundamental de la administración de justicia en un estado de derecho, como no es el nuestro de acuerdo con el artículo 1.1 de la Constitución española[323]".

Así lo defiende la profesora Miraut cuando expresa que "las exigencias vinculadas directamente a la impartición de justicia tienen como principio guía el sometimiento del juez al imperio de la

[323] Otras Sentencias del Tribunal Constitucional en este mismo sentido, Sentencia del Tribunal Constitucional 164/1988, Sentencia del Tribunal Constitucional 11/1989, STS 32/1994, Sentencia del Tribunal Constitucional 7/1997.

ley. Este no es un deber exclusivamente jurídico. Tiene también una connotación moral como realización del compromiso que el juez ha adquirido con la sociedad de resolver las cuestiones que se le presentan conforme a la voluntad que la sociedad ha expresado indirectamente en la ley. Cabe, de todos modos, que el juez encuentre en el sometimiento fiel al imperio de la ley un obstáculo a la realización de sus imperativos éticos. Que su configuración moral le exija esquivar la letra e incluso el espíritu de la ley para realizar la justicia concreta del caso"[324].

Se pronuncia en el mismo sentido Aparisi cuando defiende que el oficio del juez, como jurista, "no es declarar lo legal sino lo justo"[325].

En este punto, resulta necesario destacar el papel que tienen los derechos fundamentales ante el criterio de validez o de ordenación. Esto significa, como explica Peces-Barba, que "son una prolongación de la norma básica material de identificación de

---

[324] MIRAUT MARTÍN, L.; "La paradoja del perfeccionamiento moral de la función judicial" en *Anuario de Filosofía del Derecho*, nº 25, 2009, p. 66.

[325]APARISI MILLARES, A.; *Ética y deontología para juristas*, Eunsa, Pamplona, 2006, p. 370.

normas, cuya raíz son los valores superiores del artículo 1.1 de la Constitución en el caso español"[326].

Así viene defendido por la profesora Miraut, cuando defiende que La interpretación de la norma conforme a los principios de justicia y la separación del conocimiento del asunto a través de la abstención por interés de conciencia que pueda afectar a su imparcialidad o de la objeción de conciencia constituyen instrumentos razonables en su opinión para eludir la aplicación de la ley injusta con base en el ordenamiento jurídico español"[327]

Por tanto, "la actitud del jurista llamado a interpretar o aplicar normas injustas, no puede resolverse sosteniendo que el profesional tiene un deber de obedecer siempre y en todo caso al Derecho. Ello implicaría eludir la responsabilidad personal y profesional por los propios actos transfiriéndola al autor de la ley. Por el contrario, el jurista deberá llevar a cabo un razonamiento

[326] PECES-BARBA MARTÍNEZ, G.; *Curso de derechos fundamentales*, cit., p. 415.

[327] MIRAUT MARTÍN, L.; "La paradoja del perfeccionamiento moral de la función judicial", cit. p. 67.

práctico que le ayude a dilucidar sobre la justicia y la actitud que debe adoptar frente a una determinada norma"[328].

De todas las definiciones que anteriormente hemos expuesto, podemos mantener que el derecho al juez imparcial viene derivado del derecho al juez natural, sirviendo éste, como garantía del debido proceso que tiene el objetivo de lograr la efectiva tutela judicial, aunque teniendo naturaleza distinta, es concurrente con el derecho al juez predeterminado por la Ley.

2.1.7. La defensa e igualdad entre las partes

El principio de igualdad de armas aplicado al proceso, no es sino una proyección del principio general de igualdad ante la Ley, proclamado por nuestra Constitución.

Uno de los principios fundamentales que ha de regir en la aplicación del derecho ha de ser el principio de igualdad consagrado en nuestra Carta Magna en el artículo 14 donde

[328] APARISI MILLARES, A.; *Ética y deontología para juristas*, cit., p. 368.

reconoce que “los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”.

El principio que inspira la igualdad como derecho fundamental viene reconocido en nuestra Constitución, y ésta se encuentra estrechamente vinculada a los principios de legalidad y seguridad jurídica.

Se hace ineludible al abordar la igualdad dentro del proceso, como fundamento necesario en la aplicación del ordenamiento jurídico. Desde esta perspectiva, entiende Pérez Luño que “la noción de igualdad ante la ley aparece, ante todo, como la exigencia de que todos los ciudadanos se hallen sometidos a las mismas normas y tribunales. La igualdad ante la ley implica el reconocimiento de que la ley tiene que ser idéntica para todos, sin que exista ningún tipo o estamento de personas dispensadas de su cumplimiento, o sujetos a potestad legislativa o jurisdiccional distinta de la del resto de los ciudadanos”[329].

[329] PÉREZ LUÑO, A.*; Dimensiones de la igualdad*, Dykinson, Madrid, 2005, p. 22.

Desde este planteamiento, el concepto de igualdad ha de equipararse a las exigencias de generalidad y abstracción de la norma jurídica como requisito de obligada observancia en la elaboración de cualquier norma que se integre en un ordenamiento jurídico democrático. Precisamente por ello, no resulta extraña la voluntad del legislador constituyente en ubicar al derecho a la igualdad en el pórtico de los derechos fundamentales.

Tal es así, que el profesor Pérez Luño defiende que "la igualdad ante la ley como exigencia de generalidad se manifiesta también en todas aquellas disposiciones destinadas a tutelar la igualdad de trato jurídico para situaciones sustancialmente iguales"[330]. No obstante, a pesar de esta afirmación, hay que considerar otros aspectos limitadores al principio de igualdad. Queda del todo significado en el trabajo realizado por el profesor De Asís Roig, cuando defiende que el principio de igualdad no puede suponer un trato igual para todos sin entrar a considerar los rasgos diferenciadores que existen en los diferentes órdenes normativos. Subraya en este sentido, en la categorización que se realiza conforme a la titularidad que ostentan o pueden ostentar los sujetos,

[330] Ibídem, p. 24.

objetos en litigio, situaciones jurídicas o de hecho. Por tanto, el principio de igualdad no puede suponer un trato desigual atendiendo como norma general los diferentes elementos diferenciadores[331].

La fundamentación del principio de igualdad como derecho fundamental responde a la intención que se cristaliza en la Constitución española de 1978, cuando consagra el principio de igualdad como un derecho fundamental, reconociendo a su vez su proyección como valor superior del ordenamiento jurídico, además de constituir uno de los principios que lo informan.

En este sentido, distintos autores, entre ellos, Miguel Rodríguez Piñero y María Fernanda Fernández, defienden que el artículo 14 de nuestra Carta Magna eleva el principio de igualdad no sólo al plano de valor jurídico superior que informa el ordenamiento jurídico, sino también su esfera de actuación, como derecho fundamental autónomo.

---

[331] ASIS ROIG, R.; "La igualdad en el discurso de los derechos", en AA.VV., LÓPEZ GARCÍA, J.A. y DEL REAL, J.A. (eds.); *Los derechos: entre la ética, el poder y el Derecho*, Dykinson, Madrid, 2000, p. 160.

Así entienden que “al ciudadano le asiste un derecho a ser tratado de forma igual.., y tal derecho va a ser objeto de protección en los mismos términos que los restantes derechos fundamentales, no por "asimilación" al régimen jurídico de éstos, sino por plena "identificación" en cuanto a su naturaleza”[332]. De tal manera, reconocen el carácter ambivalente de la igualdad como principio constitucional y a su vez como derecho fundamental. En esta línea, defiende el carácter fundamental de la igualdad que reconoce el constituyente del 78, Cano Mato al expresar que “la igualdad ante la ley configura un derecho subjetivo de los ciudadanos a obtener un trato análogo”[333].

Del tenor literal de este precepto puede desprenderse, en este sentido, que no cabe tolerar soluciones de desigualdad, ante situaciones sustancialmente iguales, sino al margen del precepto constitucional, lo que trasladado al ámbito de nuestra disciplina, se traduce en la prohibición de consentir situaciones de privilegio a una

---

[332] RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. y FERNÁNDEZ, M.F.; *Igualdad y discriminación*, Tecnos, Madrid, 1986, p. 255.

[333] CANO MATA, A.; *El principio de igualdad en la doctrina del Tribunal Constitucional,* Edersa, Madrid, 1983, p. 8.

de las partes, en detrimento del perjuicio ocasionado, como consecuencia de ese beneficio, a la otra.

Resulta evidente, tal y como ha advertido la doctrina[334], que si hubiera una parte con predominio sobre la otra, entonces el Juez no tendría en sus manos un mecanismo de tutela imparcial y su sentencia estaría muy condicionada por el predominio de esa parte.

Ahora bien, el principio de igualdad de las partes en el proceso, que constituye una aspiración de la justicia comúnmente reconocida, no parte del propio origen o comienzo del proceso, sino que ha de ser observado y tutelado, por el Juez, a lo largo de todo el procedimiento, al objeto de evitar la eventual aparición de posiciones discriminatorias.

La posición de las partes, al comienzo del litigio, no sólo no es de igualdad, sino que nos atreveríamos a afirmar que es de enorme

---

[334] CORTÉS DOMÍNGUEZ, V.; "Principios constitucionales en el proceso civil", en AA.VV., CORTES DOMÍNGUEZ, V. y MORENO CATENA, V.; *Introducción al Derecho Procesal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 148.

des- ventaja. En este sentido, y a modo de ejemplo, entre tanto el actor es libre de interponer o no su demanda, el demandado no dispone de tal elección, debiendo, una vez interpuesta dicha demanda, contestarla, si no quiere exponerse a los efectos, probablemente perjudiciales, de su declaración en rebeldía. La propia denominación «actor», para referirnos a la parte activa, implica acción, por contraposición aquella otra con la que nos referimos a la parte pasiva, al demandado, que se ve expuesto, muy probablemente contra su voluntad, a la tramitación de un procedimiento.

Esta posición de desigualdad inicial habrá de ser, en todo caso, conciliable con la imposición de reglas legales, cuya redacción y adecuada observancia, corresponde, respectivamente, al Legislador, y al Juez, que permitan trazar el proceso con “igualdad de posiciones”, esto es, con “idénticas posibilidades” de alegaciones y prueba para los sujetos implicados en el proceso, sin que uno de ellos pueda, de ninguna manera, ostentar una posición de privilegio, predominio o favor alguno frente al otro.

Pese a lo anteriormente expuesto, llama la atención de los estudiosos del proceso, la falta de «igualdad» predicable de la fase

de instrucción del proceso penal, en la que el Juez, a espaldas del sospechoso o procesado, realiza muchas actuaciones destinadas a averiguar y hacer constar la perpetración de los delitos, siendo la mayoría incriminatorias.

Esta falta de igualdad, claramente predicable de la fase de instrucción de nuestros procesos penales, encuentra, sin embargo, su fundamento, según la doctrina[335], de un lado, en la generalizada consideración de dicha fase como una fase previa y preparatoria del plenario o juicio oral, que constituye el núcleo decisivo del proceso penal y, de otro, en el razonable contrapeso de la ventaja de la que el presunto delincuente ha podido disponer.

Pero no sólo se producen situaciones de desigualdad, en el ámbito de conocimiento del Derecho procesal, dentro del propio proceso, sino también fuera de su seno. Las situaciones de desigualdad originadas dentro del proceso generan, como es lógico, soluciones desventajosas, que surtirán efectos perjudiciales para quiénes hubieren sufrido el atentado a aquel principio constitucional,

[335] DE LA OLIVA SANTOS, A.; *Derecho Procesal. Introducción*, Ed.Ramón Areces, Madrid, 2002, p. 56.

también fuera del proceso. Este sería el caso, evidente, de quién obtuvo una sentencia desfavorable a sus intereses como consecuencia de no haber podido practicar la prueba que hubiere amparado su pretensión o defensa porque el Juez la estimó inoportuna, sin mayor justificación que la negativa a la celebración de su práctica[336]. En este sentido, resulta notorio afirmar que las situaciones de desigualdad formal o procesal ocasionan, por regla general, posiciones de desigualdad material.

Ahora bien, en ciertas ocasiones las situaciones de desigualdad se producen con independencia del proceso. Esto es lo que acontece cuando, habiéndose respetado a lo largo de todo el procedimiento el principio de igualdad de armas, se obtiene, ello no obstante, por todo resultado, una sentencia desfavorable, sin perjuicio de la existencia de una jurisprudencia consolidada en sentido opuesto al que ha obtenido el particular en este caso concreto.

---

[336] El principio de igualdad de armas garantiza, conforme ha tenido ocasión de indicar el TC, en sus Sentencia del Tribunal Constitucional 227/1991, de 28 de noviembre y 140/1994, de 9 de mayo, el necesario equilibrio entre las partes en el proceso para lograr la plenitud del resulta- do probatorio.

Estas situaciones de desigualdad material son la consecuencia lógica de las contradicciones existentes entre la jurisprudencia.

El Tribunal Constitucional ha elaborado, en este sentido, una tesis sobre la justificación de los cambios en la jurisprudencia, con advertencia de que los órganos judiciales pueden modificar sus propios precedentes, siempre que lo hagan en términos que permitan apreciar que el nuevo criterio interpretativo ha sido adoptado como solución genérica dotada de vocación para ser aplicada en casos futuros y no como cambio inadvertido por el órgano judicial o que sea fruto del voluntarismo selectivo frente a supuestos anteriores resueltos de modo diverso[337].

El principio de igualdad en la aplicación de la Ley prohíbe, únicamente, el cambio irreflexivo o arbitrario. El cambio será legítimo cuando sea razonado, razonable y con vocación de futuro, esto es, destinado a ser mantenido con cierta continuidad, con fundamento en razones jurídicas objetivas que excluyan todo significado de resolución ad personam, y será, por el contrario, ilegítimo cuando constituya tan sólo una ruptura ocasional en una

[337] En este sentido se pronuncia la Sentencia del Tribunal Constitucional número 202/1991, de 28 de octubre.

línea que se viene manteniendo con normal uniformidad antes de la decisión divergente o se continua con posterioridad[338].

2.1.8. La decisión jurídica en la fundamentación del derecho

Una de las cualidades más importantes que debe tener todo operador jurídico es, sin duda alguna, su capacidad de argumentación. Si bien es cierto, que la consideración de argumentar puede ser realizada por cualquier sujeto, no es menos cierto que en el ámbito del derecho, es donde se cristaliza con toda su intensidad.

Debemos tener en consideración, que la actividad que realizan los operadores jurídicos, no se centra simple y llanamente en la argumentación jurídica. La finalidad de la misma debe alcanzar una motivación que fundamenta la decisión de los jueces a la hora de dictar sus sentencias.

De esta forma, nos encontramos con legisladores, jueces, abogados, entre otros. En este sentido, para un legislador, la argumentación es necesaria para redactar las leyes; para un abogado, la argumentación es necesaria para redactar una demanda; para un juez, la actividad de la argumentación es indispensable para emitir una sentencia. Es decir, todos estos operadores jurídicos deben, en todo momento, fundamentar sus decisiones, y ello se lleva a cabo a través de la argumentación jurídica.

El hecho de tener que fundamentar el resultado de sus razonamientos es lo que diferencia a la argumentación de otros procedimientos que han existido y existen de resolución de conflictos, como podría ser el que emplea el uso de la fuerza. En este sentido, se pronuncia Atienza cuando específica, "que sea una amenaza es algo externo al lenguaje"[339].

En el modelo constitucional cobra todo su sentido la argumentación jurídica. En este sentido, los operadores jurídicos actúan dentro del campo de la razón buscando una solución justa, es decir, un criterio para una mejor decisión en la decisión jurídica.

[339] ATIENZA, M.; *El Derecho como argumentación*, cit., pp. 197 – 203

Con respecto a la determinación que establece si un sujeto es vulnerador o no de la norma, resulta del todo necesario, determinar la carga de la prueba como respuesta a la función epistemológica o demostrativa que la identifica. Sin embargo, esa función está queda supeditada al juicio de hecho que versa sobre las garantías que ofrecen los derechos fundamentales en la persona del detenido.

La interpretación jurídica, parte de la idea del fenómeno lingüístico que acompaña a la conceptualización del derecho. En este sentido, se hace extensible no sólo a la relación que guardan con los procesos de resolución de conflictos jurídicos, sino también con la metodología jurídica.

De Asís se pronuncia al respecto, cuando defiende que "en relación con la actuación del poder judicial, que es uno de los principales (no único) poderes garantizadores de los derechos, se hace absolutamente imprescindible exigir un mayor control en la valoración de los hechos en materia penal además de una reformulación de la jurisprudencia constitucional relativa a la igualdad en la aplicación de la ley"[340].

[340] ASIS ROIG, R.; "Breves reflexiones sobre los valores y los derechos en la Constitución Española", cit., p. 31.

Las conclusiones derivadas del planteamiento del profesor de Asís, es potenciar sobretodo el control en la evaluación de los hechos. En este sentido, formula un razonamiento destinado a prescribir el enfoque jurídico en relación a la vinculación del precedente. Se trata, en definitiva, de establecer razonamientos que se consideran necesarios para lograr una aplicación del derecho garantista.

Para tal efecto, no cabe duda que se deba partir de la consideración que representa el valor de los derechos fundamentales. Por tanto, la argumentación jurídica debe asumir la relación que existe entre el hecho y la evaluación teniendo siempre presente la consideración de los derechos fundamentales.

La argumentación constituye una herramienta básica en el desarrollo de la profesión de cualquier operador jurídico, ya que ésta, les permite revelar de forma motivada, todo aquello que resulte susceptible de ser interpretado.

Para Calonge, la argumentación jurídica viene entendida como una "inteligencia de carácter substancial que está presente en todos los conflictos interpersonales y sociales"[341].

[341] CALONJE, C.; *Técnica de la Argumentación Jurídica,* Aranzadi, Navarra, 2009, p. 22.

En efecto, calificar a algo como correcto implica realizar un juicio de valor que toma como referencia algún sistema normativo. Si pensamos por ejemplo "en una conducta o en una norma, podremos calificar a estas como correctas desde diversos puntos de vista, dependiendo del ámbito en que nos estemos moviendo o del sistema normativo que establezcamos como referencia. Obviamente defender la existencia de criterios de corrección implica manejar un cierto cognoscitivismo"[342].

Es precisamente, cuando cobra todo su sentido, la decisión judicial, en tanto en cuanto, se presenta como una de las garantías constitucionales. Todo ello, nos conduce a la idea que la interpretación de la norma debe ser conforme a los valores constitucionales como un imperativo ético y normativo.

Así lo reconoce Alexy, cuando defiende que "la falta de la pretensión de corrección de una decisión no la priva necesariamente de su carácter de decisión judicial válida, pero la hace ser defectuosa en un sentido relevante no sólo moralmente"[343].

---

[342] ASÍS ROIG, R.; *El juez y la motivación en el Derecho*, Dykinson, Madrid, 2005, p. 133.

[343] ALEXY, R.; *Teoría de la argumentación jurídica*, cit., p. 209.

Una aproximación conceptual sobre la argumentación jurídica, viene de la mano del profesor Atienza cuando defiende que la misma no es más que el "discurso jurídico justificativo"[344]. La decisión judicial, por tanto, tiene como finalidad la mejor aplicación posible del Derecho.

El problema radica en lo que llama Alexy la fundamentación racional en el marco del ordenamiento jurídico vigente[345], la respuesta hay que encontrarla a través de las garantías jurídico normativas derivadas del respeto debido a los derechos fundamentales.

La decisión judicial resulta de un proceso similar al que presenta la disertación jurídica, de esta forma, en su elaboración coincide con los mismos elementos básicos que integran la misma. En esta línea, defiende Alexy que ha de estar dotada de corrección[346], en la medida en que sólo de esta forma pueda cumplir

---

[344] ATIENZA, M.; *El Derecho como argumentación*, cit., p. 13.

[345] ALEXY, R.; *Teoría de la argumentación jurídica*, cit., p. 213.

[346] Ibídem, p. 213.

con la finalidad de la mejor aplicación de las garantías jurídicas que ineludiblemente han de observar.

La principal dificultad estriba, principalmente, en determinar si el conjunto de normas aplicadas en dicho razonamiento que conforman el juicio de Derecho por parte del operador jurídico, se corresponden con el supuesto de hecho que da lugar a la propia disquisición jurídica. En definitiva, se trata de determinar si el fundamento racional que se utiliza, se encuentra en concordancia con el ordenamiento jurídico de aplicación al caso concreto que dilucida.

La finalidad de la decisión jurídica ha de estar orientada hacia la aplicación idónea, conforme a los principios y valores que han de informar, en todo caso, al ordenamiento jurídico en el que se funda.

Desde esta perspectiva, ha de estar estrechamente vinculada al Derecho en tanto que ha de constituir una aplicación responsable del mismo por parte del operador jurídico, entiende el profesor De Asís Roig, que “existen tres grandes razones para obedecer al Derecho por parte de los poderes públicos. Por un lado, las genuinamente morales, que implican considerar que se obedece porque el sistema jurídico es moralmente correcto; por otro las

prudenciales, que implican considerar que se obedece porque se considera que el incumplimiento va a tener consecuencias perjudiciales para quien lo efectúa (el miedo a la sanción); por último las que podríamos denominar como profesionales o de status, que implican que se obedece porque se considera que la ocupación del cargo conlleva esa exigencia"[347].

Esta subordinación del operador jurídico al ordenamiento jurídico, como expresa el profesor De Asís Roig, es una manifestación del principio de legalidad y una exigencia racional del concepto de Derecho"[348].

La decisión judicial por otro parte, es el resultado, en última instancia de una elección y como tal, impregnada de "un enjuiciamiento de la alternativa elegida como mejor en algún sentido y, por tanto, una valoración"[349]. En este sentido, se pronuncia Alexy cuando afirma que "la tesis de que la Jurisprudencia no puede

---

[347] ASIS ROIG, R.; *El juez y la motivación en el Derecho*, Dykinson, Madrid, 2005, pp. 46 y 47.

[348] ASIS ROIG, R.; *Sobre el razonamiento judicial*, McGraw-Hill, Madrid, 1998, pp. 121 y 122.

[349] ALEXY, R.; *Teoría de la argumentación jurídica*, cit., pp. 26 y 27.

prescindir de valoraciones no significa que no haya casos en los cuales no existe ninguna duda sobre cómo se debe decidir, sea por razón de las normas vigentes presupuestas, sea por referencia a enunciados de la dogmática o a precedentes. Puede incluso suponerse que estos casos son considerablemente más numerosos que los dudosos"[350].

La decisión que adopte el operador jurídico se realizará dependiendo del contexto en que deba recaer, así puede estar condicionada por distintos grados de intensidad. El responsable de adoptar la decisión jurídica, vendrá condicionado por la graduación con que se presenten los distintos niveles de certeza de las circunstancias a valorar. De esta manera, los criterios elegidos en la toma de decisión han de estar encaminados hacia la mejor aplicación de los valores ínsitos en los derechos fundamentales, como representación más auténtica de los principios que los inspiran.

El profesor De Asís Roig, entiende que cualquier razonamiento judicial se encuentra conformando por un juicio de hecho, un juicio de derecho y una conclusión.

[350] Ibídem, p. 29.

En este sentido, se pronuncia cuando defiende que el juicio de hecho "consiste en la determinación de los hechos que van a ser calificados jurídicamente"[351]. Desde ésta consideración el autor explica que como resultado de esta circunstancia, el operador jurídico está obligado a "llevar a cabo un relato fáctico con sentido fijando los hechos sobre los que va a centrar el juicio de Derecho". Así, de acuerdo con las ideas expuestas defiende que "la dimensión valorativa del juez vuelve a tener cierta presencia. Normalmente, la actividad judicial en este punto tratará de llevar a cabo una exposición de los hechos que sea susceptible de integración en un supuesto de hecho normativo"[352].

El juicio de Derecho, por su parte, consiste en "la búsqueda del material normativo a aplicar"[353]. Desde esta consideración, subraya que "toda la fase del juicio de Derecho se lleva a cabo teniendo en cuenta los hechos fijados, e incluso podríamos decir que se trabaja sobre ellos. En efecto, en ocasiones esta fase lo que hace es ir

---

[351] ASIS ROIG, R.; *Jueces y normas,* la decisión judicial desde el ordenamiento, Marcial Pons, Madrid, 1995, pp. 99 y 101

[352] Ibídem, 99.

[353] ASIS ROIG, R.; Jueces y normas…, cit., p. 102.

calificando jurídicamente los hechos, moldeándolos de manera jurídica hasta llegar a la resolución del problema. En este sentido, la fase del juicio de derecho no puede comprenderse si no se hace desde los hechos" [74]. Por tanto, el razonamiento se alcanza cuando "se produce la subsunción del caso en el de la norma fijada y se aplica la consecuencia de ésta"[75]. En consecuencia, la combinación del supuesto de hecho y el supuesto de Derecho, dan como resultado una conclusión. Estos tres criterios descritos configuran y delimitan la estructura del razonamiento jurídico.

3. La Justicia Restaurativa como aporte de valores al sistema jurídico

3.1. Introducción

Uno de los conceptos más aceptados de Justicia Restaurativa es el de Tony Marshall, quien la define como "un proceso a través del cual las partes que se han visto involucradas o poseen un

interés en un delito en particular, resuelven de forma colectiva la forma de lidiar con las consecuencias inmediatas de éste y sus repercusiones para el futuro"[354].

Por su parte, Gordon Bazemore y Lode Walgrave, en cambio, la definen como "toda acción orientada principalmente a hacer justicia a través de la restauración o reparación del daño causado por el delito"[355].

En ese mismo sentido, Daniel W. Van Ness y Karen Heetderks Strong, la definen en base a los procesos y resultados restaurativos, distinguiendo entre cuatro valores, "el primero es el encuentro entre las partes y su comunidad de cuidado, que promueve una narrativa común de las partes, permitiéndoles mostrar sus emociones, para facilitar el entendimiento mutuo. El segundo es la reparación del daño causado a la víctima y después a la sociedad. El tercero es la reintegración, la cual se refiere tanto a la víctima como al autor del delito, persiguiendo que se inserten nuevamente como personas íntegras en la comunidad. Y por último está la participación, dada

---

[354] MARSHALL, T.; *Restorative Justice*, Overview, Nueva York, 1999, pp. 17 y ss.

[355] BAZEMORE, G. y WALGRAVE, L.; *Restorative Juvenile Justice*, l Willow Tree, Missouri, 1999, p. 48.

por la oportunidad que se otorga a las partes de involucrarse activamente en todas las etapas del proceso"[356].

Defiende González Ramírez que "entre los valores más preciados del sistema jurídico se encuentra el acceso a la justicia, un derecho protegido constitucionalmente al que debiera poder optar todo ser humano cualquiera que sea su condición[357].

Es por ello que, "la Justicia Restaurativa, incorporada de una manera paulatina, pero formal a una organización que respete los principios y cultura propia de cada rama del derecho y adecuando su implementación a las necesidades y costumbres particulares de cada comunidad, permite al derecho ofrecer una posibilidad real de solución a los conflictos jurídicos, colaborando a fortalecer el capital social, logrando que los ciudadanos aprendan a convivir en forma armónica con el conflicto y cuenten con herramientas para participar activa y colaborativamente en su solución"[358].

---

[356] VAN NESS, D. W. y STRONG, K. H.; *Restoring Justice*, Rústica, Buenos Aires, 2001, pp. 14 y ss.

[357] GONZÁLEZ RAMÍREZ, I.X.; "¿Es la justicia restaurativa un aporte a los valores del sistema jurídico?", en *Revista de Justicia Restaurativa*, Chile, 2012, p. 5.

[358] Ibídem, p. 5.

Afirma Silva Sánchez que el sistema litigioso como única forma de dar solución a los conflictos jurídicos, puede considerarse un fracaso[359].

Pues, esta afirmación se ve claramente reflejada en la aparición de nuevos fenómenos sociales como el derecho penal del enemigo, el derecho penal de autor y la expansión del derecho penal, en la que la comunidad exige al Estado otorgar mayor seguridad demandándole un más intenso control, lo que logra según, que esta ciencia se transforme en un mecanismo puramente simbólico[360]

En este sentido, "entre los valores más preciados del derecho se encuentra el acceso a la justicia, una facultad que está protegida constitucionalmente en forma universal, ya sea en forma expresa o implícita en todos los ordenamientos jurídicos del mundo"[361].

---

[359] SILVA SÁNCHEZ, J.M.; "Eficiencia y Derecho Penal", en *Anuario del Derecho Penal y Ciencias Penales*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1996, pp. 119-120.

[360] Ibídem, pp. 119-120.

[361] GONZÁLEZ RAMÍREZ, I.X.; "¿Es la justicia restaurativa un aporte a los valores del sistema jurídico?", cit., p. 5.

Esta facultad de justicia universal, “es la que da verdadero sentido a un sistema jurídico, dado que el fin último de estos es lograr que todas las personas puedan obtener justicia, no importando que régimen político inspire una organización social, ni qué tipo de justicia intentemos instaurar en la sociedad, la idea es que ésta pueda ser alcanzada por cualquier ser humano, no importando su condición”[362].

Por su parte, afirma Agustín Squella que, “la norma penal desde la perspectiva de la doctrina positivista, es la que posee más identidad con el concepto de norma, dado que la esencia de la norma jurídica es la aplicación de la coacción”[363].

Por eso, la regulación jurídica es distinta de la regulación moral; mientras que la moral es simple y prescribe una determinada conducta, la regulación jurídica es compleja y compuesta de dos normas[364].

---

[362] Ibídem, p. 5.

[363] SQUELLA, A.; *Filosofía del Derecho*, Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 2003, pp. 369-373.

[364] REYES SOTO, N.; *Apuntes de curso de Teoría del Derecho,* Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso, Chile, 2008, pp. 42-43.

Afirma González Ramírez que, “la norma jurídica, a diferencia de la moral, se dirige a dos sujetos; a aquel a quien se le impone el deber de conducta y al que se le impone el castigo por la contravención al deber”[365].

Reyes Soto por su parte afirma “la teoría jurídica tradicional ha valorado como relevante la norma primaria, sin embargo, Kelsen, afirmaba; que si suprimimos la norma secundaria queda una norma moral; en cambio, si suprimimos la primaria, la secundaria queda subsistente, pues expresa lo propio del derecho, que es la sanción”[366].

La justicia restaurativa viene representada como la justicia que se ocupa de reparar la lesión originada por el delito. En este punto, se pretende intervenir entre la víctima y el victimizador con el objetivo de alcanzar una respuesta válida para la víctima vea

[365] GONZÁLEZ RAMÍREZ, I.X.; “¿Es la justicia restaurativa un aporte a los valores del sistema jurídico?”, cit., p. 7.

[366] REYES SOTO, N.; *Apuntes de curso de Teoría del Derecho*, cit., p. 44.

resarcido el daño que se le ha causado, puesto que no siempre la aplicación de la norma jurídica resarce el daño de la misma.

En este punto, resulta destacable, el objetivo de la justicia restaurativa, en tanto en cuanto, tiene como objetivo asumir conciencia del infractor del daño causado a la víctima.

Es decir, "intenta concienciar al infractor del daño que representa su comportamiento desviado"[367]. Resulta destacable, el protagonismo que adquiere la naturaleza de la víctima como sujeto pasivo de la acción criminal.

La justicia restaurativa, por tanto, "constituye un proceso diseñado para desarrollar consenso entre los diferentes miembros de una comunidad acerca de un plan de sentencia que contemple las inquietudes de todos los interesados"[368].

---

[367] SUBIJANA ZUNZUNEGUI, B.; "Las víctimas en el sistema penal. En especial, la Justicia Restaurativa" en VV.AA., *Panorama actual y perspectivas de la victimología*, CGPJ, Madrid, 2008, pp. 234-235.

[368] PIÑEYROA SIERRA, VALIMAÑA TORRES y MARTÍNEZ DE ALBORNOZ; *El valor de la palabra que nos humaniza. Seis años de justicia restaurativa en Aragón,* Hablamos, Zaragoza, 2011, p. 29.

La finalidad y la celeridad del proceso hace que "pueda considerarse uno de los medios más acordes a la realidad y necesidades de las personas de acceder a la justicia, un proceso más apropiado al que ofrecen hoy los sistemas tradicionales y posiblemente más cercano a la cultura y costumbres particulares de cada comunidad"[369].

Mientras que, "el derecho está inspirado principalmente en la justicia distributiva y retributiva. Su aplicación en un procedimiento que debe ser selectivo necesariamente, deja muchos conflictos sin resolver, y aquellos resueltos, no siempre lo son de una forma satisfactoria para los ciudadanos, especialmente por la falta de participación colaborativa de las partes en su proceso de resolución, no logrando cumplir con las expectativas y necesidades de justicia de las personas"[370].

Por su parte, Herbert Hart niega la afirmación de que "las leyes son órdenes coercitivas respaldadas por amenazas, ya que las

[369] GONZÁLEZ RAMÍREZ, I.X.; "¿Es la justicia restaurativa un aporte a los valores del sistema jurídico?", cit., p. 5.

[370] Ibídem, p. 5.

órdenes no se aplican a quienes las sancionan como ocurre con el derecho, por esto él habla de reglas"[371].

3.2. Aplicación de la Justicia Restaurativa

Una nueva visión de las posibilidades de la aplicación de la Justicia Restaurativa en el derecho, es la que afirma John Rawls, cuando defiende que "la justicia como equidad, contraria a la fuerza, como un trato entre personas que cooperan y se comprometen unas con otras, reconociéndose como seres iguales. Equidad, concebida como una virtud de instituciones sociales, que denomina prácticas, que dice relación con el debido trato entre personas, que están cooperando o compitiendo unas con otras. Teoría, que parece contraria al utilitarismo clásico, en el que por razones utilitaristas

[371] HART, H.L.A.; *El concepto de Derecho*, (traducción de Genaro y Carrio), Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1961, pp. 45 y ss.

justificaríamos situaciones ofensivas para nuestro sentido de justicia"[372].

Por su parte, González Ramírez afirma que, "la Justicia Retributiva, se basa en cambio, en la teoría que sostiene que el castigo proporcionado es una respuesta moralmente aceptable al delito, independientemente de que este castigo produzca o no beneficios tangibles"[373].

Así defiende que, "la cuestión de la equidad es fundamental para la justicia, surge cuando personas que carecen de poder o autoridad unas respecto a las otras, se embarcan en una actividad conjunta y establecen entre ellas las reglas que definen la actividad, determinando las cuotas de beneficios y cargas"[374].

Por eso, "una práctica parecerá equitativa para las partes, si ninguna de ellas siente que por su participación está sacando

---

[372] RAWLS, J.; "Justicia como equidad*",* en *Revista española de control externo*, Vol. 5, número 13, Madrid, 2003, pp. 129-142.

[373] GONZÁLEZ RAMÍREZ, I.X.; "¿Es la justicia restaurativa un aporte a los valores del sistema jurídico?", cit., p. 14.

[374] RAWLS, J.; *La justicia como equidad: una reformulación*, Erin Nelly, (traducción de Francisco de Andrés), Paidós, 2002, Barcelona, pp. 42-49.

ventaja o está siendo forzado a ceder ante pretensiones que no considera legítimas. Las personas embarcadas en una práctica justa o equitativa, pueden mirarse una a la otra y defender sus respectivas posiciones por referencia a principios que es razonable entender que cada uno acepte"[375].

Afirma por su parte, González Ramírez que "existen dos clases de justicia retributiva, la versión clásica, que afirma que el castigo debe ser proporcional a la cantidad del daño causado por la ofensa, y una versión más reciente, que afirma que la cantidad de castigo debe ser proporcional a la cantidad de ventaja injusta obtenida por el criminal"[376].

Por su parte, Jacqueline Martín defiende que ya Kant concibió la retribución como un principio jurídico cuando afirmaba "el castigo judicial no puede nunca ser usado como mero medio para promover otro bien, ya sea en favor del criminal mismo o de la sociedad civil,

[375] Ibídem, pp. 42-48.

[376] GONZÁLEZ RAMÍREZ, I.X.; "¿Es la justicia restaurativa un aporte a los valores del sistema jurídico?", cit., p. 14.

sino que debe imponérsele bajo el sustento de que se ha cometido un crimen"[377].

Afirma Muñoz Ramírez que "en la reparación propuesta por el sistema restaurativo encontramos también, uno de los fines tradicionales del derecho, el fin reeducativo y rehabilitativo[378].

Porque "la posibilidad de reparación constituye un estímulo para la denuncia de las transgresiones al Derecho, y segundo, porque al no ser fijada por el juez la reparación, da cabida a la dimensión humana de las personas, lo que propicia un efecto educativo al autor que se responsabiliza, previa depuración de las inferencias auto-exculpatorias, que le permiten recordar el hecho delictivo en contraposición a la pena, la cual simboliza un medio de saldar una abstracta deuda con el Estado"[379].

---

[377] MARTIN, J.; *The English Legal System*, Hodder Arnold, Londres, Inglaterra, 2005, p. 174.

[378] MUÑOZ RAMÍREZ, E.; *La Reincidencia en el Derecho Penal*, pp. 7-8.

[379] Ibídem, pp. 7-8.

3.3. La Detención Restaurativa

Teniendo en cuenta que aquí la expresión detención confiere a la prisión preventiva y punitiva un amplio espectro asimilador, "la experiencia de Bélgica y su concepto de "Detención Restaurativa" es, posiblemente el intento más completo de incorporar los principios de la Justicia Restaurativa al ámbito penitenciario[380].

En este sentido, Zehr define a la justicia restaurativa, y defiende que la misma es "un proceso dirigido a involucrar, dentro de lo posible, a todos los que tengan un interés en una ofensa particular, e identificar y atender colectivamente los daños, necesidades y obligaciones derivados de dicha ofensa, con el propósito de sanar y enmendar los daños de la mejor manera posible"[381].

---

[380] PETERS, T., AERTSEN, I., LAUWAERT, K. and ROBERT, L.; "From Community Sanctions to Restorative Justice: The Belgian Example Report", UNAFEI, en *Annual Report for 2002 and Resource Material,* Series No. 61, Bélgica, 2003, pp. 180-182.

[381] ZEHR, H.; *The little book of restorative justice*, Good Books, Estados Unidos, 2002, p. 13.

Como respuesta a esta idea, “en 1998 se puso en práctica un programa piloto de justicia restaurativa en 6 prisiones belgas, que surgía de una dilatada experiencia investigadora por parte de la Universidad Católica de Lovaina, centrada desde hace décadas en los estudios sobre victimología, por un lado, y los sistemas punitivos, por el otro”[382].

Así, “de la unión de ambos enfoques surgió la idea de las “prisiones restaurativas”. Los estudios sobre las víctimas les permitieron descubrir la poca atención que el sistema penal confiere a sus necesidades y los estudios sobre los sistemas punitivos indagaron sobre el excesivo uso de la pena de prisión en la mayor parte de los países desarrollados, pese a sus reconocidas limitaciones a la hora de cumplir con las funciones rehabilitadoras que se le exigen”[383].

Para el grupo de investigación de Lovaina era necesario “un enfoque integral que tuviera en cuenta a la víctima, al ofensor u ofensora y a la sociedad. Bajo este enfoque (el enfoque

---

[382] PETERS, T., AERTSEN, I., LAUWAERT, K. y ROBERT, L.; “From Community Sanctions to Restorative Justice: The Belgian Example Report”, cit., pp. 182-184.

[383] Ibídem, pp. 184-189.

restaurativo)”[384], la prisión debe ser el último recurso pero, claro, “cuando el encarcelamiento sea inevitable, deben seguir poniéndose los medios para que la víctima, la persona encarcelada y el contexto social que les rodea, puedan buscar una manera constructiva de resolver su problema. En otras palabras, la justicia restaurativa no puede quedar fuera de los muros de la prisión”[385].

Por su parte, Ollero Perán afirma que “además de esta importante labor académica, otra de las claves del éxito del programa fue un clima político favorable hacia las cuestiones restaurativas, debido al creciente interés en las necesidades de las víctimas que fue calando en la legislación belga desde mediados de los años 90, en parte a raíz del incidente Dutroux”[386].

Por lo que, “con este fértil caldo de cultivo, los investigadores e investigadoras de la Universidad Católica de Lovaina llevaron a cabo un proceso de investigación acción, centrado en cuatro focos

---

[384] Ibídem, pp. 189-201.

[385] Ibídem, pp. 201-211.

[386] OLLERO PERÁN, J.; “Menos prisión más justicia restaurativa: estableciendo las prioridades en el debate”, en *Revista Enlace, Penal y Penitenciario*, Sevilla, 2013, pp.10-11.

de interés, que trataba de lograr que la cultura restaurativa impregnara el entramado penitenciario"[387].

En este sentido, "el propósito central del proyecto era encontrar la manera de que las instituciones penitenciarias contribuyeran a lograr una administración de justicia penal más justa y equilibrada para las víctimas, las personas ofensoras y la sociedad. Para ello, desarrollaron las siguientes actuaciones, la formación del funcionariado de prisiones, la formación de las personas internas, la implicación de la sociedad civil y la reparación del daño causado"[388].

Hulman por su parte, efectúa un retrato genuino sobre esa situación al describir que "la víctima no puede detener la 'acción pública' una vez que ésta se 'ha puesto en movimiento', le está vedado ofrecer o aceptar un procedimiento de conciliación que podrá asegurarle una reparación aceptable o, lo que es a veces más importante, darle la ocasión de comprender lo que ha pasado realmente y asimilarlo; ella no participa en absoluto en la búsqueda

[387] Ibídem, p. 10.

[388] Ibídem, p. 11.

de las medidas que se adoptarán contra el 'autor'; ignora lo que sucederá a este último durante el tiempo en prisión; no sabe en qué condiciones va a poder sobrevivir su familia; no tiene ninguna idea acerca de las consecuencias reales del hecho en la vida de ese hombre, de la experiencia, tan negativa, que va a tener en prisión; ignora, asimismo, el rechazo que deberá afrontar a su salida. A menudo la víctima desearía un cara a cara liberador. Incluso la víctima de violencia quisiera tener a veces la ocasión de hablar con su agresor. Quisiera comprender sus motivos, saber por qué es ella quien ha sido atacada. Pero él está en prisión y el cara a cara es imposible"[389].

Como resultado de esos trabajos en prisión, "los investigadores entendieron que la formación del personal que pasaba más tiempo con las personas internas era vital para alcanzar el objetivo de trasladar la cultura restaurativa a la prisión.

Por ello, realizaron una serie de actos informativos sobre conceptos tales como la victimización y la justicia restaurativa, así

[389] HULSMAN, L. y BERNAT DE CELIS, J.; *Sistema penal y seguridad ciudadana*, Ariel, Barcelona, 1984, p. 71

como sobre la importancia de mantener una actitud de respeto y consideración hacia las personas internas"[390].

Por ello, "también se mantuvieron sesiones formativas con los equipos psicológicos y trabajadores/as sociales para hacerles ver la importancia de trabajar con las personas internas la reparación del daño causado, como paso necesario para su reinserción. Una segunda fase del proyecto se centró en intervenir con las personas internas con el objetivo principal de que entendieran la trascendencia de tomar responsabilidad por los hechos cometidos y de que desarrollaran empatía hacia las víctimas"[391].

Pero, "para no caer en la mera moralización, también se les invitó a reflexionar sobre su propia victimización y a decidir maneras constructivas de superar su pasado. Para ello, se utilizaron diversas técnicas como juegos de rol, cine forums, debates, lectura de prensa, e incluso se posibilitó que escribieran una carta a la víctima. Según los autores y autoras del proyecto, para que las prisiones restaurativas funcionen, es necesario que la sociedad civil participe

[390] OLLERO PERÁN, J.; "Menos prisión más justicia restaurativa: estableciendo las prioridades en el debate", cit., p. 11.

[391] Ibídem, p. 11.

en ellas. Es necesario que la comunidad entienda lo que pasa dentro de una prisión y cómo allí se está trabajando por el bien de la víctima y del resto de la sociedad"[392].

[392] Ibídem, p. 11.

CAPÍTULO CUARTO

CONFIGURACIÓN ÉTICA DE LA DEFENSA TÉCNICA

1. La deontología del Abogado

1.1. Planteamiento

La abogacía está considerada como una de las profesiones más pretéritas y necesarias desde que el hombre vive en sociedad. En sus orígenes, su función era de interlocutor entre el pueblo y el poder. La figura del abogado no siempre ha sido reconocida como algo necesario hasta que los sujetos como destinatarios de cumplir con las normas, reconocieron la necesidad de un interlocutor que

invocara sus derechos frente a quien detentaba el poder (ad vocatum, el que invoca, el que pide).

El mundo de la abogacía ha sufrido considerables transformaciones. En este sentido, podemos hacer referencia el modelo español. De hecho, se ha proyectado inclusive en los planes de estudio que dan acceso a la profesión, conforme a la adaptación del Espacio Europeo de Educación Superior (EEES)[393].

La profesión de abogado constituye una pieza clave en el funcionamiento de la Administración de Justicia. Su principal cometido es la defensa de los intereses de los ciudadanos frente a las posibles injerencias, tanto por parte de la Administración o bien, los conflictos personales que se le puedan presentar en su vida cotidiana.

[393] Ley 34/2006 de 30 de octubre, sobre el acceso a las profesiones de abogado y procurador de los Tribunales. La Unión Europea camina hacia una mayor integración y se hace imprescindible la homologación de estas profesiones jurídicas, en orden a garantizar la fluidez en la circulación y establecimiento de profesionales, uno de los pilares del mercado único que constituye base esencial de la Unión Europea.

El interés público del abogado, viene contemplado en el artículo 1 del Estatuto General de la Abogacía Española, donde se reconoce que la abogacía es “una profesión libre e independiente que presta un servicio a la sociedad en interés público y que se ejerce en régimen de libre y leal competencia, por medio del consejo y la defensa de los derechos e intereses públicos o privados, mediante la aplicación de la ciencia y la técnica jurídica, en orden a la concordia, a la efectividad de los derechos y libertades fundamentales y a la justicia”. Se desprende del contenido de este artículo, que la figura del abogado, como profesional del derecho, tiene como objetivo la búsqueda y la realización de la justicia, de ahí, que se defienda que la función de la abogacía no es más que la fórmula de contribuir a la aplicación más justa del derecho.

La abogacía es una de las profesiones que trabajan con bienes inherentes a la persona y por ello, necesitan de una especial atención por parte de los Estados para evitar por un lado, que esos bienes puedan ser lesionados y por otro lado, que los ciudadanos como destinatarios directos del sistema de la Administración de

Justicia, pierdan su credibilidad y confianza en el sistema de justicia.

En este sentido, los Colegios Profesionales se convierten en protectores para garantizar las posibles injerencias que se produzcan por parte de los profesionales del derecho en el ejercicio de sus propias competencias.

1.2. La responsabilidad social del abogado

En la instauración de las normas deontológicas se otorga una gran importancia al valor que debe asumir la confianza, de hecho, el Código Deontológico de los abogados de la Unión Europea, establece la confianza como uno de los Principios Generales de la Abogacía, afirmando que las relaciones de confianza no pueden existir si existe alguna duda sobre la honestidad, la probidad, la rectitud o la sinceridad del Abogado. En definitiva, estas virtudes tradicionales constituyen obligaciones profesionales.

En los últimos años se vislumbrado la necesidad de un código deontológico que pueda responder en aras de garantizar un comportamiento diligente en las diferentes profesiones. En la figura del abogado, no iba a ser menos y es precisamente por ello, que en la formación del jurista debe estar presente el estudio y conocimiento en Deontología y Ética profesional. En este sentido, resulta del todo necesario que los profesionales del derecho en general y en particular los abogados, sean conscientes de las obligaciones a las que se deben, así como las funciones de su profesión.

El Código Deontológico de los abogados se presenta como una herramienta garantista. Los principios deontológicos garantizan, en este sentido, las obligaciones que debe cumplir el abogado. Resultan destacables, en este sentido, la lealtad, la competencia, la independencia, la libertad o confidencialidad, y para su garantía y eficacia cuentan con un conjunto de normas de obligado cumplimiento que tienen como destinatarios los abogados a la hora de llevar su propia actividad profesional.

La consideración que se asume en torno a la figura del abogado, no sólo se proyecta en la idea que concibe al abogado

como operador jurídico, sino se reconoce al abogado como un especialista en derecho, cuyos conocimientos se canalizan con un único objetivo, garantizar los legítimos intereses y derechos del justiciable, estando sometidos rigurosamente al principio de confianza, de responsabilidad, de diligencia y de competencia.

Precisamente por ello, el matiz que asume el abogado como operador jurídico y servidor de la justicia se cristaliza en la obligación de salvaguardar y tutelar los derechos en general y muy en particular deberá velar por las garantías del detenido.

En este punto, se pretende esclarecer la importancia de la Deontología, la ética y la moral en la actividad profesional del abogado.

La Deontología Jurídica se presenta como la ciencia del deber, tiene como función principal regular el ejercicio del abogado en su actividad profesional, tanto en el ámbito individual como en el ámbito social. En este sentido, los Códigos Deontológicos constituyen una fuente reglada para los operadores jurídicos, sin olvidar claro está, el papel que asume la moral y la ética en el ejercicio de sus funciones.

La moral por tanto, viene entendida como la ciencia del proceder, de las costumbres y lo vivido por el hombre[394]. Se desprende por tanto de esta concepción, que cualquier acción tienden a guiarlos comportamientos reiterados conformándose como hábitos o costumbres. De tal forma, Torre Díaz entienden que la moral es "un conjunto de principios, preceptos, mandatos, prohibiciones, permisos, patrones de conducta, valores e ideales de vida buena que en su conjunto conforman un sistema más o menos coherente, propio de un colectivo concreto en una determinada época histórica… la moral es un sistema de contenidos que refleja una determinada forma de vida"[395].

Por su parte, la ética como ciencia se la reconoce como la ciencia que revela las cosas por sus causas.

---

[394] TORRE DÍAZ, F.J.; *Ética y Deontología Jurídica*, Madrid, 2000, p. 72.

[395] Ibídem, p. 72.

Según el origen etimológico de la palabra ética, "la misma proviene del griego éthos (morada) o éthos (hábitos, costumbres). Tiene o representa un contenido más neutro que moral"[396].

Así viene entendida con autores como Sáenz, cuando específica en su obra que "no se trata aquí de emitir una opinión más acerca de lo bueno o lo malo; se trata de emitir juicios sobre la bondad o maldad moral de algo, pero dando siempre la causa o razón de dicho juicio"[397].

La ética pues, viene razonada como una ciencia normativa, en tanto y cuanto proporciona en mayor o menor medida a ofrecer pautas de comportamientos.

En este sentido, se pronuncia Gutiérrez Sáenz cuando afirma que "la ética es una ciencia que estudia lo normal de derecho, lo que debe realizarse, la conducta que debería tener la gente, lo que es correcto en determinadas circunstancias. La 'mordida', el

---

[396] DESCLOS, J.; "Una moral para la vida", en *Curso de Ética Profesional Jurídica*, Esfinge, San José, 2005, p. 395.

[397] GUTIÉRREZ SÁENZ, R.; "Introducción a la Ética", en *Curso de Ética Profesional Jurídica*, Esfinge, San José, 2005, p. 29.

‘chanchullo’, el fanatismo religioso, son normales de hecho en ciertos ambientes; pero no son lo normal de derecho. La razón estudiará en cada caso y justificará lo normadle derecho”[398].

El contenido del Código Deontológico de la Abogacía en todos los países, se muestra como un código de principios que permiten establecer entre el abogado y el justiciable una relación de mayor confianza y seguridad.

Son muchos los principios rectores que rigen la Deontología Jurídica en la profesión de abogado. Entre los más destacables, se encuentran, el secreto profesional, la independencia, la libertad de defensa, la competencia, confianza e integridad entre otros.

Con referencia al ejercicio de la abogacía en España, hasta la entrada en vigor de la Ley 34/2006 el 30 de octubre de 2011 solo era requisito el título de licenciado en Derecho y la incorporación a un Colegio de Abogados, el requisito de colegiación se produce por imperativo del Real Decreto 658/2001 de 22 de junio desarrollado por el Estatuto General de la Abogacía (Estatuto General de la Abogacía, en adelante EGA).

[398] Ibídem, p. 33.

Ya el propio estatuto se preocupa en reconocer una serie de requisitos para poder colegiarse, entre los que se destaca, tener nacionalidad española o de algún estado miembro de la Unión o Acuerdos Internacionales.

En cuanto a la inscripción resulta destacable la consideración de que cualquier sujeto que cumpla los requisitos pueda optar, puesto que es libre y no podrá estar condicionado por número limitado de miembros ni cerrarse la inscripción temporal.

Además del requisito de nacionalidad, nos encontramos con la exigencia de ser mayor de edad, no estar incurso en causa penal, ni de incompatibilidades, así como estar en posesión del título exigido (licenciado en derecho), en la actualidad de la Titulación de Grado en Derecho.

Con la homogenización de las titulaciones en el Espacio de la Unión, conocido como el Proyecto Bolonia, surge la necesidad de hacerse preguntas al respecto. Por un lado, el planteamiento sobre la conveniencia política y económica de su implantación, por otro lado, el comprimir las materias de tal forma, que el estudio de las mismas en ningún caso, se llevan de manera pormenorizada, sino una síntesis de “ratio materiae” que necesariamente obligaran al

futuro jurista a completar su formación a través de masters y otra formación (con su correspondiente coste para el sujeto, que para llegar a completar un estudio medio, en puridad, prolongará sus estudios no solo en progresión, sino a lo largo de una década mínimo, todo ello con el coste económico consabido).

No hay unanimidad de pareceres a la hora de aceptar que finalizados los estudios en el Grado en Derecho, ya se goce de las facultades necesarias para asumir con competencia y diligencia la actividad profesional. Así lo defiende la profesora Santana cuando defiende que "desde un punto de vista real, sería incompatible con la ciencia jurídica ese pensamiento"[399]. El derecho como ciencia, se perfecciona además de con su uso, con la ampliación de conocimientos, también con la práctica en la adecuación de las normas, pues estas surgen de la necesidad de ordenar la colectividad y para garantizar la paz social. Por tanto, "es una realidad cambiante que habrá de completarse y adecuarse normativamente (los colegios de abogados, poseen aulas de

[399] SANTANA RAMOS, E.; "El abogado ante la ética y Deontología Jurídica" en *Abogacía y Derecho: Gestión de Conflicto,* ONBC, La Habana, 2014, p. 427.

formación continua y promueven este apartado por exigencia legal, en la actualidad)"[400].

Estos cambios legislativos, sin duda alguna, modifican la formación en cuanto a la obtención de la Titulación en Derecho así como la Colegiación de los profesionales.

2. El abogado como operador jurídico

2.1. Planteamiento

Para Weber, el abogado es un profesional que asume la dirección técnica en la preparación del procedimiento y la consecución de los medios de prueba[401].

---

[400] Ibídem, p. 427.

[401] WEBER, M.; *Economía y Sociedad*, Fondo de Cultura Económica, México, 1969, p. 58.

La abogacía es, dentro de las profesiones jurídicas, la que resulta más completa, ya que interviene tanto en la creación como en la aplicación de las normas.

En este sentido, el abogado como operador jurídico y servidor de la justicia, debe actuar en beneficio de la sociedad garantizando, en todo caso, la salvaguarda de los derechos que ostenta el justiciable a través de un juicio que resulte lo más justo posible.

El abogado como servidor y participante del proceso de impartición de la justicia, debe en todo caso, lograr la mejor defensa de su cliente. Esta consideración, viene reforzada cuando el constituyente español garantiza a través del artículo 24.1 de la Constitución española que “1.Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.

2. Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no

declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia. La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos"[402].

Se deduce por todo ello que, la tutela de los derechos del justiciable se ven del todo garantizados en un Estado Social y Democrático de Derecho.

El abogado se visiona, en este sentido, como una herramienta que garantiza un efectivo ejercicio de tutela ante el derecho de defensa, no sólo salvaguardándolas garantías sobre las infracciones que podrían llevarse a cabo por parte de los órganos jurisdiccionales, sino que también defendiendo la prohibición de ilegítimas privaciones o limitaciones de los medios de defensa que podrían producirse en el seno de un proceso.

El derecho a la defensa se presenta por tanto como un derecho de carácter prestacional que se ejerce a través de los cauces procesales correspondientes.

[402] Constitución Española de 1978.

Autores como Peces Barba defiende que el operador jurídico se proyecta sobre las personas que se dedican a actuar dentro del ámbito del Derecho con una habitualidad profesional, sea como aplicadores del Derecho pero también como creadores, intérpretes o consultores del mismo[403].

Por tanto, la figura del abogado se presenta como un operador jurídico, ya que atendiendo a su capacidad interpretativa del derecho y servidor público puede, bien ejercer sus funciones como consultor, bien como litigante entre otras actividades.

Son numerosas las definiciones que se han utilizado para contextualizar al abogado. En este sentido, no resulta extraño que algunos autores lo consideren no como operador jurídico, sino como un auténtico jurista de la profesión del derecho.

[403] PECES BARBA, G.; "Los operadores jurídicos", en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid,* núm. 72, Madrid, 1986-1987, p. 448.

En cuanto a la conceptualización de las profesiones, éstas vienen entendidas como "grupos que aplican su especial conocimiento al servicio del cliente"[404].

Autores como Lega, la reconocen como "el ejercicio habitual y continuado de una actividad laboral desarrollada con la finalidad de sustentarse"[405].

Para Gálvez Montes la profesión no es más que el "ejercicio continuado de una actividad humana que tiene por objeto efectuar determinado trabajo"[406].

No en pocas ocasiones, la figura del abogado se presenta como un profesional liberal. Ahora bien, se debe partir de la consideración que dentro del ámbito de lo jurídico los operadores jurídicos, incluidos los abogados están disciplinados conforme a las directrices que establezca el Estado.

---

[404] SAVAN, B; "Beyond Professional Ethics: Issues and Agendas", en *Journal of Business Ethics* 8, Virginia, 1989, p. 179.

[405] LEGA, C.; *Deontología de la profesión de abogado,* Civitas, Madrid, 1976, p. 24.

[406] GÁLVEZ MONTES, J; *La organización de las profesiones tituladas,* Consejo de Estado y BOE, Madrid, 2002, p. 27.

Autores como el profesor Hierro, insiste en la idea de no confundir una profesión liberal del concepto profesión[407]. Defiende en este sentido que "el concepto de profesión es problemático, existiendo múltiples dificultades para afirmar cuáles son las características que lo diferencian del resto de ocupaciones"[408].

En esa línea, mantiene que el término profesión asume "un concepto más amplio que el de profesional liberal pues puede estar sometido a distintas jerarquías, pero también es un concepto más restringido que el de oficio remunerado"[409]. Con lo cual, entre los requisitos exigibles en cualquier profesión, se requiere un conocimiento especializado en una materia específica y en el caso que nos ocupa esta exigencia de Intelectualidad se plasma en el dominio de la Ciencia Jurídica.

Por otro lado, la confianza se sitúa en el binomio abogado cliente como "conditio sine qua non".

---

[407] HIERRO SANCHEZ-PESCADOR, L.; "Las profesiones jurídicas: Una visión de conjunto", en *Sistema,* núm. 137, Madrid, 1997, p. 29.

[408] Ibídem, p. 30.

[409] Ibídem, p. 31.

Así viene reconocida por el Código Deontológico cuando defiende que un pilar básico en la del abogado como operador jurídico es el honor ya dignidad en el ejercicio de su profesión. De hecho, esta asunción viene reconocida por el Código Deontológico de los Abogados de la Unión Europea, reconociendo a la confianza como uno de los principios generales en el ejercicio de la profesión del operador jurídico. Resaltando de hecho que, las relaciones de confianza no pueden existir si hubiera alguna duda en contrario.

En esta misma línea, la Declaración de Perugia reconoce que en el ejercicio de su actividad, el abogado como operador jurídico, debe garantizar en todo caso la confianza del justiciable. Obligando así, al código deontológico el fundamento necesario de garantizar la confianza.

Esta preocupación se ha trasladado también al Código Deontológico de la Abogacía Española cuando en su artículo 4 contempla que "**1.** La relación entre el cliente y su abogado se fundamenta en la confianza y exige de éste una conducta profesional íntegra, que sea honrada, leal, veraz y diligente.

2. El abogado, está obligado a no defraudar la confianza de su cliente y a no defender intereses en conflicto con los de aquél.

3. En los casos de ejercicio colectivo de la abogacía o en colaboración con otros profesionales, el abogado tendrá el derecho y la obligación de rechazar cualquier intervención que pueda resultar contraria a dichos principios de confianza e integridad o implicar conflicto de intereses con clientes de otros miembros del colectivo"[410].

Son muchos los autores que tratan la confianza desde un punto de vista moral, caracterizando notas positivas sobre la misma.

No obstante, autores como Hardin entienden que "independientemente de si existe alguna componente moral en el hecho de ser o no digno de confianza, la confianza podría ser completamente explicable como una capacidad o como un producto de la expectación racional, sin ningún residuo moral"[411].

---

[410] Código Deontológico de la Abogacía española, aprobado en el Pleno de 27 de noviembre de 2002, adaptado al nuevo Estatuto General de la Abogacía Española, aprobado por Real Decreto 658/2001, de 22 de junio.

[411] HARDIN, R.; "Trust and trustworthiness*",* Russell Sage Foundation, en Ethics, vol. 107, nº 1, 1996, p. 27.

Para Herrero la importancia de la confianza viene entendida como “una expectativa o creencia acerca de las estrategias de los otros actores”[412].

No cabe duda, que el interés que despierta todo lo relacionado con la confianza en el operador jurídico tiene su razón de ser. Ello se produce, lógicamente, por la específica observancia del justiciable frente al operador jurídico.

Un claro ejemplo se resumiría en los supuestos hipotéticos de un menor con respecto a sus progenitores o de quien dependa su tutela. La confianza es uno de los valores que se deben asumir con responsabilidad de quien sus garantías dependan de otro. Evidentemente estas hipotéticas situaciones que hemos planteado, se asimilan a la confianza que se deposita en el operador jurídico,

---

[412] HERREROS, F. y CRIADO, H.; “El problema de la formación del capital social. Estado, asociaciones voluntarias y confianza generalizada”, en *Capital Social*, Zona Abierta 94/95, Salamanca, 2001, p. 205.

donde el ciudadano deposita sus legítimos intereses en la confianza que su abogado lo represente con la debida diligencia[413].

Cobra todo su sentido, cuando se trata de la especial dependencia que tiene cualquier ciudadano con respecto a su abogado.

2.2. Exigencias éticas y deontología profesional del abogado

2.2.1. Consideraciones generales

Tanto la ética como la deontología asumen una importancia vital dentro de la profesión de los operadores jurídicos en general y muy en particular en la función del abogado. En el caso que nos ocupa, cobra todo su sentido, cuando las garantías del detenido

[413] PELLEGRINO, E. D.; *Ethics, Trust and the professions. Philosophical and Cultural Aspects,* Georgetown University Press, Washington D.C., 1991, p. 69.

quedan sujetas a la profesionalidad del abogado como servidor de la justicia.

Desde este punto de vista, la ética y la deontología están presentes en la profesión o la institucionalización del ejercicio profesional.

La necesidad de unas normas deontológicas ha sido una de las preocupaciones más relevantes dentro del ámbito del Derecho y de la Filosofía. A la deontología profesional se le suele atribuir un espacio intermedio entre el Derecho y la Moral[414].

En este sentido, resulta del todo necesario realizar un análisis sobre la importancia que asumen las normas deontológicas y la necesidad de que resulten requerimientos exigibles a los operadores jurídicos. Es decir, de lo que se trata es de asumir la necesidad de establecer herramientas que posibiliten el cumplimiento de las normas derivadas de los códigos deontológicos. Precisamente por ello, resulta necesario que a pesar de la posición que puedan ocupar las normas deontológicas entre el

[414] RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J.; "Cuestiones deontológicas en torno al trabajo en la Administración Pública", en *Ética de las profesiones jurídicas,* Universidad de San Antonio, Murcia, 2003, pp. 665.

derecho y la moral, hay que tener en consideración la eficacia de las mismas. Indiscutiblemente, cuando estas reglas se positivizan, establecen una serie de principios y deberes profesionales cuya inobservancia lleva implícita una sanción para los transgresores de la misma, ya que, en todo caso, están sometidos al ámbito del derecho. Estas normas deontológicas, sea cual fuere su origen[415].

Precisamente por ello, los Colegios profesionales deberán tomar como punto de partida a la deontología, puesto que la proyección de sus actitudes profesionales resulta sumamente importante. Es esa importancia, la que revela que el contenido de las mismas resulte de obligado cumplimiento.

En este sentido, resulta dificultoso realizar una clasificación en torno a los criterios que asumen los códigos deontológicos, porque como en el modelo español, no existe un modelo unívoco de criterios, sino que por el contrario existe una variable de deberes, virtudes o principios que inspiran la naturaleza del mismo.

---

[415] Ibídem, p. 667.

Sin embargo, cuando se hace referencia a las normas deontológicas tenemos como denominador común que todas tienen como objetivo la de poner en conocimiento cómo deben llevarse a cabo las relaciones de los abogados con el justiciable y con la Administración de Justicia, entre otros[416].

La importancia que asumen las Comisiones Deontológicas en el ámbito jurídico, han hecho necesario su vinculación a los miembros que conforman la junta de gobierno que deben, en todo caso, garantizar que esas normas profesionales resulten leyes que sean de obligado cumplimiento a todos por igual.

Es precisamente por ello, que se parte de la idea que cualquier organización preserve y garantice dentro del ejercicio de la profesión a la deontología como base inexcusable sobre lo que resulta bueno éticamente dentro del ejercicio profesional. Para ello, se sirve de los propios límites que impiden el ejercicio abusivo o antisocial, que dentro del quehacer profesional, sirven como garantías de tutela en el justiciable.

---

[416] CARNICER DÍEZ, C.; "Normas Deontológicas" en *Comentarios al Estatuto General de la Abogacía Española,* Thomson-Civitas, Madrid, 2003, p. 191.

2.2.2. El abogado ante la Deontología Jurídica

La Deontología Jurídica se percibe como un conjunto de reglas del deber y tiene como objetivo regular el comportamiento correcto del abogado como operador jurídico. Todo ello se hace posible a través de los llamados Códigos Deontológicos.

En el caso que nos ocupa, el abogado como operador jurídico, se percibe como un profesional que tiene como objetivo la tutela y salvaguarda de los derechos del justiciable. En este sentido, los Códigos Deontológicos se presentan como un cuerpo normativo que regula la actividad de los operadores jurídicos que guardan una relación lógica con la moral y la ética. La deontología por lo tanto, viene entendida como la ética profesional que debe imperar en cualquier profesión y más aún cuando se trata de salvaguardar derechos fundamentales.

En este mismo sentido, hay que señalar las cuestiones que se derivan de su relación lógica con la moral en el ámbito normativo de

los códigos deontológicos. Un breve cuestionamiento al respecto, pone de manifiesto un debate tradicional por parte de los estudiosos del Derecho.

El planteamiento se produce cuando hay que responder a si la inmoralidad de un acto constituye una razón para que el derecho interfiera en él[417] o si por el contrario una actitud considerada inmoral es causa determinante para que deba ser considerada como una trasgresión al derecho y por tanto susceptible de ser sancionada[418].

La deontología responde a este planteamiento, atendiendo a la validez de los códigos, así como sus objetivos. Es decir, si tienen que atender a los actos inmorales de los profesionales o no.

En este punto, Stuart Mill entiende que los comportamientos individuales siempre que no dañen a terceros, deben quedar dentro de la autonomía de la persona defendiendo en su obra que "nadie

---

[417] NINO, C. S.; *Ética y Derechos Humanos*. *Un ensayo de fundamentación*, cit., p. 202.

[418] COLOMER, J. L.; "Libertad individual y límites del derecho. El liberalismo y sus críticos", en *Estado, justicia, derechos, Alianza,* Madrid, 2002, p. 179.

puede ser obligado justificadamente a realizar o no realizar determinados actos, porque eso fuera mejor para él, porque le haría feliz, porque, en opinión de los demás, hacerlo sería más acertado o más justo"[419].

En el mismo sentido, se pronuncia el profesor Santiago Nino cuando afirma que "el principio que está en juego es lo que se denomina principio de autonomía de la persona, según el cual el Estado no debe interferir en la elección o adopción de ideales de excelencia humana, limitándose a diseñar instituciones que faciliten la persecución individual de esos planes de vida y la satisfacción de los ideales de virtud que cada uno sustente"[420].

El profesor Peces Barba por su parte, afirma que "la ética pública no puede establecer conductas, como obligaciones o

[419] MILL, J. S.*; Sobre la libertad*, (traducción de Natalia Rodríguez Salmones), Alianza, Madrid, 2004, p. 68.

[420] NINO, C. S.; *Ética y Derechos Humanos. Un ensayo de fundamentación,* cit.*,* p. 204.

deberes, directamente dirigidas a la salvación, al bien o a la virtud, es decir, no puede invadir los espacios de la ética privada"[421].

Por todo ello, resulta destacable lo contemplado por la Sentencia del Tribunal Constitucional 219/1989 de 21 de diciembre cuando establece que "en los códigos deontológicos, no puede dar cabida todo tipo de estándares y que determinados fines morales o de virtud no puedan ser perseguidos por ellos. Sólo aquéllos que puedan dañar a terceros y no aquéllos que se consideren inmorales, deben constar en estos Códigos"[422].

Resulta necesario que se analice la función del abogado con respecto a la Deontología y su Ética profesional. La respuesta del abogado en relación con su cliente debe ser de la máxima confianza. Resulta, por tanto, "conditio sine qua non" para que el encargo de servicio, como base contractual, sea efectiva y real.

---

[421] PECES BARBA, G., FERNÁNDEZ GARCÍA, E. y ASÍS ROIG, R.; *Curso de Teoría del Derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2000, pp. 84-85.

[422] Se desprende a tenor literal del contenido de la sentencia que los Códigos Deontológicos deben recoger principios y reglas, normas, en definitiva, que establezcan deberes, pero no virtudes privadas orientadas a adornar conductas.

Resultando además que el cliente es un consumidor y usuario de determinados servicios profesionales protegido por la ley.[423]

La importancia que asume la ética en el operador jurídico viene entendida por Javier de la Torre como "La deontología es la ética aplicada al mundo profesional concretada en unas normas y códigos de conducta exigibles a los profesionales, aprobados por el colectivo de profesionales, que enumera una serie de deberes y obligaciones mínimos para todos los profesionales con algunas consecuencias de carácter sancionador"[424].

Sánchez-Stewart por su parte, plantea de entrada que "la Deontología no es Filosofía, ni siquiera Filosofía del Derecho. Es derecho puro, inspirado, como en la mayor parte de las normas, en principios de contenido"[425]

---

[423] Regulado por Real Decreto Legislativo 1/2007 de 16 de noviembre que entró en vigor el 1 de diciembre de 2007.

[424] TORRE DÍAZ, F.J.; *Deontología de abogados, jueces y fiscales*, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 2008, p. 55.

[425] SÁNCHEZ-STEWART, N.; "La profesión de Abogado"*, en Deontología, Valores y Colegios de Abogados*, Difusión Jurídica, Madrid, 2008, p. 43.

Bradley Wendell ha sabido esclarecer con un brillante planteamiento como se puede entender la deontología. Así en su obra explica que “Hay básicamente dos maneras de entender la Deontología Jurídica. Una es mirar a los casos y las reglas que componen el Derecho que gobierna a los abogados para ver qué valores, políticas e ideales están incorporados en el Derecho. Es fascinante destapar estas políticas y ver cómo afecta al resultado de los casos. Clarificar estos valores subyacentes nos ayuda también a predecir los resultados cuando el Derecho es oscuro y a estar más cómodos en las inevitables ‘áreas grises’ del Derecho en las cuales las respuestas claras son escasas. En un sentido, entonces, la Deontología Jurídica es sólo un nombre para un sistema de argumentos de política que justifican las decisiones de los funcionarios al aplicar el Derecho de la abogacía. La segunda perspectiva que podemos adoptar sobre la Deontología Jurídica es situarnos fuera del Derecho completamente y preguntar si es correcto o incorrecto realizar alguna acción. Éste es el objeto de la disciplina académica ética, estudiada normalmente como una rama de la filosofía, pero que puede hallarse en la historia, la literatura, la

ciencia política, la teología, la sociología o en otros campos del saber"[426].

Por tanto, los tres sentidos que puede asumir la deontología desde una visión profesional, ética, corporativa o jurídica resultan del todo aceptables y compatibles. Podría tener utilidad una especialización terminológica por ejemplo, llamar "ética profesional" al enfoque ético, "deontología profesional" al enfoque corporativo y "regulación profesional" al enfoque jurídico"[427]

Como operador jurídico y garante de los derechos del detenido, el abogado podrá verse afectado por cualquiera de las reformas legislativas, así como los cambios políticos o sociales pueden afectar el ejercicio profesional del abogado. Resulta por ello imprescindible, definir los límites deontológicos en el ejercicio de su profesión.

---

[426] WENDEL, B.; *Professional responsibility: examples & explanations*, Aspen, New York, 2007, p. 3.

[427] RODRÍGUEZ-TOUBES MUÑIZ, J.; "Deontología de las profesiones jurídicas y derechos humanos" en *Revista Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, Número 20, La Rioja, 2010, p. 97.

De ahí, la importancia que asume la deontología en la figura del operador jurídico, como fiel defensor de la justicia y fiel defensor de los administrados. No debemos olvidar la importancia que asume la relación que asume la deontología en su relación con la función social que debe cumplir el abogado.

2.2.3. El abogado ante los Códigos Deontológicos

Son muchos los principios los que presiden en los Códigos Deontológicos. En este sentido, resultan destacables los principios como la justicia, la independencia profesional, la libertad profesional, la ciencia y conciencia, así como la probidad profesional.

El Código Deontológico de la Abogacía Española, en su Preámbulo, reconoce la función social de la Abogacía y exige establecer unas normas deontológicas para su ejercicio[428]. Como

[428] Código Deontológico de la Abogacía española. (Preámbulo). En este sentido, el Preámbulo manifiesta que muchos han sido los intereses confiados a la Abogacía, fundamentalmente los relacionados con la justicia humana.

toda norma, la deontología está inserta en el universo del derecho, regido por el principio de jerarquía normativa que exige además, claridad, adecuación y precisión dentro de una situación regulada.

El anterior Código Deontológico de la Abogacía Española[429] no define expresamente la figura del abogado, sin embargo el Código Deontológico de los Abogados de La Unión Europea, adoptado en la Sesión Plenaria del CCBE de 28 de octubre de 1998 y modificado en las Sesiones Plenarias de 28 de noviembre y de 6 de diciembre de 2002, si reconoce en el artículo 1.1 que el abogado debe "servir a los intereses de la justicia, así como los derechos y libertades que se le han confiado para defenderlos y hacerlos valer".

Muchas disciplinas teóricas se han preocupado sobre el papel que desempeña el abogado en particular y los profesionales jurídicos en general. En este sentido, la Filosofía del Derecho y la Teoría del Derecho han mostrado gran interés en responder a estas cuestiones, cuando se preguntan cuál es el objetivo que persigue la abogacía. Indiscutiblemente, la función de los operadores jurídicos,

[429] El anterior Código Deontológico de la Abogacía de 30 de junio de 1995 aprobado por la Asamblea de Decanos de Madrid, hoy derogado.

dependerá de las competencias reconocidas por el Sistema Jurídico[430].

En tiempos pasados, la figura del abogado se identificaba con el litigio[431], sin embargo, en la actualidad, las exigencias sociales se orientan hacia otro tipo de identificación, como puede ser el de la resolución de conflictos mediante el arbitraje y la mediación, despojando a los órganos judiciales del monopolio de la justicia. En muchas ocasiones el abogado se convierte en un asesor y consejero, dándole al cliente todos los detalles de los derechos y obligaciones que le afectan, valorando el alcance, posibilidades y costes del ejercicio del derecho por el justiciable, en función del sistema de resolución que elija para su conflicto y los costes añadidos que lleva aparejado un procedimiento tanto económicos como temporales. En definitiva, podríamos entender que dentro de

---

[430] ZAPATERO, V. y GARRIDO GÓMEZ, M.I.; *El derecho como proceso normativo lecciones de Teoría del Derecho,* Universidad de Alcalá, Alcalá de Henares, 2007, p. 21. En este sentido, se plantean las funciones que cumple el Derecho.

[431] AÑON ROIG, M.J.; "Derecho y Sociedad", en AA.VV., DE LUCAS, J. (coord.); *Introducción a la Teoría del Derecho*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1997, pp. 87 y ss.

las funciones del abogado están la del asesoramiento, la negociación, la mediación así como la defensa de intereses que le son encomendados, en función de la expectativa de su cliente y el procedimiento de resolución del conflicto por el que opte.

De hecho, en no pocas ocasiones, un conflicto se resuelve más rápido con otras metodologías jurídicas, como la mediación o el arbitraje[432], en las que el abogado constituye el elemento conciliador para defender los intereses del cliente, reafirmando la función esencial que ejerce el abogado en el orden social.

La organización social constituye una función principal del derecho, precisamente por ello, los profesionales del derecho, se traducen para el profesor Elías Díaz, en interlocutores esenciales para que los instrumentos que garantizan ese orden, sean

[432] MARTÍNEZ DE MARAÑÓN, J.; "El abogado y la mediación. Algunas cuestiones sobre el asesoramiento y el rol del abogado en la mediación", en AA.VV., ROMERO NAVARRO, F. (Compilador); *La Mediación: Una visión plural. Diversos campos de aplicación,* Consejería de Presidencia y Justicia, Viceconsejería de Justicia y Seguridad, Gobierno de Canarias, Las Palmas de G.C., 2005, p. 386.

eficaces[433]. En este sentido, es importante resaltar las funciones que deben desempeñar los abogados como defensores de la justicia.

Así lo defiende la profesora Santana cuando afirma que "El abogado cuando jura su cargo, se compromete directamente a ser un fiel defensor de los Derechos Humanos, de la Justicia y de la Legalidad, pues jura su cargo con la premisa de servir fielmente a estos intereses y valores superiores"[434].

El manual de conducta exigible o Código Deontológico del que están dotados los Colegios Profesionales, surge como necesidad de adecuar el comportamiento individual dentro del ejercicio de una profesión. Sus mínimos y sus máximos, así como su exigibilidad y sanción han hecho correr ríos de tinta. El principio del deber ser colisiona, no pocas veces, con la legitimidad de su exigencia. En primer lugar, porque su inobservancia da lugar a una sanción y en

---

[433] DÍAZ GARCÍA, E.; "De las Funciones del Derecho: Organización y cambio social", en *Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, (Vol. IV), Civitas, Madrid, 1996, p. 5444.

[434] SANTANA RAMOS, E.; "El abogado ante la ética y Deontología Jurídica", cit. p. 429.

segundo lugar, por la posible responsabilidad, que sería otro debate añadido.

La trascendencia interpretativa de la deontología ha llevado a pronunciarse a los Tribunales por la aplicación del régimen sancionador en lo atinente al exceso de alcance de un "Código de Honor" o de buena conducta que colisiona con lo preceptuado en cuanto obligaciones y deberes respecto del cliente por un lado, y de otro, la necesidad de que todos los operadores jurídicos realicen su actividad dentro de un marco legal, regulado y deseable en aras de garantizar el principio de la seguridad jurídica.

Otras preguntas que se podrían formular en este sentido, serían. ¿Las normas "éticas" son derecho?, ¿Tiene la ética rango legal?. La respuesta es afirmativa, si son incorporadas en textos jurídicos como son las que resultan aprobadas por Real Decreto del Estatuto General de la Abogacía[435].

[435] El Estatuto General de la Abogacía, define en su propio Preámbulo que una de las principales pretensiones es reconocer la mayor autonomía de los Colegios para determinar su propia organización y las reglas de su funcionamiento. Esta nueva concepción parte de la distinción entre los títulos materiales relativos al ejercicio profesional y a los Colegios profesionales. Establecida esta distinción, se afirma la amplia competencia del Estatuto General para regular el ejercicio de la profesión de

Por otra parte, "la eterna dicotomía entre Positivismo-Iusnaturalismo no puede constituir una lucha por alcanzar la prerrogativa de la eficacia, porque en todo caso, las fuentes del Derecho son informadoras del mismo, y la norma positiva en su aspecto particular, se configura como una exigencia legal que ostenta la sociedad de acordar una u otras para regularse a través de los órganos legitimados para aprobarlas"[436].

La ética, puede ser delimitada como la ciencia que regula la conducta humana conforme a los principios fundamentales de la razón, así como, las pretensiones exigibles por la naturaleza humana conforme a los fines que se persiguen[437].

Abogado, mientras que se le reconoce un papel menor para establecer reglas de organización de la estructura colegial. El texto recoge normas deontológicas adecuadas a la realidad social actual, definiendo una deontología profesional no corporativista, protectora de los derechos del cliente y del interés general.

[436] SANTANA RAMOS, E.; "El abogado ante la ética y Deontología Jurídica". cit. p. 430.

[437] ANDRÉ, E.L.; *Deontología. Deberes Éticos y Cívicos*, Sucesores de Rivadeneyra, Madrid, 1928, p. 7.

En la misma línea, la ética profesional, está íntimamente relacionada con la moral personal y colectiva, puesto que si consideramos que la labor profesional tiene un destino, ese destino no es otro que los sujetos concernidos a una relación con otros individuos. En el caso que nos ocupa, defiende la profesora Santana que "el abogado debe tener presente que es un servidor de la defensa legítima de los derechos de su cliente y por tanto, la relación de confianza y de responsabilidad donde debe primar en todo caso, el respeto por su dignidad personal"[438].

En este sentido, ya el propio Aristóteles defendía que cualquier actividad humana persigue un fin, "no deliberamos sobre los fines, sino sobre los medios que conducen a los fines. Pues ni el médico delibera sobre si curará, ni el orador sobre si persuadirá, ni el político sobre si legislará bien, ni ninguno de los demás sobre el fin, sino que, puesto el fin, consideran cómo y por qué medios pueden

[438] SANTANA RAMOS, E.; "El abogado ante la ética y Deontología Jurídica", cit., p. 431.

alcanzarlo...El objeto de deliberación entonces, no es el fin, sino los medios que conducen al fin"[439].

En el desempeño de su labor, el abogado representa a una profesión con una importante función social, que no es otra que la Justicia retribuida, sin embargo, ese fin no puede considerarse como el sentido propio de su actividad. La persona que decide llevar la actividad profesional como abogado, debe ser consciente que debe asumir las virtudes que proclama la propia esencia ética de la actividad profesional, es decir, que no sólo puede vivir del derecho sino para el derecho. En este sentido, se pronuncia el magistrado Soto Nieto, cuando afirma que el principio exigible no es otro que "obrar según ciencia y conciencia", y "discernir el bien del

[439] ARISTÓTELES; *Ética a Nicómaco*, Libro III, 3, 1112b, (traducción de Gallach Pallés, F.; "Ética a Nicómano", Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994, p. 186.

mal, distinguir lo que puede y debe hacerse, de aquello que debe ser evitado"[440].

Resulta por ello innegable, que los bienes o principios inspiradores de una actividad profesional solo serán posibles en la medida en que se actúe adecuadamente para alcanzarlos[441]. Es precisamente en este punto, donde la importancia de la ética profesional cobra su sentido. Así lo manifiesta el profesor López - Aranguren, cuando defiende que "si por medio de ellas no fuera posible lograr lo buscado, no tendría importancia el poseerlas: serían como una puerta que se abre hacia la nada, perderían su razón de ser"[442].

Por ello, cuando se olvida la función que hay que perseguir, o simplemente está motivada por cuestiones económicas o de

---

[440] SOTO NIETO, F.; "Ética profesional y su proyección en la prueba penal", en AAVV., *Ética de las profesiones jurídicas. Estudios de Deontología*, Cátedra de Ciencias Sociales, Morales y Políticas, España, 2003, p. 593.

[441] POLO, L.; *Ética. Hacia una versión moderna de los temas clásicos*, Unión Editorial, Madrid, 1996, p. 114-127.

[442] ARANGUREN, J.; *Resistir en el bien: Razones de la virtud de la fortaleza en Santo Tomás de Aquino*, Eunsa, Pamplona, 2000, pp. 62-63.

intereses personales, la integridad queda transformada, o sometida a la mera habilidad técnica.

Si partimos de la acepción que define a la Deontología como una disciplina que se ocupa de las obligaciones de los profesionales, la Deontología Jurídica responde a los principios a los que debe de ajustarse el profesional del derecho.

En el caso que nos ocupa, la profesión de la abogacía constituye una pieza clave para el buen funcionamiento del sistema judicial, por ello, el abogado debe desempeñar el acatamiento de sus deberes conforme a los valores deontológicos a los que está sometido[443].

El Código Deontológico es reconocido como una guía de principios y normas necesarias para el profesional, cuya función prioritaria es la de suministrar y adecuar el valor que supone la ética en una determinada profesión.

---

[443] El Código Deontológico aprobado en el Pleno de 27 de noviembre de 2002, adaptado al nuevo Estatuto General de la Abogacía Española y aprobado por Real Decreto 658/2001, de 22 de junio, reconoce en su artículo 1 que "El abogado está obligado a respetar los principios éticos y deontológicos".

La honradez, probidad, rectitud, lealtad, diligencia y veracidad son virtudes que deben ser prioritarias en todo momento en la actuación del Abogado. En este sentido, resulta necesario separar el carácter deontológico de lo que no lo es, sobre todo, para evitar una posible confusión entre lo que se puede entender como normas de carácter social o moral.

En la esfera sobre la deontología del abogado, el Código de la Abogacía Española en su Preámbulo reconoce unos principios fundamentales para la figura del abogado, y entre ellas resultan destacables, el secreto profesional, la independencia, la libertad de defensa y la confianza, entre otros. Estos valores suponen principios imprescindibles en la garantía al derecho de defensa del justiciable.

3. Exigencias ético profesionales

3.1. El secreto profesional

El término “secreto” deriva del latino “secretus” que significa “separado, aislado o remoto”[444]. Así viene reconocido por el diccionario como “aquello que se aplica a las cosas cuyo conocimiento se guarda en un reducido número de personas con cuidado de que no trascienda a las demás, especificando el secreto o sigilo profesional, como cualquier conocimiento que una persona tiene por razón de su profesión y que no debe divulgar”[445]

La confianza es la pieza clave que debe existir entre el abogado y el justiciable, así queda plasmado en el artículo 4 del Código Deontológico de la Abogacía Española[446]. En el caso que

---

[444] COROMILLAS, J.; Breve Diccionario Etimológico de la Lengua Castellana, Gredos, Madrid, 1990, p. 44.

[445] MOLINER, M.; Diccionario de Uso del Español, Gredos, Madrid, 1990.

[446] Código Deontológico de la Abogacía Española. Así viene reconocido en el artículo 4.1 del “La relación entre el cliente y su abogado se fundamenta en la confianza y exige de éste una conducta profesional íntegra, que sea honrada, leal, veraz y diligente”.

nos ocupa, garantizar la intimidad de la vida privada del cliente, constituye uno de los deberes éticos del abogado.

Si bien es cierto que la Constitución española no reconoce el derecho al secreto profesional, no es menos cierto, que su garantía se hace extensible cuando reconoce el derecho a la intimidad y la propia imagen[447].

Sin embargo, el Código Deontológico de la Abogacía Española en su artículo 5.8, sí hace especial mención cuando reconoce que "El secreto profesional es un derecho y deber primordial de la Abogacía". Se desprende de este enunciado, que no sólo se preserva la obligación de mantener respeto a la información que garantice su derecho a la intimidad, sino que además, se garantice la confianza necesaria por el justiciable con respecto a su abogado".

A tenor de lo expuesto, se puede evidenciar que el secreto profesional se proyecta por un lado, como el soporte la institución y como garante de la defensa de la intimidad salvaguardando el derecho de la personalidad y por otro lado, la defensa de los

[447] Constitución española de 1978, así viene reconocido en el artículo 18 del Capítulo II, sección 1ª del Título I donde "Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen".

intereses del propio profesional en que su actividad tenga futuro manteniendo el clima de confianza necesario.

Así mismo, en el artículo 5.2 viene determinado el contenido del mismo cuando reconoce que, “El deber y derecho al secreto profesional del abogado comprende las confidencias y propuestas del cliente, las del adversario, las de los compañeros y todos los hechos y documentos de que haya tenido noticia o haya recibido por razón de cualquiera de las modalidades de su actuación profesional”.

Se pronuncia Rosal, a tal respecto que la relación se extiende más allá de la estrictamente denominada “abogado cliente” pues supone, no solamente la obligación de guardar secreto sobre las confidencias del cliente, sino también del adversario y de compañeros. De este modo, el secreto profesional se integra como parte de la protección de la confianza y lealtad entre abogado cliente, así como de los abogados entre sí ola existente con la parte adversa[448]

[448] ROSAL, R.; Normas *Deontológicas de la Abogacía Española. Una doctrina construida a partir del ejercicio de la competencia disciplinaria,* Madrid, Civitas, 2002, p. 88.

No cabe duda que dentro de las funciones del abogado, el secreto profesional constituye un atributo necesario, puesto que las informaciones recibidas por parte del cliente se realizan bajo la confianza depositada en el ejercicio de su actividad. Esta confianza además, no es limitada en el tiempo, todo lo contrario, la obligación de la confidencialidad debe ser ilimitada como garantía en la Administración de Justicia.

La relación existente entre el abogado y el justiciable se viene sustentada por la confianza. En este sentido, existen autores que defienden la existencia de caracteres específicos que la diferencian de otras relaciones profesionales. Así reza cuando el profesor Hierro reconoce que "por un lado el letrado se halla sometido a reglas de actuación específicas debido a su pertenencia a un Colegio Profesional; por otra parte, se destaca el deber de conocer las reglas técnicas del Derecho, cumpliendo obligaciones objetivas"[449]

El secreto profesional y la confidencialidad son deberes y derechos del abogado que se extienden más allá de tiempo en la

[449] HIERRO, L.; "Las profesiones jurídicas: Una visión de conjunto", cit., p. 32.

prestación de servicios del cliente. Regulados históricamente tanto por normas deontológicas como por la legislación ordinaria. Considerado como uno de los pilares básicos para el perfecto ejercicio del desarrollo profesional, debe revestirse de todas las garantías

Sin embargo, la frivolización del secreto profesional en aras de la obtención de audiencias televisivas es uno de los mayores atentados que está padeciendo este principio ético básico de la Abogacía y parece que no se puede poner límites a esta escalada

Este deber de secreto profesional no sólo se extiende al abogado sino a las demás personas que trabajan con él, por cualquier clase de vínculo sea mercantil o laboral o familiar pero el responsable es el abogado de aquellas violaciones que se puedan producir, por tanto existe un deber de vigilar a quién se le deja acceder al círculo de la actividad profesional y más cuando las tecnologías de la información permiten el acceso a la información y difusión.

3.2. La Independencia

La independencia para autores como Lega, viene entendida "como la ausencia de cualquier tipo o forma de injerencia, interferencia, vínculo o presión que pretenda influir o desviar la acción y decisión del profesional"[450].

Muchos autores como Aparisi defienden que esa independencia se proyecta como un principio, "que debe aplicarse y ser defendido frente a cualquier persona, incluido el propio cliente, coprotagonista de la relación, cuya protección es el fin último del principio de independencia"[451]. Así se cristaliza una de las funciones que tiene el abogado como operador jurídico para impartir justicia.

Por su parte, defiende Del Rosal que "el abogado debe mantenerse independiente frente a su propio cliente, el interés subjetivo de éste o su conveniencia, no siempre coincidiendo con el

[450] LEGA, C.; *Deontología de la profesión de abogado*, cit., p. 77.

[451] APARISI MIRALLES, A.; *Ética y deontología para juristas,* cit., p. 269.

interés que objetivamente retribuyen la ley y las circunstancias en el conflicto que padece"[452]

La libertad del abogado se proyecta en la capacidad que tiene de llevar discrecionalmente la dirección de una cuestión. En el caso de la figura del cliente resulta destacable la capacidad que tiene de elegir al letrado que desee y de cesar la relación profesional cuando lo estime conveniente.

La independencia se asume por tanto, como un derecho que genera un deber constituyendo en este sentido, una exigencia primordial del Estado de Derecho, que reconoce al abogado oponerse sobre las cuestiones que puedan quebrantar sus propios razonamientos, comprometiéndose en ese caso, a concluir el asunto si estima que no podrá obrar con absoluta independencia.

La independencia que se le reconoce al abogado como operador jurídico, queda sometida a lo expuesto en la ley y las normas deontológicas.

---

[452]ROSAL, R.; *Normas Deontológicas de la Abogacía Española. Una doctrina construida a partir del ejercicio de la competencia disciplinaria*, cit., p. 68.

La independencia no sólo afecta al abogado como operador jurídico sino que se presume que debe ser una característica, de cualquier profesional. La cuestión en torno al valor de la naturaleza surge cuando se cuestiona si esta, debe ser entendida como un valor profesional o como principio rector de los códigos deontológicos.

Sin embargo, autoras como Cervilla Garzón plantean que el ejercicio independiente "es una realidad que distingue al profesional liberal del resto de profesionales, pero que la discusión debe versar sobre la determinación de qué es la independencia"[453]. Si por independencia se entiende que el profesional desarrolla su actividad por su cuenta y riesgo, sin estar sometido a directrices de ningún superior, deberíamos negar el carácter de profesional liberal a aquéllos que ejercen en agrupaciones o que desempeñan sus funciones para grandes empresas o despachos, así como los que desarrollan su trabajo para el Estado o cualquier otra institución pública[454].

---

[453] CERVILLA GARZÓN, M. y CERVILLA GARZÓN, M. D; *La prestación de servicios profesionales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p. 28

[454] Ibídem, p. 8.

Autores como Gálvez Montes defienden que “La profesión se caracteriza por su ejercicio conforme al principio de libertad. El ejercicio profesional se realiza necesariamente bajo un régimen de autonomía e independencia que contrasta con la subordinación propia del trabajo por cuenta ajena”[455].

Los abogados contienen ciertas prerrogativas en el ejercicio de su actividad. Resultan destacables las contenidas en el artículo 542.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial reconoce que "en su actuación ante los juzgados y tribunales, los Abogados son libres e independientes...". También en el Estatuto General de la Abogacía en su artículo 33.2 reconoce que “El abogado, en cumplimiento de su misión, actuará con libertad e independencia, sin otras limitaciones que las impuestas por la Ley y por las normas éticas y deontológicas”[456].

---

[455] GÁLVEZ MONTES, J.; *La organización de las profesiones titulada,* cit. p. 27.

[456] Real Decreto 658/2001, de 22 de junio, por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía Española.

Para reforzar esta independencia, el artículo 2 del Código Deontológico de la Abogacía Española reconoce la independencia, no solo como un derecho y un deber del abogado, sino que además la reconoce como una exigencia necesaria para asesorar y defender adecuadamente los legítimos intereses de sus clientes.

El Código Deontológico de la Abogacía Española establece que “el Abogado deberá preservar su independencia frente a presiones, exigencias o complacencias que la limiten, sea respecto de los poderes públicos, económicos o fácticos, los tribunales, su cliente mismo o incluso sus propios compañeros o colaboradores. De esta misma forma la independencia del abogado le permite rechazar las instrucciones que, en contra de sus propios criterios profesionales, pretendan imponerle su cliente, sus compañeros de despacho, los otros profesionales con los que colabore o cualquier otra persona, entidad o corriente de opinión, cesando en el asesoramiento o defensa del asunto de que se trate cuando considere que no pueda actuar con total independencia. Además, su independencia prohíbe al abogado ejercer otras profesiones o actividades que la limiten o que resulten incompatibles con el ejercicio de la abogacía, así como asociarse o colaborar para ello

con personas u otros profesionales incursos en tal limitación o incompatibilidad".

Todos estos principios tienen su razón de ser. El abogado es una pieza clave en la función judicial, por ello, resulta del todo conveniente que en el desarrollo de sus funciones pueda contribuir a mejorar e incrementar la justicia. Sólo podríamos hablar de justicia imparcial cuando el propio abogado puede llevar a cabo la defensa de su justiciable sin interferencias salvo las establecidas por la ley[457].

La independencia[458] por tanto, lleva implícita la imposibilidad de injerencia, interferencia, vínculo o presión, del tipo que sea, proveniente del exterior, que pretenda influenciar, o desviar, las decisiones y actuaciones del profesional[459] o lo que es lo mismo a "la condición fáctica de la libertad"[460].

---

[457] BONET NAVARRO, A.; "Deontología profesional del Abogado", en *El Abogado. Formación, deontología y organización del despacho profesional*, Aranzadi, Pamplona, 1994, p. 74.

[458] Esta independencia viene amparada por el artículo 24.1 y 24.2 de la Constitución española relativa a la Tutela judicial efectiva y Derecho a la asistencia letrada.

[459] LEGA, C.; *Deontología de la profesión de Abogado*, cit., p. 77.

3.3. La libertad de defensa

El abogado tiene el derecho y el deber de defender y asesorar a su cliente: por lo tanto, se prohíbe la utilización de medios ilícitos o injustos, ni el fraude como forma de eludir las leyes. Es libre de aceptar o rechazar la dirección de un asunto siempre que ello no pueda generar una indefensión del justiciable.

En este sentido se pronuncia la Constitución española cuando en su artículo 10 reconoce que "1. La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social.

2. Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de

---

[460] SUÁREZ VILLEGAS, J. C.; *Principios de ética profesional*, Tecnos, Madrid, 2001, p. 92.

conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.

Se traduce pues, que el legislador refuerza la idea de considerar a la dignidad humana como fundamento del orden político y de la paz social. Por lo tanto, en lo que respecta al abogado como servidor fiel de la justicia, le concierne la humanización de la ciencia jurídica dentro de la defensa del justiciable.

La libertad, por tanto, debe ser entendida en todo caso, como la posibilidad que tiene el sujeto de obrar con autonomía asumiendo la gestión de su gobierno en la toma de decisiones, tomando como referencia los valores que previamente ha asimilado. No cabe duda que, si un sujeto omite los valores mínimos y universales, lógicamente tendrá una limitación en su propia libertad.

En este sentido, el sujeto como hombre libre podrá asumir o no los valores que considere pero la existencia de los mismos es la respuesta de comprobar si estamos o no, en presencia de actos libres. Ello, no impide entender que efectivamente la libertad en su relación a la autonomía en la toma de decisiones no es totalmente

libre, puesto que el sujeto como ser social, convive en un contexto que le servirá como guía y le condicionará en la toma de sus propias decisiones.

El sentido de libertad que nos ocupa, no es más que la que debe mostrar el operador jurídico en la aceptación del asunto que se le presenta. Así mismo, el abogado queda obligado a realizar su libertad de defensa siempre que resulte acorde con el principio de buena fe o las normas de éticas de la práctica profesional. Se parte de la consideración que, hay que entender que dentro del margen de libertad que ostentan los operadores jurídicos la defensa asume un principio de derecho fundamental. Así viene contemplado en la propia Constitución española y numerosas legislaciones en el ámbito internacional, como puede ser el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos.

El Código Deontológico de la Abogacía Española reconoce a la libertad de defensa como un principio fundamental en la actividad del abogado. Así lo reconoce en su artículo 3.1 cuando establece que “El abogado tiene el derecho y el deber de defender y asesorar libremente a sus clientes, sin utilizar medios ilícitos o injustos, ni el fraude como forma de eludir las leyes”.

Este mismo principio viene reconocido en el Estatuto General de la Abogacía Española en su artículo 1.1 donde se reconoce que "La abogacía es una profesión libre e independiente que presta un servicio a la sociedad en interés público y que se ejerce en régimen de libre y leal competencia, por medio del consejo y la defensa de derechos e intereses públicos o privados, mediante la aplicación de la ciencia y la técnica jurídicas, en orden a la concordia, a la efectividad de los derechos y libertades fundamentales y a la Justicia".

Se podría aseverar que este principio de libertad, supone una cota importante en la autonomía profesional en la labor del abogado, atendiendo al fin último que no es otro que el de defender a su cliente. Esta libertad se hace extensible a varios aspectos, como puede ser la libertad de aceptar, de no asistir a un asunto, incluso, pudiendo cesar en el asesoramiento o defensa de un cliente aun habiéndolo iniciado. Así viene recogido en el artículo 13.3 del Código Deontológico de Abogados en España.

Por otro lado, el artículo 26.1 del Estatuto General de la Abogacía, establece que "Los abogados tendrán plena libertad de aceptar o rechazar la dirección del asunto, así como de renunciar al

mismo en cualquier fase del procedimiento, siempre que no se produzca indefensión al cliente".

En este punto, es importante resaltar la competencia del abogado a la hora de asumir la dirección de un asunto. No es difícil encontrarnos en la vida diaria con clientes que desean contribuir en la parte técnica para alcanzar objetivos concretos o utilizar al abogado como herramienta para lograr objetivos injustos[461].

Resulta destacable que tanto la libertad como la independencia son principios básicos en el ejercicio de la abogacía, y no cabe duda, que ambos principios nacen de la confianza existente en la relación abogado-justiciable, como respuesta de una actuación honrada y justa por ambas partes.

---

[461] VÁZQUEZ GUERRERO, F. D.; *Ética, Deontología y Abogados*, Eunsa, Barcelona, 1996, p. 55. Esta situación se produciría cuando un sujeto se vale de la legitimación profesional del Abogado para dar cobertura a una estratagema ilícita. En todo caso, el abogado podrá negarse a asistir en esas actuaciones, con independencia del posible menoscabo económico que pueda sufrir.

3.4. La competencia profesional del abogado

La competencia hace referencia principalmente a las aptitudes de destreza, astucia y pericia que necesita un abogado en el ejercicio de sus funciones.

La competencia en el ejercicio de la abogacía, requiere que el asunto se lleve por parte del profesional asignado, sea realizado con rigor. Para ello es necesaria la realización de una investigación eficaz y un análisis de hechos jurídicos, así como un planteamiento en el que se pueda canalizar los diferentes procedimientos asumibles con respecto al conflicto que se plantea.

Son muchos autores los que defienden que la competencia del abogado resulta de los años que lleve en la actividad del ejercicio. Sin embargo, la práctica diaria, ha demostrado que existen jóvenes que presentan una competencia mayor que los abogados con antigüedad en la profesión. El proceso de formación y las continuas transformaciones legislativas, hacen que el abogado esté obligado a seguirlos continuos cambios que sufren las legislaciones. Por lo tanto, la formación continua y el desarrollo de una especialización en la figura del abogado, constituyen un deber fundamental.

La competencia y la diligencia en la profesión de la abogacía son obligaciones que van íntimamente unidas por el contenido, como resulta del modelo español cuando en el Preámbulo de su Código Deontológico emplea la diligencia para definir a la competencia. Sin embargo, la diligencia debe ser entendida como un principio ético universal ya que este principio resulta extensible a todos los trabajadores en los diferentes sectores.

Ahora bien, en el caso del ejercicio de la abogacía, la diligencia asume un papel de vital importancia. Pues la misma, viene entendida como uno de los principios necesarios de actuación entre el abogado y el justiciable. Este principio, debe llevarse a cabo conforme al resultado de los objetivos marcados, y por tanto, de la perfección a la hora de asumir el procedimiento.

Según el diccionario de la Real Academia Española, la diligencia viene entendida como el cuidado en ejecutar algo. En el caso del abogado, la diligencia respondería al resultado de un trabajo realizado con conciencia y moral. Es por ello que, en la función que desempeñan, los abogados no deberán adjudicarse casos por una cuestión puramente económica, todo lo contrario, deberán asumir con responsabilidad profesional, los casos que

sean capaces de asumir con celeridad, competencia y formación especializada, en definitiva con la debida diligencia.

Si bien es cierto, que el código deontológico español no reconoce la diligencia profesional, no es menos cierto que en el artículo 4 establece que “La relación entre el cliente y su abogado se fundamenta en la confianza y exige de éste una conducta profesional íntegra, que sea honrada, leal, veraz y diligente”. En la misma línea, el mismo código reconoce en su artículo 13.10 que, “El Abogado asesorará y defenderá a su cliente con diligencia, y dedicación, asumiendo personalmente la responsabilidad del trabajo encargado sin perjuicio de las colaboraciones que recabe”.

En definitiva, la diligencia del abogado hace referencia al modo de operar en el ejercicio de sus funciones, teniendo en consideración la suspicacia, la rapidez o el empleo de las técnicas procesales para la defensa, entre otras cuestiones a tener en consideración.

3.5. La confianza e integridad

La confianza cobra un papel esencial en cualquier relación profesional y en particular, en el ejercicio de la abogacía. Sobre la base de la confianza se basa la relación abogado-justiciable. Esta importancia se ha visto reflejada en las normas deontológicas como fuente de inspiración. Así viene reconocido en el Código Deontológico de la Abogacía Española en su artículo 4.1, cuando establece que "La relación entre el cliente y su abogado se fundamenta en la confianza y exige de éste una conducta profesional íntegra, que sea honrada, leal, veraz y diligente. O en los principios Generales de la Abogacía cuando reconocen que, las relaciones de confianza no pueden existir si existe alguna duda sobre la honestidad, la probidad, la rectitud o la sinceridad del abogado".

Se desprende del contenido este artículo, la imposibilidad que tiene el abogado de defraudar la confianza que ha depositado el cliente y su obligación de actuar con integridad. De esto modo, la integridad constituye un principio con el que se obliga el abogado a actuar conforme a las normas deontológicas.

Son muchos los indicadores que se postulan en relación a la confianza. Podrían destacarse por un lado, la reputación del abogado o del despacho al que se adscribe, las referencias que se dan por parte de familiares o amigos, etc. En otras ocasiones, el imperativo de la confianza puede surgir hasta por necesidad. Esta situación se produce, cuando un sujeto acude a un abogado de oficio. Evidentemente, esta relación no surge por la confianza personal con el abogado, sino que la confianza del cliente sobre el abogado, le viene dada por la habilitación y pertenencia a un colegio profesional. De ahí, podemos realizar una distinción entre las posibles formas de adquirir la confianza entre el abogado y su cliente. Por un lado, la confianza personalizada, donde el cliente conoce al abogado, y por otro lado, la confianza social, que se origina con personas que no conocemos, sin embargo, genera cierto grado de confianza por su cualificación y formación técnica-jurídica.

La confianza constituye pues, un instrumento ideal para la sugestión, ya que cuando una persona confía en otra, le

prestaremos oídos, de lo contrario, no sería así[462]. En el caso de la relación entre el justiciable y el abogado, surge la necesidad que esa relación de confianza esté basada exclusivamente en sus deberes profesionales y conformes a las normas deontológicas a las que está obligado, y no basadas en sensaciones particulares.

Un abogado será confiable, cuando cumpla los requisitos de competencia y compromiso. Un abogado debe ser competente, puesto que debe conocer las técnicas jurídicas para defender a su cliente y ser comprometido, de lo contrario no quedan garantizados los derechos que asisten al justiciable.

La integridad no puede visionarse en ningún caso como un inconveniente para la figura del abogado. Se trata de justificar, en este sentido, que esa integridad no se ve alterada frente a las diferentes posturas que se pueda a sumir en el proceso con el abogado de la parte contraria. En el desempeño de su labor, el abogado deberá posicionarse con su cliente, sin perjuicio que ostente una amistad con el abogado de la parte contraria.

---

[462] BIEGER, P.; "El Abogado", en AA.VV., (coord. L. M. DÍEZ PICAZO.); *El Oficio de jurista*, Siglo XXI, Madrid, 2006, p. 44.

En el momento que en el proceso penal nace el derecho a ejercitar la acción, nace igualmente otro derecho, que es el derecho de defensa del acusado este es un derecho dirigido a obtener la tutela de sus derechos.

El hecho de que una persona esté detenida, bien sea a iniciativa propia por la autoridad o sus agentes o bien por orden de la autoridad judicial, no implica que la persona sea culpable, es más nuestra Constitución recoge la presunción de inocencia a toda persona, y es la misma Constitución la que establece un derecho a la defensa.

La intervención del abogado, o del letrado, es un derecho de rango constitucional, el derecho de defensa que tiene toda persona.

El abogado de la defensa tiene que colaborar con el imputado en su defensa, y por eso el abogado debe tener autonomía frente al juez, autonomía total, y una autonomía parcial frente a su asistido, asistido que no puede nunca renunciar a su derecho a la defensa ni siquiera a favor de su abogado.

Cuando en el Estatuto General de la abogacía 52 se regula el deber del abogado a colaborar con la justicia, quiere apelar a la

finalidad de hacer valer el derecho a la libertad consagrado en el artículo 17 de la CE53.

El contenido básico de los códigos de conducta responde a la valoración moral generalmente aceptada. Autores como Rodríguez–Toubes entienden que "El impacto de los derechos humanos sobre la deontología profesional es, en primer término, de tipo moral. Los derechos humanos son percibidos ordinariamente (aunque no unánimemente) como un contenido mínimo de la moral ideal o crítica, como elementos básicos de la moralidad prescrita por la razón práctica ejercitada por la filosofía"[463].

Se constata por tanto, que la deontología profesional adquiere una naturaleza moral por la respuesta lógica del contexto social en la que se desenvuelve el ser humano y por ende de las diferentes percepciones con respecto al sentido del derecho y de justicia que se reconoce en la comunidad social.

Así lo entiende Tobes cuando defiende que "La influencia social proviene del hecho de la existencia de un amplio consenso

[463] RODRÍGUEZ-TOUBES MUÑIZ, J.; "Deontología de las profesiones jurídicas y derechos humanos", cit., p. 99.

en torno a los aspectos básicos de la idea, contenido y efectos de los derechos humanos, tanto entre los distintos colectivos profesionales como entre la sociedad en general"[464].

Con independencia de que exista una concepción generalizada por parte de la comunidad social, la respuesta a la consideración si los derechos humanos constituyen un imperativo deontológico, la respuesta debe ser afirmativa.

Esa misma asunción y reconocimiento que existe sobre los derechos humanos constituyen exigencias efectivas en la comunidad social y por ello, establecen una ineludible exigencia con respecto a los profesionales. Ante tal consideración, la acción protectora que ejercen los derechos humanos se proyectan también en el ámbito jurídico y también como consecuencia lógica sobre la deontología profesional del operador jurídico.

En la actualidad, los derechos humanos se reconocen por una gran parte doctrinal como derechos con positivación jurídica alcanzando reconocimiento internacional a través de numerosos tratados internacionales. Esta consideración jurídica ha fortalecido

[464] Ibídem, p. 100.

evidentemente las garantías de tutela y exigencias de observancia. Por lo tanto, un reconocimiento de la deontología profesional, respetando los derechos fundamentales de la persona resultan

Es por ello que se defiende en este sentido, la relación inequívoca que existe entre los derechos humanos como fuentes de deberes éticos y la deontología que debe presidir en la figura del operador jurídico.

CONCLUSIONES

CONCLUSIONES

PRIMERA.-Sobre la justificación de la pena y la privación de la libertad se han abierto multitud de debates desde las diferentes disciplinas teóricas.

En este sentido, se hace del todo necesario recordar que la libertad de la persona constituye en un Estado democrático una consideración de carácter general y por tanto, no puede verse

limitada o transgredida por terceros. Puede afirmarse que la protección que se otorga a la libertad, es la prueba evidente de la evolución y humanización de la ciencia jurídica.

La detención está íntimamente relacionada con la obediencia al cumplimiento de la ley, por tanto, resulta traducible el reconocimiento de la desobediencia a la misma, frente a la figura jurídica de la pena privativa de la libertad.

La figura de la detención y la retención despliegan su eficacia en escenarios similares, sin embargo ambas figuras presentan rasgos diferenciadores en su caracterización. Atendiendo a sus diferencias, la detención viene entendida como una privación más o menos prolongada del derecho a la libertad ambulatoria de la persona que la sufre. Sin embargo, la retención comportaría únicamente una inmovilización provisionalísima, que sólo se mantendría durante el tiempo imprescindible para realizar unas determinadas diligencias.

SEGUNDA.-Los derechos fundamentales en la figura del detenido cobran todo su sentido, cuando son considerados como

herramientas que limitan la actuación del poder estatal. Por tanto, puede afirmarse que los derechos fundamentales se entienden como un límite del poder mismo.

Un análisis pormenorizado sobre los límites de los derechos fundamentales nos conduce a dilucidar la fuerza consagrada por el texto constitucional. En este punto, cabe preguntarse en qué medida es admisible introducir limitaciones en posiciones subjetivas cuando han sido proclamadas al máximo nivel normativo, cuando los derechos susceptibles de vulneración, en el caso que nos ocupa, resultan derechos que ostentan una categorización de fundamentales.

La fórmula de los derechos fundamentales como límites al poder adquiere su verdadero sentido, en relación a la protección misma que debe revestir la detención, como respuesta a la inobservancia de la norma, atendiendo en todo caso a los derechos fundamentales e inherentes que ostenta la persona.

TERCERA.- La seguridad humana cristaliza el sentido objetivo de los derechos fundamentales, esa finalidad debe garantizar, en

todo caso, el pleno derecho personal atendiendo a los valores de justicia. De la misma manera que defendemos que los derechos fundamentales constituyen un límite frente a la acción estatal, la vertiente material de la seguridad jurídica tiene como razón última la garantía de señalar los límites al ejercicio y actuación de poder.

CUARTA.- La detención, como privación provisional o preventiva de la libertad de una persona, deberá venir avalada por una serie de garantías que resultan identificadas y garantizadas dentro del marco normativo de los derechos fundamentales.

La libertad cobra todo su sentido, cuando en el caso que nos ocupa, supone la limitación o cuanto menos la restricción del valor que tiene como garantía de los derechos que deben asistir a cualquier ser humano por su propia naturaleza

El derecho a la libertad personal como derecho humano adquiere una protección especial tanto en instrumentos internacionales como en legislación nacional, estableciendo mecanismos jurídicos que impidan que las autoridades estatales lo vulneren, bien sea en el marco de sus funciones.

QUINTA.- Si la personalidad humana, es el fin de todas las teorías que existen sobre los derechos del hombre, la dignidad constituye un camino ineludible para alcanzar el reconocimiento de la personalidad humana. Se puede deducir de esta afirmación que la dignidad de la persona humana, se presenta como una prerrogativa y como principio rector de los derechos fundamentales.

Precisamente por ello, la dignidad se presume como el valor fundante del que derivan el resto de los derechos fundamentales.

SEXTA.-La positivación jurídica del valor jurídico fundamental que representa la integridad, lleva implícito el reconocimiento de una serie de derechos inmanentemente propios a la persona que tienen como fin último garantizar pleno derecho personal de manera individual. En este sentido, los poderes públicos deberán instaurar garantías que permitan la realización eficaz del mismo.

SÉPTIMA.-La condición de persona, alcanza todo su sentido, en la asunción como rasgo superior y eminente de la naturaleza

humana. De ello deriva, el razonamiento que defiende, que la palabra persona sólo se ha aplicado y sólo puede aplicarse a los seres que tienen la especial eminencia ontológica en que consiste el ser racional.

De ahí, la importancia de especificar el contenido del valor que asume la persona, puesto que la consideración de los derechos fundamentales como límite al poder, tiene como punto de referencia el ámbito jurídico de la persona, entendida esta como el sujeto que por su propia naturaleza ostenta derechos que le resultan inmanentemente propios a su naturaleza.

OCTAVA.- Sobre la base de las ideas expuestas, la figura de la detención debe, en todo caso, asumirse desde la responsabilidad de las Instituciones u Organismos que tengan competencia reconocida por la propia Constitución.

El principio de Habeas Corpus, se presenta como un instrumento de defensa de los derechos fundamentales de los sistemas democráticos. En este punto, resulta necesario destacar como el Habeas Corpus ocupa una posición de tutela de los derechos y libertades en el ámbito de protección judicial.

NOVENA.-Los derechos humanos constituyen la base argumental lógica de la propia existencia de la dignidad del ser humano, y a la vez, la dignidad del ser humano ha sido reconocida como el pilar que soporta los derechos humanos en su pedestal ideológico, axiológico y filosófico, reforzando el valor del ser humano en su más amplia expresión.

Consecuencia de ello, los derechos fundamentales son entendidos como derechos subjetivos innatos al ser humano, destinados a garantizar tanto un espacio de libertad como la exigencia de prestaciones garantistas que ofrece el reconocimiento de la positivación jurídica de los derechos fundamentales por parte del Estado.

Precisamente por ello, constituyen la representación de un conjunto de valores que trasciende a todo el ordenamiento jurídico, su tutela efectiva se convierte en una cuestión de importancia esencial para el Estado de derecho

DÉCIMA.-La búsqueda de los medios que permitan hacer posible una auténtica tutela efectiva y de reconocimiento de los derechos humanos, ha sido una constante del Estado social, al entender que los derechos humanos, constituyen un ideal limitador al ejercicio del poder público, en aras de alcanzar la legitimidad del valor de justicia.

En efecto, como punto de partida, ha de tomarse la consideración de que los derechos humanos son el conjunto de facultades e instituciones que concretan las exigencias de dignidad, libertad e igualdad inherentes a la persona, al ser humano.

Los derechos fundamentales, de modo más concreto, son el resultado de la positivación de los derechos humanos. Se desprende por tanto, que la base de justificación de los derechos fundamentales no es otra la esencia misma de los derechos humanos.

Así, los derechos fundamentales de naturaleza procesal son derechos subjetivos públicos que se tienen frente a los órganos jurisdiccionales y que, en consecuencia, configuran un conjunto de facultades de los ciudadanos frente a los jueces y tribunales.

DECIMOPRIMERA.- Los derechos procesales tienen una clarísima dimensión objetiva, que hace de ellos unos derechos sensiblemente diferentes al resto de los derechos fundamentales

En la figura de la detención se constata la virtual quiebra del derecho a la libertad ambulatoria, por lo que el individuo percibe un menoscabo en la dignidad y tutela de su derecho.

Si bien es cierto que la libertad restringida en la detención, viene amparada por el Estado como garantía del bienestar social, no es menos cierto, que el Estado debe en todo caso, proporcionar las medidas de salvaguarda y tutela, instaurando un sistema de límites y condiciones básicas, para que no se produzca una extralimitación que finalmente anule un derecho fundamental.

El tándem que constituye la dignidad y la libertad, estructura en principio, la génesis básica que sirve de fundamento a la persona como titular de derechos y garantía del libre desarrollo del individuo y de su personalidad social más referenciada.

La positivación de los derechos fundamentales es el último eslabón de un proceso que se inicia muy previamente, con la aparición de un depósito de moralidad, la moralidad que expresa la

dignidad del hombre, moralidad crítica que tiene la pretensión de convertirse en moralidad legalizada.

DECIMOSEGUNDA.- El reconocimiento del Derecho penal como sistema de garantía, parte de la consideración del alcance que asume como respuesta punitiva por parte de los Tribunales de justicia en la aplicación de las normas jurídicas

Los efectos directamente derivados del ámbito punitivo se cristalizan en la posibilidad de privar a las personas, precisamente de sus derechos más valiosos, mediante una organizada institucionalidad pública. Precisamente por ello, no resulta extraño que se configure como una herramienta de control social en aras de garantizar la protección de los derechos fundamentales.

DECIMOTERCERA.-Es precisamente, en este sentido, cuando cobra todo su sentido la decisión judicial en su relación con la argumentación, en tanto en cuanto, se presenta como una de las garantías constitucionales que derivan directamente del principio de legalidad. Todo ello, nos conduce a la idea que la interpretación de

la norma debe ser conforme a los valores constitucionales como un imperativo ético y normativo.

DECIMOCUARTA.- Una de las cualidades más importantes que debe tener todo operador jurídico es, sin duda alguna, su capacidad de argumentación. Si bien es cierto, que la consideración de argumentar puede ser realizada por cualquier sujeto, no es menos cierto que, en el ámbito del derecho, es donde se cristaliza todo su sentido.

Debemos tener en consideración, que la actividad que realizan los operadores jurídicos, no se centra simple y llanamente en la argumentación jurídica. La finalidad de la misma debe alcanzar una motivación que fundamenta la decisión de los jueces a la hora de dictar sus sentencias.

DECIMOQUINTA.- En relación con la actuación del poder judicial, que es uno de los principales (no único) poderes garantizadores de los derechos, se hace absolutamente imprescindible, exigir un mayor control en la valoración de los

hechos en materia penal. En este punto, resulta destacable el papel que ofrece el catálogo de los derechos fundamentales como límites al poder estatal, sobre todo, en lo que a privación de libertad se refiere.

Con respecto a la determinación que establece si un sujeto es vulnerador o no de la norma, resulta del todo necesario, determinar la carga de la prueba como respuesta a la función epistemológica o demostrativa que la identifica. Sin embargo, esa función está queda supeditada al juicio de hecho, que versa sobre las garantías que ofrecen los derechos fundamentales en la persona del detenido.

DECIMOSEXTA.- Como hemos defendido hasta el momento, un derecho fundamental no alcanza su plenitud hasta que no es reconocido en el Derecho positivo. Los derechos fundamentales son fuente de derechos y obligaciones jurídicas que se proyectan sobre el Estado, por un lado, como una abstención y por otro, como una obligación de perseguir las actividades que tienden a menoscabarlos.

Una forma de contribuir a la fundamentación del derecho a la inmediación, requiere que el juzgador conozca de primera mano la

información que ofrecerá la base en la toma de su decisión. En este sentido, se proyecta por un lado, imposibilitar que se empeoren las posibles dificultades epistemológicas del proceso penal y por otro, garantiza que el juzgador reciba por sí mismo la información que suministran las fuentes de la misma.

La decisión judicial, en tanto en cuanto, se presenta como una de las garantías constitucionales. Todo ello, nos conduce a la idea que la interpretación de la norma debe ser conforme a los valores constitucionales como un imperativo ético y normativo.

DECIMOSÉPTIMA.-Una de las cualidades más importantes que debe tener todo operador jurídico es, sin duda alguna, su capacidad de argumentación. Si bien es cierto, que la consideración de argumentar puede ser realizada por cualquier sujeto, no es menos cierto que en el ámbito del derecho, es donde se cristaliza con toda su intensidad.

Debemos tener en consideración, que la actividad que realizan los operadores jurídicos, no se centra simple y llanamente en la argumentación jurídica. La finalidad de la misma debe alcanzar una

motivación que fundamenta la decisión de los jueces a la hora de dictar sus sentencias.

En este sentido, los operadores jurídicos actúan dentro del campo de la razón buscando una solución justa, es decir, un criterio para una mejor decisión en la decisión jurídica.

Para tal efecto, no cabe duda que se deba partir de la consideración que representa el valor de los derechos fundamentales. Por tanto, la argumentación jurídica debe asumir la relación que existe entre el hecho y la evaluación teniendo siempre presente la consideración de los derechos fundamentales.

La finalidad de la decisión jurídica ha de estar orientada hacia la aplicación idónea, conforme a los principios y valores que han de informar, en todo caso, al ordenamiento jurídico en el que se funda.

Desde esta perspectiva, ha de estar estrechamente vinculada al Derecho en tanto que ha de constituir una aplicación responsable del mismo por parte del operador jurídico, entiende el profesor

DECIMOCTAVA.- La justicia restaurativa como medida alternativa en la resolución de conflictos, se presenta en la

actualidad como un nuevo reto para la argumentación e interpretación del derecho.

La justicia restaurativa viene representada como la justicia que se ocupa de reparar la lesión originada por el delito. En este punto, se pretende intervenir entre la víctima y el victimizador con el objetivo de alcanzar una respuesta válida, rápida y eficaz para que la víctima vea resarcido el daño que se le ha causado.

La importancia que asume este medio de resolución extrajudicial responde por un lado, a que en muchas ocasiones la víctima ante el procedimiento se encuentra en una posición vulnerable por la falta de celeridad que caracteriza al procedimiento ordinario y por otro lado, que en no pocas ocasiones la víctima no encuentra respuesta que repare el daño moral ocasionado.

DECIMONOVENA.- La profesión de abogado constituye una pieza clave en el funcionamiento de la Administración de Justicia. Su principal cometido es la defensa de los intereses de los ciudadanos frente a las posibles injerencias, tanto por parte de la Administración o bien, los conflictos personales que se le puedan presentar en su vida cotidiana.

La abogacía es una de las profesiones que trabajan con bienes inherentes a la persona y por ello, necesitan de una especial atención por parte de los Estados para evitar por un lado, que esos bienes puedan ser lesionados y por otro lado, que los ciudadanos como destinatarios directos del sistema de la Administración de Justicia, pierdan su credibilidad y confianza en el sistema de justicia.

La consideración que se asume en torno a la figura del abogado, no sólo se proyecta en la idea que concibe al abogado como operador jurídico, sino se reconoce al abogado como un especialista en derecho, cuyos conocimientos se canalizan con un único objetivo, garantizar los legítimos intereses y derechos del justiciable, estando sometidos rigurosamente al principio de confianza, de responsabilidad, de diligencia y de competencia.

VIGÉSIMA.- En este punto, se pretende esclarecer la importancia de la Deontología, la ética y la moral en la actividad profesional del abogado.

El impacto de los derechos humanos sobre la deontología profesional es, en primer término, de tipo moral. Los derechos humanos son percibidos ordinariamente (aunque no unánimemente) como un contenido mínimo de la moral ideal o crítica, como elementos básicos de la moralidad prescrita por la razón práctica ejercitada por la filosofía.

La Deontología Jurídica se presenta como la ciencia del deber, tiene como función principal regular el ejercicio del abogado en su actividad profesional, tanto en el ámbito individual como en el ámbito social. En este sentido, los Códigos Deontológicos constituyen una fuente reglada para los operadores jurídicos, sin olvidar claro está, el papel que asume la moral y la ética en el ejercicio de sus funciones.

La Deontología Jurídica se percibe como un conjunto de reglas del deber y tiene como objetivo regular el comportamiento correcto del abogado como operador jurídico. Todo ello se hace posible a través de los llamados Códigos Deontológicos.

VIGÉSIMA PRIMERA.- Los Códigos Deontológicos se presentan como un cuerpo normativo que regula la actividad de los operadores jurídicos que guardan una relación lógica con la moral y la ética. La deontología por lo tanto, viene entendida como la ética profesional que debe imperar en cualquier profesión y más aún cuando se trata de salvaguardar derechos fundamentales.

El Código Deontológico de los abogados se presenta como una herramienta garantista. Los principios deontológicos garantizan, en este sentido, las obligaciones que debe cumplir el abogado. Resultan destacables, en este sentido, la lealtad, la competencia, la independencia, la libertad o confidencialidad, y para su garantía y eficacia cuentan con un conjunto de normas de obligado cumplimiento que tienen como destinatarios los abogados a la hora de llevar su propia actividad profesional.

Precisamente por ello, el matiz que asume el abogado como operador jurídico y servidor de la justicia se cristaliza en la obligación de salvaguardar y tutelar los derechos en general y muy en particular deberá velar por las garantías del detenido.

La consideración que se asume el Código Deontológico en torno a la figura del abogado, no sólo se proyecta en la idea que

concibe al abogado como operador jurídico, sino se reconoce al abogado como un especialista en derecho, cuyos conocimientos se canalizan con un único objetivo, garantizar los legítimos intereses y derechos del justiciable, estando sometidos rigurosamente al principio de confianza, de responsabilidad, de diligencia y de competencia

BIBLIOGRAFÍA

BIBLIOGRAFÍA:

-AFANADOR CONTRERAS, M. I.; “El derecho a la integridad personal: elementos para su análisis”, en *Revista* Reflexión Política, Año 4, Número 8, Universidad Bucaramanga, Colombia, 2002.

-AGUIAR DE LUQUE, L.; “Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales en la constitución española”, en *Revista de Derecho Político,* Número 10, Madrid, 1981.

-AGUIAR DE LUQUE, L.; “Los límites de los derechos fundamentales”, en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Número 14, enero-abril, Madrid, 1993.

-ALEXY, R.; “Teoría de la argumentación jurídica”, en La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica, (traducción DE MANUEL ATIENZA e ISABEL ESPEJO), en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales,* marzo, Madrid 1999.

-ALSINA RAMÓN, M.; “Prólogo” en *Persona y Derecho*, Valerio Abeledo, Buenos Aires, 1947.

-ANDRÉ, E. L.; *Deontología. Deberes Éticos y Cívicos*, Sucesores de Rivadeneyra, Madrid, 1928.

-AÑON ROIG, M. J.; “Derecho y Sociedad”, en AA.VV., (coord. J. DE LUCAS.); *Introducción a la Teoría del Derecho*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1997.

-APARISI MIRALLES, A.; *Ética y deontología para juristas*, Eunsa, Pamplona, 2006.

-ARANGUREN, J.; *Resistir en el bien: Razones de la virtud de la fortaleza en Santo Tomás de Aquino*, Eunsa, Pamplona, 2000.

-ARISTÓTELES.; “Ética a Nicómaco”, Libro III, (traducción de F. GALLACH PALLÉS.); en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales,* Madrid, 1994.

-ARMENTA DEU, T.; *Lecciones de derecho procesal penal*, Marcial Pons, Madrid, 2010.

-ASÍS ROIG, R.; “Deberes y obligaciones en la Constitución”, en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Madrid, 1991.

-ASÍS ROIG, R.; *Jueces y normas. La decisión judicial desde el ordenamiento*, Marcial Pons, Madrid, 1995.

-ASÍS ROIG, R.; *Sobre el razonamiento judicial*, McGraw-Hill, Madrid, 1998.

-ASÍS ROIG, R.; "Breves reflexiones sobre los valores y los derechos en la Constitución Española", en *Revista de Derecho Constitucional,* Número 33, Volumen I, El Salvador, 1999.

-ASÍS ROIG, R.; "La igualdad en el discurso de los derechos", (editores J. A. LÓPEZ GARCÍA y J. A. REAL ALCALÁ.); en *Los derechos: entre la ética, el poder y el Derecho*, Dykinson, Madrid, 2000.

-ASÍS ROIG, R.; *El juez y la motivación en el Derecho*, Dykinson, Madrid, 2005.

-ATIENZA, M. y RUIZ MANERO, J.; *Ilícitos Atípicos*, Trotta, Madrid, 2000.

-ATIENZA, M.; *El Derecho como argumentación*, Ariel, Barcelona, 2006.

-BARRANCO AVILÉS, M. C.; *La teoría jurídica de los derechos fundamentales,* Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, Madrid, 2000.

-BAZEMORE, G. y WALGRAVE, L.; *Restorative Juvenile Justice*, WillowTree, Missouri, 1999.

-BECCARIA, C.; *De los Delitos y las Penas*, El Sol, Madrid, 1991.

-BERLÍN, I.; "Two Concepts of Liberty", en *Four Essay son Liberty*, Oxford UniversityPress, Londres, 1969.

-BERLÍN, I.; "Dos conceptos de libertad", en *Cuatro ensayos sobre la libertad,* (traducción de J. BAYÓN.); Alianza, Madrid, 1998.

-BIANCA, M.; *Diritto Civile VI*, Dotta Giuffre, Milano, 1999.

-BIEGER, P.; "El Abogado", en AA.VV., (coord. L. M. DÍEZ PICAZO.); *El Oficio de jurista*, Siglo XXI, Madrid, 2006.

-BLANCO PEÑALVER, A.; "La naturaleza cautelar del habeas corpus", en *Estudios del Ministerio Fiscal*, Cursos de formación, Número 1, Madrid, 1994.

-BOLEA BARDÓN, C. y ROBLES PLANAS, R.; "La tipicidad de las detenciones ilegales policiales. Revisión crítica de la aplicación jurisdiccional de los arts. 167 y 530 del Código Penal", en *Revista para el Análisis del Derecho*, Madrid, 2006.

-BOLEA, BARDÓN, C. y ROBLES, R.; “La tipicidad de las detenciones ilegales policiales”, en *Indret Revista para el Análisis del Derecho,* Barcelona, 2006.

-BONET NAVARRO, A.; “Deontología profesional del Abogado”, en *El Abogado. Formación, deontología y organización del despacho profesional*, Aranzadi, Pamplona, 1994.

-BRAMONT-ARIAS TORRES, L. M.; *Manual de Derecho Penal. Parte General,* San Marcos, Lima, 2008.

-CALONJE VELÁZQUEZ, C.; *Técnica de la Argumentación Jurídica*, Aranzadi, Navarra, 2009.

-CAMARGO MARTÍNEZ, P. P.; *La problemática mundial de los derechos humanos,* Retina, Bogotá, 1974.

-CANÇADO TRINDADE, A. A.; “A Proteção Internacional dos Direitos humanos no Limiar do Novo Século”, en AA.VV., (editor A. A. CANÇADO TRINDADE.); *The Modern World of Human Rights - Essays in Honour of The Buergenthal*, San José Costa Rica, 1996.

-CANO MATA, A.; *El principio de igualdad en la doctrina del Tribunal Constitucional*, Edersa, Madrid, 1983.

-CARBONELL MATEU, J. C. y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.; *Comentarios al Código Penal de 1995*, Volumen I, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1996.

-CARNICER DÍEZ, C.; “Normas Deontológicas” en *Comentarios al Estatuto General de la Abogacía Española*, Thomson-Civitas, Madrid, 2003.

-CARTER, I; “Libertad negativa y positiva”**,** en *Astrolabio. Revista internacional de filosofía*, Número 10, Madrid, 2010.

-CERVILLA GARZÓN, M. D.; *La prestación de servicios profesionales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

-CLIMENT DURÁN, C.; *Detenciones ilegales policiales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.

-CLIMENT DURÁN, C.; *Detenciones ilegales cometidas por autoridad o funcionario público*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999.

-COLOMER, J. L.; “Libertad individual y límites del derecho. El liberalismo y sus críticos”, en (editores E. DÍAZ y J. L. COLOMER.); *Estado, justicia, derechos*, Alianza, Madrid, 2002.

-CONSTANT, B.; “De la libertad de los antiguos comparada con la de los modernos”, en Escritos políticos, (traducción de M. L. SÁNCHEZ MEJÍA.); *en Revista del Centro de Estudios Constitucionales,* Madrid, 1989.

-CÓRDOBA, G. E. y PASTOR, D.R.; *Reflexiones sobre el Derecho Penal,* Del Puerto, Buenos Aires, 2000.

-COROMINAS, J.; Breve Diccionario Etimológico de la Lengua Castellana, Gredos, Madrid, 1991.

-CORTÉS DOMÍNGUEZ, V.; “Principios constitucionales en el proceso civil”, en AA.VV., CORTES DOMÍNGUEZ, V. y MORENO CATENA, V.; *Introducción al Derecho Procesal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

-CRUZ VILLALÓN, P.; “El legislador de los derechos fundamentales”, en AA.VV., (editor A. LÓPEZ PINA.); *La garantía constitucional de los derechos fundamentales*, Civitas, Madrid, 1991.

-DE ESTEBAN, J. y GONZÁLEZ-TREVIJANO, P.; *Curso de Derecho Constitucional Español,* Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 1993.

-DE MIGUEL BERIAIN, I.; “La dignidad humana, fundamento de derecho”, en *Boletín de la Facultad de Derecho*, Número 27, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 2005.

-DESCLOS, J.; “Una moral para la vida”, en *Curso de Ética Profesional Jurídica,* Esfinge, San José, 2005.

-DÍAZ GARCÍA, E.; “De las Funciones del Derecho: Organización y cambio social”, en *Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez,* Volumen IV, Civitas, Madrid, 1996.

-DÍAZ, E.; *Estado de derecho y sociedad democrática*, Taurus, Madrid, 1998.

-DIEGO DIEZ, L. A.; *Habeas corpus frente a detenciones ilegales*, Bosch, Barcelona, 2011.

-DÍEZ PICAZO, L.M.; *Sistema de derechos fundamentales*, Civitas, Madrid, 2003.

-DOMINGO MORATALLA, T.; "Difícil dignidad, cuestiones abiertas", en AA.VV., (editor J. MASIÁ CLAVEL.); *Ser humano, persona y dignidad*, Desclée de Brouwer, Madrid, 2005.

-DORN GARRIDO, C.; "La dignidad de la persona como límite de la autonomía individual", en *Revista de Derecho*, Número 26, Madrid, 2011.

-DUCH, L.; *Estaciones del laberinto. Ensayos de antropología*, Herder, Barcelona, 2004.

-DUVERGER, M.; *Instituciones políticas y derecho constitucional*, Ariel, Barcelona, 1970.

-FALCÓN TELLA, M. J.; "Capacidad jurídica y derechos humanos", en *Anuario de Derechos Humanos. Nueva época*, Volumen 5, Universidad Complutense, Madrid, 2004.

-FERNÁNDEZ GARCÍA, E.; "El problema del fundamento de los derechos humanos", en *Anuario de Derechos Humanos*, Universidad Complutense, Madrid, 1981.

-FERNÁNDEZ GARCÍA, E.; "Los derechos humanos y la historia", en AA.VV., (coord. J. BETEGÓN CARRILLO.); *Constitución y derechos fundamentales,* Madrid, 2004.

-FERNÁNDEZ SEGADO, F.; “El derecho a la libertad y la seguridad personal en España”, en *Revista Ius et Praxis,* Volumen 5, Número 1, Santiago de Chile, 2006.

-FERNÁNDEZ SESSAREGO, C.; *Abuso del Derecho*, Grijley, Lima, 1999.

-FERNÁNDEZ SESSAREGO, C.; *Derecho y Persona*, Grijley, Lima, 1999.

-FERNÁNDEZ, E.; *Los derechos humanos y la historia*, Universidad Carlos III, Madrid, 2004.

-FERRAJOLI, L.; *Derechos y garantías, La ley del más débil,* (traducción de P. A. IBÁÑEZ y A. GREPPI.); Madrid, Trotta, 1999.

-FERRAJOLI, L.; “La esfera de lo indecidible y la división de poderes”, en *Revista Centro de Estudios Constitucionales*, Año 6, Número 1, Universidad de Talca, Chile 2008.

-FIORAVANTI, M.; *Los Derechos Fundamentales. Apuntes de historia de las constitución,* Trotta, Madrid, 1996.

-FLORIAN, E.; “Elementos de Derecho procesal penal”, (traducción de L. PRIETO CASTRO), en *Revista Jurídica Universitaria*, Volumen I, abril, México, 2002.

-FOUCAULT, M.; *La verdad y las formas jurídicas*, Gedisa, Barcelona, 1998.

-FUERTES-PLANAS ALEIX, C.; “El habeas corpus”, en *Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid,* Número 4, Madrid, 2007.

-GAJA G.; “The Position of Individuals in International Law: an ILC Perspective”, en *The European Journal of International Law*, volumen 21, Número 1, Ejil, 2010.

-GÁLVEZ MONTES, J; *La organización de las profesiones tituladas,* Consejo de Estado y BOE, Madrid, 2002.

-GARRIDO FALLA, F.; “Comentarios al artículo 10.1”, en AA.VV., (coord. F. GARRIDO FALLA.); *Comentarios a la Constitución,* Civitas, Madrid 1985.

-GED (Grupo Editorial del Derecho), *Ley de Enjuiciamiento Criminal y normativa complementaria,* El Derecho, Madrid, 2011.

-GIMENO SENDRA, V.; “El proceso de Habeas Corpus”, en *Estudio minucioso y completo de la actual Ley Español de Habeas Corpus*, Tecnos, Madrid, 1985.

-GIMENO SENDRA, V.; *Manual de Derecho Procesal Penal*, Colex, Madrid, 2008.

-GOMEZ PIN, A.; *La dignidad. Lamento de la razón repudiada*, Paidós, Barcelona 1995.

-GONZÁLEZ CAPANERA, F.; *Los derechos humanos en el siglo XXI,* Ariel, Barcelona, 2004.

-GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, J. A.; “La seguridad pública en México” en *Los desafíos de la Seguridad Pública en México*, Universidad Iberoamericana UNAM y PGR, México, 2000.

-GONZÁLEZ PÉREZ, J.; *La dignidad de la persona*, Civitas, Madrid, 1986.

-GONZÁLEZ PÉREZ, J.; *El derecho a la tutela jurisdiccional*, Civitas, Madrid, 1989.

-GONZÁLEZ RAMÍREZ, I.X.; “¿Es la justicia restaurativa un aporte a los valores del sistema jurídico?”, en *Revista Sociedad Científica de Justicia Restaurativa,* Chile, 2012.

-GUTIÉRREZ SÁENZ, R.; “Introducción a la Ética”, en *Curso de Ética Profesional Jurídica,* Esfinge, San José, 2005.

-GUZMÁN FLUJÁ, V. C.; “El agente encubierto y las garantías del proceso penal”, en *Publicaciones del Portal Iberoamericano de las Ciencias Penales,* Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional, Castilla La Mancha.

-HARDIN, R.; “Trust worthiness”, en *Ethics*, Volumen 107, Número 1, Universidad de Chicago, 1996.

-HART, H.L.A.; *El concepto de Derecho*, (traducción de G. R. CARRIÓ), Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1961.

-HEIKO HARTMUT L.; *La función de la pena*, (traducción de J. SANCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES) Dykinson, Madrid, 1999.

-HERREROS VÁZQUEZ, F. y CRIADO, H.; “El problema de la formación del capital social. Estado, asociaciones voluntarias y confianza generalizada”, en *Capital Social*, Zona Abierta, Número 94/95, Madrid, 2001.

-HERVADA, J.; *Lecciones propedéuticas de filosofía del derecho*, Pamplona, Eunsa, 1995.
-HERVADA, J.; *Introducción crítica al derecho natural*, Eunsa, Pamplona, 2001.

-HIERRO SANCHEZ-PESCADOR, L. L.; “Las profesiones jurídicas. Una visión de conjunto”, en *Sistema: Revista de Ciencias Sociales*, Número 137, España, 1997.

-HULSMAN, L. y BERNAT DE CELIS, J.; *Sistema penal y seguridad ciudadana*, Ariel, Barcelona, 1984.

-IGLESIAS BÁREZ, M.; *Estructura orgánica y derechos fundamentales en la Constitución Española de 1978*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2011.

-IHERING, R.V.; *El Espíritu del Derecho Romano*, Marcial Pons, Madrid, 2005.

-ITURMENDI MORALES, J.; “¿Hacia un nuevo Derecho Internacional?”, en *Anuario de Derechos Humanos. Nueva Época*, Volumen 2, Universidad Complutense, Madrid, 2001.

-JUNQUERA DE ESTÉFANI, R.; “Dignidad humana y genética”, en Diez *Palabras Clave en la Nueva Genética*, Verbo Divino, Navarra, 2006.

-JÜRGEN, S.; “La dignidad del hombre como principio regulador en Bioética”, en *Revista de Derecho y Genoma Humano*, Número 13, Madrid, 2005.

-KANT, I.; “Introducción a la metafísica de las costumbres”, en *Metafísica de las costumbres*, Volumen IV, Darmstadt, 1956.

-KANT, I.; *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, Encuentro, Madrid, 2003.

-KELSEN, H.; *Teoría pura del derecho*, (traducción de J. VERNENGO), Unam, México, 1986.

-KRIELE, M.; “Libertad y dignidad de la persona humana”, en *Ponencia presentada a las Jornadas Internacionales de Filosofía Jurídica y Social* (traducción de J. M. BENEYTO), Pamplona, 1981.

-LANDA ARROYO, C.; *Teoría del derecho procesal constitucional*, Palestra, Lima, 2003.

-LANDROVE DIAZ, G.; *Detenciones Ilegales y Secuestros*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

-LAPORTA, F., “Sobre el uso del término "libertad" en el lenguaje político”, en *Sistema: Revista de Ciencias Sociales*, Número 52, España, 1983.

-LEGA, C.; Deontología de la profesión de abogado, (traducción de M. SÁNCHEZ MORÓN), Civitas, Madrid, 1983.

-LEGAZ LACAMBRA, L.; “La noción jurídica de la persona humana y los derechos del hombre”, en *Revista de Estudios Políticos,* Número 55, Madrid, 1951.

-LOEWENSTEIN, K.; *Teoría de la Constitución*, Ariel, Barcelona, 1979.

-LLERA SUÁREZ-BARCELONA, E.; *Derecho Procesal Penal, Manual para criminólogos y policías*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

-M. RODRÍGUEZ-PIÑERO y M. F. FERNÁNDEZ; *Igualdad y discriminación,* Tecnos, Madrid, 1986.

-MÁLAGA DIEGUEZ, F.; “Detención y retención”, en *Justicia: Revista de Derecho Procesal,* Número 2, Madrid, 2001.

-MARÍN CASTÁN, M.; “La dignidad humana, los derechos humanos y los derechos constitucionales” en *Revista de Bioética y Derecho*, Número 9, Barcelona, 2007.

-MARIÑO MENÉNDEZ, F. M.; “En torno a la prohibición internacional de la tortura”, en *Pacis Artes. Libro Homenaje al Profesor J. González Campos,* Volumen 1, Madrid, 2005.

-MARSHALL, T.; *Restorative Justice*, Overview, Nueva York, 1999.

-MARTÍN OSTOS, J.; *Manual de Derecho Procesal Penal*, Madrid, Tecnos, 2011.

-MARTIN, J.; *The English Legal System*, Hodder Arnold, Londres, 2005.

-MARTÍNEZ DE MARAÑÓN, J.; "El abogado y la mediación. Algunas cuestiones sobre el asesoramiento y el rol del abogado en la mediación", en *La Mediación: Una visión plural. Diversos campos de aplicación,* Consejería de Presidencia y Justicia, Viceconsejería de Justicia y Seguridad, Gobierno de Canarias, Las Palmas de G.C., 2005.

-MARTINEZ PUJALTE, A.L.; "Hacia un concepto constitucional de persona", en *Cuadernos constitucionales de la Cátedra de Fadrique FurióCeriol,* Número 11-12, Valencia, 1995.

-MILL, J. S.; *Sobre la libertad*, (traducción de P. DE AZCÁRATE.); Alianza, Madrid, 2004.

-MILLÁN PUELLES, A.; *Persona humana y justicia social*, Rialp, Madrid, 1973.

-MIRAUT MARTÍN, L.; "Las limitaciones funcionales de los conceptos jurídicos", en *Anuario de Filosofía del Derecho*, Número 16, Madrid, 1998.

-MIRAUT MARTÍN, L.; "La paradoja del perfeccionamiento moral de la función judicial", en *Anuario de Filosofía del Derecho*, Número 25, Madrid, 2009.

-MOLINA, L. H.; *El recurso de Amparo*, Escuela Nacional de la Judicatura, República Dominicana, 2006.

-MOLINER, M.; *Diccionario de Uso del Español*, Gredos, Madrid, 1990.

-MONTERO AROCA, J.; *Derecho Jurisdiccional I*, Parte General, Tirant lo Blanch, Valencia 2005.

-MORALES GIL DE LA TORRE, H.; "Introducción: notas sobre la transición en México y los derechos humanos", en *Derechos humanos: dignidad y conflicto*, México, 1996.

-MORENILLA RODRÍGUEZ, J.M.; *Sistemas de protección de los derechos humanos,* Ministerio de Justicia e Interior, Centro de publicaciones, Madrid, 1958.

-MORENO CATENA, V.M.; *La defensa en el proceso penal*, Civitas, Madrid 1982.

-MORENO LUCE, M.S.; "La seguridad pública, los derechos humanos y su protección en el ámbito internacional", en *Revista Letras Jurídicas,* Volumen 9, México, 2004.

-MUGUERZA, J.; "Desde la perplejidad", en *Ensayos sobre la ética, la razón y el diálogo*, FCE, Madrid, 1990.

-MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M.; *Derecho Penal Parte General,* Tirant lo Blanch, Valencia, 1993.

-MUÑOZ RAMÍREZ, E.; "La Reincidencia en el Derecho Penal", en *Revista de Derecho*, Universidad Austral de Chile, Valdivia, 2013.

-NARANJO DE LA CRUZ, R.; “Derechos fundamentales”, en *Manual de Derecho Constitucional*, Tecnos, Madrid, 2004.

-NATARÉN NANDAYAPA, C.; “La tutela de los derechos fundamentales de naturaleza procesal: en torno a la ley de enjuiciamiento civil de 2000”, en *Instituto de Investigaciones Jurídicas,* UNAM, México, 2010.

-NIETZSCHE, F.; *Sobre verdad y mentira en sentido extramoral*, Tecnos, Madrid, 1990.

-NINO, C. S.; *Ética y Derechos Humanos*, Paidós, Buenos Aires, 1984.

-NINO, C. S.; *Ética y Derechos Humanos*, Ariel, Barcelona, 1989.

-NOGUEIRA ALCALA, H.; “La libertad personal y las dos caras de Jano en el ordenamiento jurídico chileno”, en *Revista de Derecho*, Valdivia, 2002.

-OLIVA SANTOS, A.; “Tribunal Constitucional y jurisdicción ordinaria: causas, ámbitos y alivios de una tensión”, en AA.VV., OLIVA SANTOS, A. y DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I.; *Tribunal Constitucional, jurisdicción ordinaria y derechos fundamentales*, McGraw-Hill, Madrid, 1996.

-OLIVA SANTOS, A. y DÍEZ PICAZO GIMÉNEZ, I.; *Derecho Procesal. Introducción,* Centros de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2004.

-OLLERO PERÁN, J.; “Menos prisión más justicia restaurativa: estableciendo las prioridades en el debate”, en *Revista Criminología y Justicia,* Sevilla, 2013.

-OPPENHEIM, F. E.; *Dimensions of Freedom: An Analysis*, St. Martin'sPress, New York, 1961.

-OTTO, I.; *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Ariel, Barcelona, 1999.

-PAPACCHINI, A.; *Filosofía y Derechos Humanos*, Universidad del Valle, Programa, Colombia, 2003.

-PAREJO ALFONSO, L.; *Estado social y administración pública. Los postulados constitucionales de la reforma administrativa*, Civitas, Madrid, 1983.

-PASTOR RIDRUEJO, J.A.; *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales,* Tecnos, Madrid, 2003.

-PATIÑO GONZÁLEZ, M.C.; *Naturaleza Jurídica del Hábeas Corpus, Doctrina y Ley,* Bogotá, 2005.

-PECES-BARBA, MARTÍNEZ, G.; *Derechos fundamentales*, Latina Universitaria, Madrid, 1980.

-PECES-BARBA, MARTÍNEZ, G.; “Los operadores jurídicos”, en *Revista de la Facultad de Derecho*, Universidad Complutense de Madrid, Número 72, Madrid, 1986-1987.

-PECES-BARBA, MARTÍNEZ, G.*; Sobre el fundamento de los derechos humanos,* Debate, Madrid, 1989.

-PECES-BARBA, MARTÍNEZ, G.; "Derecho y Derechos Fundamentales", en *Centro de Estudios Políticos y Constitucionales,* Madrid, 1993.

-PECES-BARBA, MARTÍNEZ, G.; *Curso de derechos fundamentales: Teoría General,* en AA.VV., ASIS ROIG, R. FERNÁNDEZ LIESA, C. R. y LLAMAS, A.; Universidad Carlos III de Madrid y Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1999.

-PECES-BARBA, MARTÍNEZ, G.; FERNÁNDEZ GARCÍA, E. y ASÍS ROIG, R.; Curso de Teoría del Derecho, Marcial Pons, Madrid, 2000.

-PECES-BARBA, MARTÍNEZ, G.; "La dignidad de la persona desde la filosofía del derecho", en *Cuadernos Bartolomé de las Casas,* Número 26, Dykinson, Madrid, 2003

-PECES-BARBA, MARTÍNEZ, G.; "Historia de los derechos fundamentales", en AA.VV., *Tránsito a la Modernidad*. *Siglo XVI y XVIII*, Dykinson, Madrid, 2003.

-PEDRAJAS MORENO A.; *Despido y derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 1992.

-PELLEGRINO, E. D.; *Ethics, Trust and the professions. Philosophical and Cultural Aspects,* Georgetown University Press, Washington, 1991.

-PERAZA, L.; “La jurisdicción universal: una realidad en constante construcción”, en *Revista de Actualidad Jurídica Dikaion,* Número 15, Volumen 20, Colombia, 2006.

-PERERA MELÉNDEZ, L. J.; *Principios, garantías y derechos humanos en el proceso penal*, Vadell Hermanos, Caracas, 2013.

-PÉREZ LUÑO, A.E.; “Delimitación conceptual de los derechos humanos”, en AA.VV., *Los derechos humanos*, Sevilla, 1979.

-PÉREZ LUÑO, A.E.; *Los derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 1984.

-PEREZ LUÑO, A.E.; “Las generaciones de derechos fundamentales”, en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales,* Número 10, Madrid, 1991.

-PÉREZ LUÑO, A. E.; *Los Derechos Fundamentales*, Tecnos, Madrid, 2004.

-PÉREZ LUÑO, A.E.; *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución,* Tecnos, Madrid, 2005.

-PÉREZ LUÑO, A.E.; *Dimensiones de la igualdad*, Dykinson, Madrid, 2005.

-PETERS, T.; “From Community Sanctions to Restorative Justice: The Belgian Example”, en *Annual Reportfor 2002 and Resource Material,* Número 61, Bélgica, 2003.

-PIÑEYROA SIERRA, C, VALIMAÑA TORRES, S y MARTÍNEZ DE ALBORNOZ, A. M.; *El valor de la palabra que nos humaniza. Seis años de justicia restaurativa en Aragón*, Hablamos, Zaragoza, 2011.

-PIZZORUSSO, A; "Las generaciones de derechos", en *Anuario de Derechos Humanos. Nueva época*, Volumen 3, Madrid, 2002.

-POLO, L.; *Ética. Hacia una versión moderna de los temas clásicos*, Unión Editorial, Madrid, 1996.

-RAWLS, J.; "Justicia como equidad", en *Revista Española de Control Externo,* Volumen 5, Número 13, Madrid, 2003.

-RAWLS, J.; *La justicia como equidad: una reformulación*, (traducción de F. DE ANDRÉS), Paidós, Barcelona, 2002.

-REALE, M.; *Introducción al Derecho* (traducción de J. BRUFAU PRATS.); Pirámide, Madrid, 1984.

-REBATO PEÑO, M.E.; "La detención desde la constitución", en *Centro de Estudios Políticos y Constitucionales*, Madrid, 2006.

-REYES SOTO, N.; *Apuntes de curso de Teoría del Derecho*, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile, 2008.

-RICHARD GONZÁLEZ, M.; RIFA SOLER, J. M. y VALLS GOMBAU, J. F.; *Proceso Penal Práctico,* La Ley, Madrid, 2009.

-RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, J.; *La detención preventiva y los derechos humanos en derecho comparado*, Universidad Nacional Autónoma, México, 1981.

-RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J.; “Cuestiones deontológicas en torno al trabajo en la Administración Pública”, en *Ética de las profesiones jurídicas,* Universidad Católica de San Antonio, Murcia, 2003.

-RODRÍGUEZ-PINERO M.; “Carga de la prueba y presunción de inocencia en el proceso de despido", en *Revista Letras Jurídicas*, Número 8, México, 1990.

-RODRÍGUEZ-TOUBES MUÑIZ, J.; “Deontología de las profesiones jurídicas y derechos humanos”, en *Revista Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho,* Número 20, La Rioja, 2010.

-ROSAL, R.; *Normas Deontológicas de la Abogacía Española. Una doctrina construida a partir del ejercicio de la competencia disciplinaria*, Civitas, Madrid, 2002.

-RUSCHE, G. y KIRCHHEIMER, O.; *Pena y Estructura Social*, Temis, Colombia, 1984.

-SÁNCHEZ AGESTA, L.; *Sistema político de la Constitución Española*, Nacional, Madrid, 1980.

-SÁNCHEZ DE LA TORRE, A.; “Noción “formal” de los derechos humanos” en *Anuario de Derechos Humanos Nueva Época*, Volumen 12, Madrid, 2011.

-SÁNCHEZ-STEWART, N.; “La profesión de Abogado”, en *Deontología, Valores y Colegios de Abogados*, Difusión Jurídica, Madrid, 2008.

-SANTANA RAMOS, E.; “El abogado ante la ética y deontología jurídica”, en *Abogacía y Derecho: Gestión de Conflicto*, ONBC, La Habana, 2014.

-SAPOLINSKI, J.; *Sobre el concepto de igualdad jurídica*, Universitaria, Madrid, 1993.

-SAVAN, B; “Beyond Professional Ethics: Issuesand Agendas”, en *Journal of Business Ethics*, University of Pensylvania, 1989.

-SERRANO ALBERCA, J. M.; “Las Garantías jurisdiccionales como derechos fundamentales; un análisis del artículo 24 de la Constitución Española”, en *Anuario de Derechos Humanos*, Número 3, 1984-1985.

-SILVA MELERO V.; "La prueba procesal", en *Revista de Derecho Privado,* Madrid, 1963.

-SILVA SÁNCHEZ, J. M.; “Eficiencia y Derecho Penal”, en *Anuario del Derecho Penal y Ciencias Penales,* Ministerio de Justicia, Madrid, España, 1996.

-SKINNER, B. F.; *Más allá de la libertad y la dignidad*, Fontanella, Barcelona, 1982.

-SORIANO R.; *El derecho de Habeas Corpus*, Publicaciones del Congreso de los Diputados, Madrid, 1986.

-SOTO NIETO, F.; "Ética profesional y su proyección en la prueba penal", en AA.VV., *Ética de las profesiones jurídicas. Estudios de*

Deontología, Cátedra de Ciencias Sociales, Morales y Políticas, España, 2003.

-SQUELLA, A.; *Filosofía del Derecho*, Jurídica de Chile, Chile, 2003.

-SUÁREZ VILLEGAS, J.C.; *Principios de ética profesional*, Tecnos, Madrid, 2001.

-SUBIJANA ZUNZUNEGUI: "Las víctimas en el sistema penal. En especial, la Justicia Restaurativa" en AA.VV., *Panorama actual y perspectivas de la victimología*, Consejo General Poder Judicial, Madrid, 2008.

-TORRE DÍAZ, F.J.; *Ética y Deontología Jurídica*, Madrid, 2000.

-TORRE DÍAZ, J.; *De la Dignidad humana y bioética*, Upco, Servicio de publicaciones, Madrid, 2007.

-TORRE DÍAZ, F.J.; *Deontología de abogados, jueces y fiscales*, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 2008.

-URIARTE VALIENTE, L. M. y FARTO PIAY, T.; *El proceso penal español: jurisprudencia sistematizada,* La Ley, Madrid, 2007.

-VALENCIA VILLA, H.; *Los Derechos Humanos*, Acento, Madrid, 1997.

-VAN NESS, D. W. y STRONG, K. H.; *Restoring Justice*, Rústica, Buenos Aires, 2001.

-VARELA CASTEJÓN, X. y RAMÍREZ ORTIZ, J.L.; “Doce tesis en materia de detención policial preprocesal” en *Revista Catalana de Seguretat Pública*, Mayo, Barcelona, 2010.

-VASSALLI G.; *La libertad personal del sistema de la libertad constitucional*, Cedam, Padua, 1958.

-VÁZQUEZ GUERRERO, F.D.; *Ética, Deontología y Abogados*, Eunsa, Barcelona, 1996.

-VÁZQUEZ SOTELO J. L.; *Presunción de inocencia e íntima convicción del Tribunal,* Bosch, Barcelona, 1984.

-VIDAL FUEYO, M. C.; “Imprevisión legislativa, derechos fundamentales y proceso penal”, en AA.VV., *Derecho constitucional para el siglo XXI*, acta del VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2006.

-WEBER, M.; *Economía y Sociedad*, Fondo de Cultura Económica, México, 1969.

-WENDEL, B.; *Professional responsibility: examples & explanations*, Aspen, New York.

-ZACCARIA, G.; *Razón jurídica e interpretación*, (traducción de A. MESSUTI y G. ROBLES.); Universidad de Padua, Thompson-Civitas, Madrid, 2004.

-ZAPATERO, V. y GARRIDO GÓMEZ, M.I.; *El derecho como proceso normativo. Lecciones de Teoría del Derecho*, Universidad de Alcalá de Henares, Madrid, 2007.

-ZAVALETA, A. J.; *La prisión preventiva y la libertad provisoria*, Arayú, Buenos Aires, 1954.

-ZEHR, H.; *The Little book of restorative justice*, Good Books, Pensylvania, 2002.