

## DERECHOS HUMANOS Y LUCHA CONTRA LA DELINCUENCIA

José HURTADO POZO\*

*SUMARIO: I. Introducción. II. Derecho penal sustantivo. III. Procedimientos penales. IV. Ejecución de penas privativas de libertad. V. Bibliografía.*

### I. INTRODUCCIÓN

Los términos en que se ha encuadrado la temática por analizar imponen algunas reflexiones previas. Nos limitaremos a dos, que explicaremos brevemente a título de introducción de nuestro trabajo.

Primero, la expresión “lucha o combate contra la delincuencia” resulta poco afortunada en la medida en que implica la presencia de dos enemigos: de un lado la sociedad (víctima en la perspectiva individual o colectiva) y, del otro, el delincuente (cualquier persona culpable o inocente). La rebelión de éste contra el orden constituido lo convierte en un sujeto peligroso que se debe eliminar, someter o hacer inocuo. Con este objeto, debe recurrirse a medios eficaces y, entre éstos, al derecho penal en especial. Comprendido en sentido amplio, el derecho penal —parte del sistema de control social— debe estar tanto orientado a la prevención general, intimidando a los delincuentes potenciales mediante la amenaza de la pena retributiva, como dirigido a la prevención especial, curando o reeducando al delincuente peligroso para que no reitere.

En nuestros países, se favorece la respuesta represiva que implica dar la prioridad a los intereses colectivos (por ejemplo, el orden y la seguridad públicos) en detrimento de los intereses individuales (como la vida, la libertad, el honor, la dignidad). Por esto, nos preocuparemos más en describir cómo mediante este sistema se violan los derechos fundamentales. Como esto no puede hacerse, sin caer en demasiadas abstracciones, de manera general, me referiré sobre todo al caso peruano, que no es único entre los países subdesarrollados.

Segundo, la noción de derechos humanos es bastante discutida no sólo en cuanto a su justificación, sino también con relación a su contenido y a sus notas distintivas.

\* Universidad de Fribourg (Suiza).

La aparición y la difusión de los derechos humanos, en el sentido moderno, se producen de manera decisiva durante la Ilustración. Son establecidos expresamente en las Declaraciones americana y francesa con pretensiones de universalidad. Sus fundamentos fueron la noción de derechos subjetivos (concebidos como derechos atribuidos a los individuos por su sola condición de personas) y la idea del derecho natural (inspirada en el racionalismo y humanismo renacentista).

Considerar los derechos humanos como derechos naturales implica adoptar una concepción ideológica o política, concepción que supone la preexistencia de esos derechos y que el legislador no hace sino reconocerlos en el momento de regularlos en normas jurídicas positivas. Estas normas son jurídicas en cuanto concuerdan o, al menos, no se oponen al derecho natural. Derecho concebido como un conjunto de normas o principios que son válidos para todo tiempo y lugar. Esta manera de concebir los derechos humanos inicialmente se comprende si se tiene en cuenta que fueron promovidos como límites al poder absoluto del monarca.

La dificultad de esta concepción, como se ha dicho con frecuencia, es la diversidad de criterios para explicar el fundamento del derecho natural. Se ha invocado la razón o voluntad divina, la razón humana, la naturaleza del hombre o de las cosas, etcétera. Además, el derecho natural ha servido tanto para promover la igualdad de las personas como para justificar la esclavitud o la diferencia entre hombre y mujer.

Por esto, se ha buscado determinar un fundamento objetivo de los derechos humanos, a fin de no invocar una supuesta condición de derechos naturales. Sin caer en un positivismo a ultranza y siguiendo a Carlos S. Nino, se puede considerar que tres principios justifican los derechos humanos. En primer lugar, el de inviolabilidad de las personas humanas, que prohíbe imponerles cargas o sacrificios sin contar con su consentimiento efectivo y sobre la base de que redundan en beneficio de la mayoría de la población. En segundo lugar, el de la autonomía de la persona humana, que prescribe al Estado permanecer neutral respecto a los planes de vida e ideales de excelencia humana y limitarse a facilitar la persecución de dichos planes e impedir la interferencia mutua en el uso de la misma. Y, en tercer lugar, el de la dignidad de la persona humana, según el cual debemos juzgar y tratar a las personas de acuerdo con sus acciones voluntarias y no según otras propiedades y circunstancias como su raza, su sexo, sus creencias, etcétera.

La consolidación de los derechos humanos se da en este siglo como reacción al impacto de las dos guerras mundiales y a los extremos que alcanzaron las violaciones a los derechos y libertades de las personas. Como hitos fundamentales son de considerar la Declaración Universal de los Derechos Humanos; segundo, la evolución de la noción de derechos humanos que dejan de ser percibidos sólo como límites al poder del Estado, para comprendérseles también

en una dimensión positiva en la medida en que exigen del Estado y de los particulares la creación de las condiciones indispensables para que su ejercicio sea efectivo, y finalmente, el reconocimiento de los derechos sociales y políticos, denominados “derechos humanos de la segunda generación”.

Para completar esta introducción, nos parece necesario señalar dos hechos fundamentales para el análisis de nuestro tema. En primer lugar, que dada la naturaleza de los medios propios del sistema penal (penas y medidas de seguridad) y sus objetivos (protección de los bienes jurídicos) se producen con frecuencia conflictos entre los derechos humanos individuales y los derechos colectivos. Esto significa que el ordenamiento exige que ambos (derecho individual y derecho colectivo) sean lo más ampliamente realizados. Para resolverlos, debe tenerse en cuenta, según las circunstancias jurídicas y materiales del caso concreto, “que cuanto mayor sea el grado de incumplimiento de uno, tanto mayor tiene que ser la importancia del cumplimiento del otro”. Además, si la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad “son el fin supremo de la sociedad y del Estado” (artículo 1, Constitución del Perú), se debe reconocer el carácter *prima facie* de los derechos individuales. Sólo así se puede tomar en serio al individuo, a la persona.

En segundo lugar, que los derechos humanos son considerados, actualmente, como las condiciones mínimas para aceptar o negar el carácter democrático, en particular, de las normas legales y, en general, de los sistemas políticos. La idea de Estado de derecho o de democracia se ha transformado en criterio para censurar a los Estados, con todas las consecuencias políticas, económicas o sociales que tal medida representa. Planteada así la cuestión, parecería que se está ante la disyuntiva de reconocer la prioridad del sistema de derechos humanos elaborado según nuestro sistema cultural, o de aceptar que este sistema es sólo uno junto a los otros sistemas propios de otras culturas.

Admitir la segunda hipótesis significa asumir un relativismo cultural extremo que conduce necesariamente al debilitamiento del respeto de la dignidad humana por la simple razón de que su titular es una persona.

Las normas penales en general deben ser establecidas conforme al marco constitucional, y su aplicación debe hacerse dentro de ese ámbito. Por esto, el sistema de control penal no sólo debe constituir una protección contra las violaciones de los derechos humanos, sino que debe crear o proteger espacios apropiados para el desarrollo de dichos derechos.

Los intereses, las relaciones, los estados o situaciones valiosas que son el objeto de los derechos humanos constituyen los denominados bienes jurídicos protegidos penalmente. La violación o puesta en peligro de éstos representa el desconocimiento o la restricción de los derechos fundamentales por parte del delincuente. El Estado debe proteger dichos bienes jurídicos de manera que no dificulte o haga ilusorio el goce de los derechos correspondientes. Veamos bre-

vemente algunos aspectos de esta problemática a nivel, primero, del derecho penal sustantivo; luego, del proceso penal y, por último, de la ejecución de penas.

## II. DERECHO PENAL SUSTANTIVO

1. La vida, el derecho a la vida, debe ser siempre y suficientemente protegido. Sin su conservación, el goce de los demás derechos resulta utópico. Sin embargo, esta protección no puede ser concebida de manera absoluta, pues supondría, a veces, desconocer la dignidad de la persona. Esto sucede cuando se trata de imponer al titular del derecho a la vida la obligación de conservarla en beneficio de la especie o de la humanidad. De esta manera, se niega el derecho a morir dignamente. La persona, cuya libertad es restringida por un excesivo paternalismo, no puede decidir —digna y responsablemente— cuándo y cómo debe culminar su vida. Desde esta perspectiva, se llega a reprimir el suicidio y aun las formas de eutanasia pasiva actualmente aceptadas.

2. La vida embrionaria requiere, igualmente, ser protegida, y, por tanto, el aborto debe ser en principio reprimido. Esta protección no puede, empero, basarse en la afirmación de que el feto es una persona y que su destrucción constituye homicidio o genocidio. El punto de partida debe ser la justa valoración de la vida embrionaria como una etapa del proceso vital que tiene su punto culminante en el nacimiento de un nuevo ser biológica y fisiológicamente autónomo de la madre. En el aborto, que supone siempre un conflicto de interés trágico, la vida embrionaria debe ser considerada con relación a los derechos fundamentales de la madre para determinar cuál de ellos predomina. Afirmar la preeminencia absoluta de la vida embrionaria implica negar totalmente el derecho de la mujer a desarrollar plenamente su personalidad de acuerdo con sus proyectos de vida, a ejercer cabalmente su derecho a procrear libre y responsablemente. Las seguridades que deben preverse para que la madre ejerza en las mejores condiciones sus derechos no debe significar, sin embargo, la restricción de su ejercicio.

3. El derecho a la integridad corporal y a la salud personales merece también una protección estricta; pero sin poder llegar a imponer al titular la obligación de conservar aun contra su voluntad un buen estado de salud. Éste es el mejor situado para decidir, en pleno goce de sus facultades síquicas, qué es lo más conveniente para sus intereses o su bienestar. La imposición por parte del Estado de un comportamiento, considerado por éste como beneficioso para la persona concernida, implica el desconocimiento de su condición de persona. Este tipo de paternalismo extremo constituye una manipulación que niega la dignidad de la persona. Esto sucede cuando se somete coercitivamente una persona a un tratamiento o intervención médica que ella rechaza (ensañamiento médico), cuando

se reprime el consumo de drogas o las autolesiones, así como cuando no se reconoce debidamente el consentimiento como causa de justificación.

4. Los derechos a la intimidad y al honor son indispensables para el desarrollo de la personalidad. El respeto del honor implica el reconocimiento de todo individuo a formar parte de un grupo social y a desarrollar sus actividades normalmente. Su protección no debe ampliarse de modo a sobreproteger la susceptibilidad de las personas en detrimento del ejercicio de la libertad de expresión. Las leyes especiales relativas a la prensa prevén generalmente nuevos tipos legales especiales cuya finalidad es sobre todo restringir la libertad de expresión que la de garantizarla. En la práctica, su aplicación depende, en particular, de la independencia de los jueces en el momento de determinar los límites de protección del bien jurídico honor.

5. En iguales excesos se cae cuando se busca proteger la esfera íntima de las personas contra toda intromisión posible, gracias al desarrollo moderno de la técnica de recepción y conservación de sonidos e imágenes. La esfera de la vida privada que debe ser protegida tiene que ser delimitada de manera clara. En caso de duda, debe estarse a favor del principio *in dubio pro libertaris*. Las necesidades de la vida económica y comercial, así como de la seguridad pública y del Estado, no deben conducir a la organización de un sistema informático de datos personales que implique un control totalitario. En este campo, los abusos se han dado con el pretexto de luchar más eficazmente contra el crimen organizado, el terrorismo y el tráfico de drogas. En la práctica, las actividades de los servicios de inteligencia, policiales o militares han compartido la restricción severa de las libertades y derechos fundamentales.

6. El derecho a la libertad individual de establecerse y desplazarse físicamente debe ser garantizado, sin que razones de seguridad de Estado o de tranquilidad pública puedan justificar su limitación excesiva. Lo mismo se puede afirmar respecto a la libertad de asociación. Las leyes especiales dictadas con objeto de luchar contra la subversión armada contienen disposiciones represivas de la apología del terrorismo, de la participación a asociación de delincuentes, de formas amplias de colaboración o incitación delictuosas. Estas disposiciones constituyen, frecuentemente, instrumentos eficaces para debilitar o destruir las organizaciones sociales de defensa ciudadana. Es el caso, por ejemplo, de los sindicatos y de los partidos políticos. Dada la manera en que han sido descritas las figuras delictivas, resulta fácil acusar de subversivo o terrorista a quienes ejercen su derecho a la huelga, a participar en manifestaciones públicas o a organizar movimientos de protesta popular. Así, mediante el derecho penal se afectan derechos fundamentales de las personas.

7. La libertad de comercio o de ejercer un oficio o profesión puede ser fuertemente limitada mediante el debilitamiento de la esfera personal. Por ejemplo, cuando se dispone recompensar a quien proporcione información que permita

recaudar impuestos escondidos o en proceso de evasión (detectar infracciones tributarias). Los potenciales denunciantes son con seguridad parientes, socios, consejeros económicos o jurídicos contables del supuesto evasor de impuestos, lo que crea un clima de inseguridad en las relaciones laborales, comerciales o profesionales, además de constituir la creación de una situación que propicia la violación de la esfera personal o profesional de las personas (decreto legislativo 815, artículo 13). Se trata, en buena cuenta, de la utilización de la delación de la misma manera como es empleada en el ámbito político por regímenes autoritarios.

### III. PROCEDIMIENTOS PENALES

A nivel de la aplicación de la ley, es de señalar que, aun cuando ésta haya sido elaborada con la mejor técnica legislativa y sus autores hayan tenido en cuenta al máximo los derechos fundamentales, el respeto de éstos no está aún suficientemente garantizado. Su aplicación, desde que el Estado monopolizó el uso de la coerción, supone la restricción o privación de derechos fundamentales de las personas sospechosas de ser responsables de la comisión de un comportamiento delictuoso. Este recurso a la coerción social, sustituto de la justicia privada, constituye el proceso formal que debe cumplirse, en todo Estado de derecho, para constatar si el hecho imputado a una persona constituye una infracción y si ésta es responsable y, en consecuencia, merecedora de una sanción penal.

En esta fase del control social, se presenta un conflicto entre, de un lado, el interés social de crear y consolidar la seguridad indispensable para el desarrollo normal de la vida en común y, del otro lado, el interés de garantizar y proteger los derechos fundamentales de las personas. Dicho de otra manera, entre la eficacia en constatar tanto la infracción como la culpabilidad del autor y el respeto de los derechos humanos de todas las personas concernidas por la intervención penal de los órganos del Estado, en particular los derechos del procesado.

Esta bipolaridad crítica explica por qué, a nivel internacional y a nivel local, se busca determinar —en el ámbito constitucional y en el derecho común— con la mayor amplitud y precisión las garantías procesales de la administración de justicia en materia penal. Nada de extraño, en consecuencia, que el derecho procesal penal sea considerado tanto como la realización de las garantías constitucionales que como la medida de la legalidad y del carácter democrático del sistema político y judicial de un Estado.

Si aplicásemos este criterio de manera formal, tendríamos que afirmar que los Estados latinoamericanos, en razón a sus leyes y al discurso político y dogmático jurídico predominante, son Estados de derecho plenamente eficaces. Por esto,

debe adoptarse una perspectiva material que nos permita constatar si la realidad es conforme al modelo establecido formalmente.

Así, por ejemplo, en Suiza es significativo constatar que no se admite la intervención del abogado defensor cuando el juez instructor interroga al procesado, menos aun a nivel de la investigación policial; que no se considera obligatoria en todos los casos la defensa de oficio al momento del juicio oral; que, hasta hace poco, aún se admitía la unidad de las funciones de investigar y de juzgar, que en el caso de faltas o contravenciones se encargue el juzgamiento a un funcionario administrativo: por ejemplo el prefecto que es el jefe de la policía; que se prevea el juzgamiento con base en el mero informe policial y sin juicio oral para ciertos casos de infracciones menores (*ordennance pénale*). Todos estos casos pueden ser calificados como atentados contra los derechos fundamentales del procesado, pero en Suiza se considera que este efecto negativo es excluido por los mecanismos de control que el mismo sistema prevé. Así, en el proceso rápido de la llamada *ordennance pénale*, la condena sin juzgamiento contradictorio y público sólo es una propuesta de condena, puesto que el condenado puede exigir, en un lapso de diez días, que sea juzgado debidamente. En cuanto a la no presencia de un defensor, esto sólo se admite a condición que se trate de infracciones leves, que no concurra el Ministerio Público y que la pena solicitada no sea privativa de libertad.

Para mejor comprender esta situación, debe recordarse que la Constitución helvética sólo prevé de manera restringida los derechos humanos, y que ha sido el Tribunal Federal quien ha deducido de un magro texto constitucional los llamados “derechos fundamentales no escritos”, conformando así el sistema legal a las exigencias de un Estado de derecho moderno y de los convenios internacionales sobre la materia. La estabilidad social y política del país permite que las instituciones funcionen eficazmente, lo que corrige los vacíos y defectos de la legislación que podrían constituir fuentes de atentados contra los derechos humanos.

En el Perú, por el contrario, todos estos derechos procesales se hallan previstos en la Constitución y en el Código Procesal Penal, pero en la práctica son violados porque su respeto no puede ser logrado debido a las deficiencias materiales en que se desarrolla la persecución penal. No son, pues, las leyes las que determinan el respeto de los derechos fundamentales, sino más bien la manera en que son aplicadas por los órganos de control social.

Veamos algunos aspectos del proceso penal. Como dice Mireille Delmas-Marty, no sólo por ser cronológicamente los primeros momentos del proceso, sino por constituir sus resultados el acondicionamiento de la decisión final, las investigaciones preliminares (destinadas a recoger todos los elementos probatorios de cargo y de descargo) muestran claramente las dificultades que supone lograr el equilibrio necesario entre los poderes que deben otorgarse a los órganos

de la administración de justicia (a fin de alcanzar la eficacia debida) y los derechos humanos que, en un Estado de derecho, deben garantizarse a las personas.

En estos momentos iniciales, resulta decisivo y crítico determinar el papel que debe desempeñar la policía. Su intervención, por la índole de la policía misma y por los medios que utiliza, implica un alto riesgo de que no se respeten debidamente los derechos de la persona sospechosa de haber cometido una infracción. Debiendo tomar las primeras medidas para asegurar la comprobación de la realización de la infracción y la presencia del sospechoso durante la realización del proceso, la policía debe detener al supuesto autor, despojarlo de alguno de los bienes, penetrar en su domicilio, interferir su correspondencia o su teléfono, impedirle comunicarse con terceros, etcétera. Por estas circunstancias, se ha buscado limitar sus poderes sometiéndolo a un juez instructor o al representante del Ministerio Público y restringiendo sus intervenciones sólo a las mínimas indispensables con la obligación de poner inmediatamente la persona concernida a disposición del magistrado, que debe volver a actuar las pruebas practicadas por la policía (principalmente, interrogatorio del imputado, de la víctima o de los testigos).

1. Así, si bien se reconoce que las meras constataciones practicadas en la investigación policial no deben servir de base de la condena, en la práctica, la importancia de la intervención policial ha ido acentuándose al extremo de condicionar de manera decisiva el juzgamiento.

Para ilustrar esta cuestión, resulta interesante describir, aunque brevemente, la evolución de la legislación y de la práctica peruanas. De acuerdo con el Código de Enjuiciamiento en Materia Penal, el juez instructor debía contar con el auxilio de la Policía Judicial, la misma que estaba sometida a su autoridad. Asimismo, se consideró al “atestado policial” como mera denuncia; es decir, no se le reconocía valor probatorio. En la realidad, la Policía Judicial nunca fue organizada, y sus funciones fueron atribuidas a la Policía de Investigaciones (policía no uniformada y formada en la técnica de la criminalística). El atestado policial, debido en particular a la ineficacia de los jueces instructores, fue convirtiéndose en la pieza clave del proceso. En esto fue determinante la cada vez más grande importancia de la policía y el volumen de casos sometidos al juez.

Con el fin de corregir ese divorcio entre la garantía constitucional y la realidad, la ley fue modificada para otorgar al atestado policial la calidad de prueba con el mismo valor que las restantes y a condición de que hubiera participado un representante del Ministerio Público, condición que fue desnaturalizada por la imposibilidad de hecho de que siempre en todos los actos de la investigación policial se halle presente un fiscal e, igualmente, porque este funcionario se limitó a firmar el atestado policial como si hubiera estado presente durante la intervención de la policía. Mediante esta farsa —como ya sucedía inicialmente— la mayor parte de las condenas se basan, fundamentalmente, en las actuaciones

policiales. Si se tiene en cuenta que durante la investigación policial, que puede durar varios días, el sospechoso no cuenta con asesoramiento legal y está a plena disposición del policía instructor, fácil es de imaginar los graves atentados contra los derechos humanos que comporta tal procedimiento inquisitivo. Situación que se ha agravado debido a la legislación de excepción establecida con relación al terrorismo y al tráfico de drogas.

Ante la gravedad de la situación, se ha propuesto una reforma de fondo del proceso penal de acuerdo con las tendencias legislativas más recientes. Es decir, adopción del sistema acusatorio y del Ministerio Público como órgano responsable de la investigación y acusación. La investigación estaría así únicamente a su cargo y para cuya realización debe contar con la ayuda de la policía. En buena cuenta, esto significa la realización de la investigación por la policía bajo la dirección y la vigilancia del Ministerio Público. Si se considera la experiencia vivida por países donde se ha adoptado este sistema sin otorgar al Ministerio Público el personal debidamente formado y los medios materiales necesarios, no es difícil vaticinar que la reforma sólo será de índole formal. La policía seguirá siendo la que realice realmente la investigación y cuyos resultados serán meramente reafirmados por el Ministerio Público. El Poder Ejecutivo seguirá contando con la posibilidad de codiciar la investigación debido a que la Policía Judicial sigue siendo uno de sus principales medios coercitivos. Los derechos humanos de los procesados seguirán siendo afectados, pero bajo la apariencia que la investigación ha sido efectuada de manera legítima y equitativa por un magistrado independiente.

Esta solución supone evidentemente la presencia de un Ministerio Público independiente del Poder Ejecutivo y con las mismas garantías estatuidas en pro de los miembros del Poder Judicial. Así concebido este Ministerio Público, ha sido previsto en las dos últimas Constituciones del Perú. En la de 1993, se ha establecido expresamente su competencia para investigar y acusar. Sin embargo, la experiencia de los últimos años muestra el claro sometimiento de las autoridades máximas del Ministerio Público (Fiscal de la Nación y Fiscales Supremos) al Poder Ejecutivo, lo que crea serias dudas respecto al cumplimiento de sus funciones de garante de los derechos de las personas, en particular en el ámbito penal.

Para paliar estos riesgos, se ha conservado en poder de un juez todas las medidas que constituyen serias restricciones de los derechos fundamentales del procesado. Así, sólo él es competente para decidir sobre la detención provisional o definitiva, de la incautación de bienes, de la intromisión en el domicilio o en el teléfono. De la misma manera, se ha previsto la intervención de un abogado defensor desde la intervención policial, dentro de un sistema acusatorio que posibilita la vigilancia y la orientación de la investigación preliminar. En caso de carencia económica, el procesado puede contar con el asesoramiento de un defensor

de oficio. Así, se busca igualmente equilibrar el enorme poder dado al Ministerio Público en tanto responsable de la investigación y de la acusación.

2. Si bien se afirma la presunción de inocencia, se busca evitar el efecto de precondena en el proceso penal. En la realidad, la intervención de la policía resulta casi incontrolable y, sobre todo, por el papel que desempeña en la lucha contra el terrorismo y el tráfico de drogas. Un ejemplo claro del peso que tiene la intervención policial en la manera frecuente como presenta a los medios de comunicación (televisión, prensa escrita y radial) las personas capturadas como sospechosos de la comisión de infracciones. En el caso de terrorismo, estas personas son obligadas a vestir el tradicional uniforme a rayas de los presos. Esta exposición a la vindicta pública no sólo representa una desnaturalización inquisitiva del proceso penal, sino que viola de manera irreversible la dignidad de la persona, el principio de la presunción de inocencia y la garantía del proceso equitativo.

3. Un aspecto esencial de esta etapa del proceso es la privación de libertad de la persona sospechosa de haber cometido una infracción. Según la Constitución (artículo 2, inciso 24, literal f, “nadie puede ser detenido sino por mandato escrito y motivado del juez o por las autoridades policiales en caso de flagrante delito”). Está de más recordar que normas de este tipo, en países como los latinoamericanos, permanecen como letra muerta. La interpelación de las personas y su detención en puestos policiales van más allá de lo necesario para, por ejemplo, identificar a la persona concernida. Por corrupción y medios abusivos, se prolonga la privación de libertad más del plazo de 24 horas dentro del cual debería ser puesta a disposición del juzgado competente.

En los casos de terrorismo, tráfico de drogas y espionaje, según el tercer párrafo de la disposición constitucional antes citada, el sospechoso puede permanecer en poder de la policía durante quince días. Este término máximo se ha transformado en la práctica, a pesar de que la norma constitucional prevé que la policía dé cuenta al Ministerio Público y al juez de esta situación, en el plazo ordinario de detención. Tampoco resulta eficaz la disposición que faculta al juez para que asuma jurisdicción antes de vencido dicho término.

La detención del procesado sigue siendo frecuente y demasiado larga. Las normas restrictivas establecidas para evitar que medida tan severa sea fácil y frecuentemente dictada por los jueces no son eficaces. La gravedad de las penas previstas en las leyes penales, el espíritu inquisitivo con que son aplicadas, la presión del poder político y de una opinión pública alarmada por la inseguridad social determinan que la privación de libertad sea el medio más utilizado para asegurar la presencia del imputado durante el proceso. Junto a la lentitud de la administración de justicia, esto explica que, como sucede también en otros países subdesarrollados, el mayor número de detenidos son aquellos que no han sido aún juzgados ni condenados. Situación extremadamente grave si se consideran

las inhumanas condiciones que caracterizan a casi todos los lugares de detención. La detención, medida coercitiva, se transforma en pena privativa de la libertad y, en última instancia, en sanción corporal por los daños que produce a la integridad física y mental de los detenidos.

4. Si la privación de la libertad es el atentado más grave que puede padecer un procesado, no constituye el único. Su dignidad ya es dañada por la publicidad que se da a toda investigación policial o judicial. Respecto a la primera, ya hemos señalado la manera como la policía da a conocer a todo el público los resultados “exitosos” de sus intervenciones. El secreto de la investigación a cargo del Ministerio Público no es generalmente respetado en detrimento de la presunción de inocencia del procesado. El sometimiento de la persona sospechosa al poder de la policía o el inicio de la investigación preliminar, mediante la imputación de una infracción, constituye el inicio de un proceso de estigmatización que implica una sanción en la medida en que se cuestiona irreparablemente la honorabilidad del procesado y se perturban las condiciones necesarias para que desarrolle sus actividades personales y laborales. De esta manera, ha reaparecido la función infamante del viejo derecho penal, con el agravante de que ésta se cumple no sólo con la pena, sino ya con el simple inicio de un proceso y cuando formalmente se presume al procesado aún inocente.

Su derogación es frecuentemente justificada invocando razones de mayor eficacia de la investigación. La publicidad de lo que sucede durante la instrucción daría lugar a manipulaciones de parte del procesado o de su defensor para obstaculizar el esclarecimiento de los hechos. A todo esto se agrega el reclamo de los periodistas con base en el derecho a la libertad de prensa y de información. En este conflicto de intereses, orden público, libertad de información y dignidad de la persona, la ponderación de valores debe hacerse teniendo en cuenta que sólo circunstancias excepcionales pueden justificar que se dé la prioridad a intereses colectivos en detrimento de los intereses fundamentales de la persona.

5. Si bien el carácter público y contradictorio del juzgamiento, a cargo de jueces independientes e imparciales, es prevista constitucionalmente como una de las garantías de la administración de justicia, las circunstancias concretas, y, en especial, las recargadas labores de los jueces y tribunales han obligado a restringir el juzgamiento público. Primero, en relación con los asuntos de poca importancia para los cuales se ha previsto un procedimiento más expeditivo. Segundo, con referencia a los graves asuntos de terrorismo y tráfico de drogas. En estos últimos casos, los jueces sin rostro y la falta de publicidad han sido constituidos con el fin de lograr mayor eficacia en la represión y asegurar los intereses de los jueces, fiscales y testigos. Esto significa la vuelta a una justicia inquisitiva y secreta que da lugar a serios atentados contra los derechos fundamentales de la persona. Tercero, en los casos ordinarios de cierta importancia, el juicio oral ha sido desnaturalizado por la manera en que es llevado a cabo.

Las deficiencias de la investigación preliminar determinan que el juzgamiento devenga en el medio inquisitivo orientado a obtener la confesión de culpabilidad del procesado. El juez que interroga, conocedor del expediente judicial, está suficientemente preparado para lograr que el acusado se contradiga al responder a preguntas no sólo sobre los hechos que se le imputan, sino también sobre las respuestas que ha dado en las diferentes ocasiones en que fue interrogado por las diversas autoridades (policía, fiscal, juez).

6. Además, el juzgamiento se efectúa sin que esté garantizada la igualdad de armas de los participantes en el proceso. Al juez inquisitivo se agrega el representante del Ministerio Público y, ante éstos, el procesado se encuentra muchas veces abandonado en las manos de un defensor de oficio incapaz, por razones materiales, de defenderlo convenientemente.

Tanto a nivel del juzgamiento como de la investigación preliminar, el defensor debe tener la posibilidad y el tiempo necesarios para preparar la defensa de su patrocinado. Sus relaciones con él no deben ser obstaculizados de manera que las hagan inútiles para los intereses del procesado. Las entrevistas que exige la preparación y la realización de la defensa no son, sin embargo, un derecho absoluto del procesado. Algunas restricciones son admisibles en cuanto a su frecuencia y a su confidencialidad. Esto se justifica alegando que se trata de evitar los abusos a que pueden dar lugar, en especial en caso de asuntos de terrorismo, de tráfico de drogas o de crimen organizado, las particulares relaciones de confianza entre el abogado y su defendido. Dichas restricciones deben ser apreciadas, en la perspectiva de la proporcionalidad de la intervención, teniendo en cuenta todo el contexto del proceso.

7. También es común a ambas partes del proceso la necesidad de que los actos procesales se desarrollen con la debida celeridad. Tradicionalmente, se ha pretendido luchar contra el retardo de la administración de justicia estableciendo en la ley plazos fijos que los órganos penales debían respetar perentoriamente; así como declarando improrrogables los términos fijados. Éste era el caso, en especial, con relación al plazo señalado para la realización de la investigación preliminar. Otra manera de promover la celeridad del proceso ha sido la de prever diferentes tipos de procesos, teniendo en cuenta tanto la poca importancia del asunto juzgado como el hecho de que el sospechoso reconozca su culpabilidad o haya sido sorprendido *in fraganti*. Todos estos esfuerzos resultan vanos ante las graves insuficiencias materiales y personales de la administración de justicia. El constante aumento de la delincuencia y la intensificación de su gravedad rebasan constantemente la limitada capacidad del aparato judicial.

8. Frente a la ineficacia del aparato judicial y a la urgencia de combatir los casos de terrorismo, se ha organizado una administración de justicia expeditiva y no pública a cargo de jueces anónimos. El carácter sumario de estos juicios impide la normal actuación de la defensa y constituyen un serio atentado contra

los intereses de los procesados en la medida en que éstos no conocen quién los juzga ni pueden apreciar su competencia. Este tipo de procedimiento pone, igualmente, en tela de juicio el carácter imparcial e independiente de los jueces. Su anonimato impide que el procesado ejerza su derecho de recusar al juez que está parcializado o prejuzgado.

Esta situación se agrava cuando se trata de los denominados delitos de traición a la patria, una creación arbitraria para reprimir severa y rápidamente los casos graves de terrorismo. Los órganos competentes son los de la administración de justicia militar, quienes conocen de todas las etapas del proceso penal. Se trata de un caso único de concentración y exclusividad de las diferentes funciones judiciales en manos de una sola institución. De esta manera, “el personal que directa o indirectamente, se encuentra bajo el comando o el control de la fuerza armada, tiene a su cargo el arresto, el interrogatorio, el manejo de la evidencia, la acusación, el juicio y la sentencia de los sospechosos de traición a la patria”.

Todo esto nos sirve para reafirmar una vez más una verdad que por más evidente no deja de ser olvidada: no son las leyes las que determinan el respeto de los derechos humanos, sino más bien la consolidación de las condiciones sociales y políticas en las que se aplican.

#### IV. EJECUCIÓN DE PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD

A nivel de la ejecución de penas privativas de libertad, se constata que el legislador ha seguido de cerca las pautas establecidas en los textos internacionales correspondientes; por ejemplo, las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas referentes a dicha materia. En el caso peruano, el Código de Ejecución Penal constituye una ley modelo por la forma como en ella se han recepcionado las pautas de un derecho de ejecución democrático y humano.

En realidad, una vez más, dichas normas son casi completamente inaplicables debido al estado de deterioro e insuficiencia en que se encuentran los locales donde deben cumplirse las penas. Asimismo, en razón de que el establecimiento penal prefigurado normativamente constituye casi siempre una cárcel inhumana, dominada por mafias internas y caracterizada por la máxima inseguridad para la vida y los demás derechos de los reclusos, las metas previstas de resocialización y reintegración resultan utópicas. La ejecución de penas implican la violación permanente de los derechos fundamentales de los detenidos. Situación aún más insostenible en razón de que, como lo hemos señalado, en su gran mayoría los detenidos no han sido todavía ni juzgados ni condenados.

Las condiciones de insalubridad, promiscuidad y superpoblación en que se priva de libertad a los procesados permiten afirmar que las penas físicas y aun la “pena de muerte” subsisten en el país. Los detenidos que no mueren a causa de la violencia imperante en las prisiones o por las graves afecciones que sufren

en su salud física o mental, salen en libertad gravemente deteriorados en sus capacidades personales. Los que se salvan de tales daños lo hacen, generalmente, gracias a la capacidad de corromper a los funcionarios para que les otorguen ciertos beneficios.

La gravedad de esta situación se aprecia más claramente cuando se recuerda que frecuentemente las penas previstas en las leyes penales son extremadamente largas. Éste es el caso, particularmente de las penas cuyo mínimo es de diez o quince años de privación de la libertad o de la pena de cadena perpetua introducida para reprimir los casos graves de terrorismo, tráfico de drogas y otras formas delictivas (por ejemplo, el secuestro). Por su naturaleza, estas penas constituyen la negación de los fines atribuidos por el mismo legislador a las penas privativas de libertad (resocialización, reeducación, reintegración a la vida en libertad), sobre todo si se excluye a los condenados a estas penas de los beneficios de reducción de la duración mediante el trabajo y de los demás beneficios penales como, por ejemplo, la libertad condicional.

Un caso especial es el de los sentenciados a cadena perpetua por delito de traición a la patria. La ejecución de esta pena tiene lugar en locales habitados en una base de la marina de guerra. Conforme a la descripción hecha en los diferentes medios de información, las celdas tienen dos metros de ancho por tres de largo y una pequeña ventana ubicada en la parte baja de la puerta de metal. Su mobiliario consiste en una cama de cemento con colchón de espuma, una pequeña mesa y servicios higiénicos. Los servicios de luz y de agua son controlados desde afuera. El régimen de detención consiste en un aislamiento constante: el detenido es despertado entre las siete y las ocho de la mañana, se le da el desayuno, almuerzo y cena por la ventana de la puerta y se le saca al patio a pasear durante treinta minutos. Recibe visita durante media hora una vez al mes y sólo se permite el ingreso de un familiar. Los libros de que dispone para leer son pocos y no se tiene mayor información sobre los alimentos que recibe y otros detalles del régimen de detención.

Si bien es cierto que a este régimen excepcional son sometidos los responsables de la subversión y principales colaboradores, condenados por el fuero militar, que su objetivo es garantizar la mayor seguridad para que no se puedan fugar, también es evidente que contradice todas las exigencias de respeto de la dignidad y de los derechos humanos fundamentales. El aislamiento total, el encierro permanente, el control exclusivo de la satisfacción de las necesidades elementales desde el exterior, la falta de ejercicio físico mínimo y de actividad intelectual, la ausencia de contactos suficientes con familiares o amigos hacen de este régimen de detención un sistema inhumano. Sistema que no se justifica por el simple hecho de que reemplace la pena capital. Las reglas mínimas de ejecución de penas, basadas en el respeto de la dignidad de la persona, son aplicables a todo delincuente, comprendido el que haya cometido los peores delitos.

El hecho de que los cabecillas de la subversión sangrienta sean objeto de este tratamiento con la aprobación implícita de la mayoría de la población no justifica su existencia.

La realización y el éxito de la reacción social ante los responsables de actos contrarios a los bienes jurídicos individuales y colectivos no deben ser percibidos como si fueran el objeto de un proceso destinado a poner fuera de combate al enemigo. El Estado, en su condición de Estado de derecho, debe reaccionar dentro de los marcos constitucionales y de los convenios internacionales sobre derechos humanos que ha consagrado en la legislación. Sólo así la reacción estatal podrá mantenerse dentro de los límites que impone el respeto de la dignidad humana.

## V. BIBLIOGRAFÍA

- BINDER, Alberto, *Justicia penal y Estado de derecho*, Buenos Aires, 1993.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan, “Las funciones de la policía y la libertad y seguridad de los ciudadanos”, *Revista Nuevo Foro Penal*, Medellín, núm. 6, 1986.
- COMISIÓN DE JURISTAS INTERNACIONALES, *Informe sobre la administración de justicia en el Perú*, Lima, Instituto de Defensa Legal, 1994.
- COTLER, Julio, *Política y sociedad en el Perú. Cambios y continuidades*, Lima, 1994.
- DELMAS-MARTY, Mireille, *Le flou du droit. Du code pénal aux droits de l'homme*, París, 1986.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, 1995.
- JÄGER, Herbert (ed.), *Kriminologie im Strafprozess*, Frankfurt a. M., 1980.
- JIMÉNEZ VILLAREJO, José, “La Policía Judicial: una necesidad, no un problema”, *Poder Judicial*, núm. especial II, pp. 175 y ss.
- MAIER, Julio B. J., “Democracia y administración de justicia penal en Iberoamérica. Los proyectos para la reforma del sistema penal”, *Revista Jueces para la democracia*, núms. 16-17, Madrid, 1992, pp. 1 y ss.
- MARTÍNEZ, Mauricio, *Estado de derecho y política criminal. La política del sometimiento*, Bogotá, 1995.
- TOCORA, Fernando, *Política criminal en América Latina*, Bogotá, 1990.
- ZAFFARONI, Raúl Eugenio, *Política criminal latinoamericana. Perspectivas disyuntivas*, Buenos Aires, 1982.