

## **CAPÍTULO SEXTO**

# **LOS DERECHOS HUMANOS COMO FUNDAMENTO DEL DERECHO PENAL DE EMERGENCIA**

# LOS DERECHOS HUMANOS COMO FUNDAMENTO DEL DERECHO PENAL DE EMERGENCIA

Por César Landa

## Presentación

Durante la pasada década de 1990-2000, luego del autogolpe de Fujimori en abril de 1992 y la promulgación de la Constitución de 1993, la legislación penal del Perú sufrió una profunda transformación. La característica fundamental de la misma fue la instauración de un Derecho Penal de emergencia, fundamentado en la denominada "ideología de la seguridad del Estado", subordinando los derechos de las personas a esa finalidad, a fin de revertir la acción terrorista de Sendero Luminoso y del Movimiento Revolucionario Tupac Amaru (MRTA), que sembraron la destrucción y la inseguridad ciudadanas (<sup>121</sup>).

Se trató de una instrumentalización, al máximo, de los principios constitucionales que sustentan el Derecho Penal en función del control social y la represión, antes que de la rehabilitación de la persona humana. Desde luego no es reprobable que el Estado haya implementado una política criminal antiterrorista, por el contrario, es una responsabilidad que debe ser asumida con suma seriedad por todo gobierno. Pero, debe realizarse siempre dentro del ámbito del marco establecido por la Constitución, vale decir, dentro del respeto de los derechos humanos.

---

<sup>121</sup> El costo social de la violencia durante la década de los ochenta ha sido estimada en casi treinta mil muertos y veintitrés mil millones de dólares en pérdidas económicas. Ver: *Violencia Política*, en PERUPAZ N° 29, Enero 1995, ICS, Lima, 1995; asimismo, Jaime Carbajal y Percy Iriarte. *Economía y violencia. Los costos ocasionados por el terrorismo: un marco teórico y un modelo de estimación*. ICS, Lima, 1993.

El problema esencial heredado de la legislación penal antiterrorista, durante la etapa señalada, fue la inobservancia del marco constitucional y, en particular, de los tratados internacionales sobre derechos humanos; debido a que la legislación estableció tipos penales abiertos con el delito de apología; dispuso que la justicia militar juzgue delitos de terrorismo agravado –tipificándolos como traición a la patria– amplió el plazo de detención preventiva a 15 días más de los previstos en la Constitución; estableció la incomunicación absoluta del detenido durante los diez primeros días; dispuso que el auto apertorio de instrucción siempre fuese con mandato de detención; prohibió la interposición del *hábeas corpus*; los abogados no podían patrocinar más de un caso de terrorismo; redujo la edad mínima de imputación de los delitos desde los 15 años; estableció la pérdida de nacionalidad como sanción penal, incorporó la figura de los jueces sin rostro; reintrodujo la reincidencia, la condena en ausencia y la cadena perpetua –sin perjuicio de la pena de muerte–; estableció el aislamiento celular durante con media hora al día de salida al patio; así como prohibió el acceso a los medios de comunicación social el primer año; redujo el derecho de visita sólo a familiares cercanos una vez a la semana, entre otras limitaciones legislativas.

Esta legislación contraria a los derechos humanos se fue modificando progresivamente, gracias a las resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en relación a peticiones de condenados por el delito de terrorismo; y, en particular, ante la demanda de inconstitucionalidad planteada contra dicha legislación. Así, el Tribunal Constitucional ha expedido una sentencia el día 4 de enero del 2003, declarando inconstitucionales diversas normas de la legislación antiterrorista y ha dejado al Congreso la responsabilidad de dictar la nueva legislación antiterrorista, acorde con los estándares internacionales y constitucionales, para un nuevo juzgamiento de los condenados procesados por los delitos de terrorismo. Tarea que el Gobierno actual se encuentra en pleno proceso de elaboración.

Sin perjuicio de la sentencia del Tribunal Constitucional, es imperativo reseñar las bases constitucionales de los derechos fundamentales de las personas dentro, o partir de las cuales, debe desarrollarse una reforma constitucional y de la legislación

penal, en el contexto de un Estado Constitucional de Derecho, que se sustenta en la defensa de los derechos humanos.

Sobre la base de estos lineamientos el propósito del presente capítulo es anotar los alcances de la sentencia del Tribunal Constitucional; identificar los principios de los derechos humanos que fundamentan el denominado "Derecho Constitucional Penal"; presentar las instituciones constitucionales relativas al derecho penal material, la tipificación de los delitos, el Derecho Procesal Penal y de Ejecución; así como, dar cuenta de los artículos correspondientes aprobados en el actual proceso de reforma constitucional.

### **Sentencia del Tribunal Constitucional**

La sentencia del Tribunal Constitucional sobre la legislación antiterrorista <sup>(122)</sup>, constituye un hito importante en el proceso de fortalecimiento del Estado democrático; por cuanto integra el respeto de los derechos fundamentales con la Defensa y Seguridad tanto ciudadana como del Estado. En este proceso, el Tribunal Constitucional ha cumplido con sus funciones de control constitucional.

#### *Valoración*

En virtud de la cual, el Tribunal Constitucional ha examinado y valorado como incompatible la legislación antiterrorista con el bloque constitucional, integrado por la Constitución y la Convención Americana de Derechos Humanos, así como las sentencias que la Corte Interamericana ha expedido sobre la materia <sup>(123)</sup>.

A partir de dicho canon valorativo de interpretación conforme a los derechos humanos, el Tribunal Constitucional ha encontrado que dichas leyes quebrantaron el respeto al debido proceso legal y otros derechos fundamentales.

#### *Pacificación*

---

<sup>122</sup> *Sentencia del Tribunal Constitucional. Exp. N° 014-2002-AI/TC.* Lima. 2003. Ver: [www.tc.gob.pe](http://www.tc.gob.pe).

<sup>123</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Castillo Petruzzi y otros. Sentencia de 30 de mayo de 1999.* San José de Costa Rica, p. 92.

La valoración que ha realizado el Tribunal Constitucional se expresa en la expulsión de las normas viciadas de inconstitucionalidad, tales como: el juzgamiento de civiles por tribunales militares; la cadena perpetua por violar el principio humanista de la resocialización de las penas; el delito de traición a la patria por violar el principio de legalidad y el derecho al juez natural; el delito de apología del terrorismo, por ser una ley penal en blanco que viola la libertad de expresión; la desproporcionada restricción del acceso a la justicia; la prohibición del derecho de recusar a los jueces; los procesos sumarios que afecten la garantías judiciales dentro de un plazo razonable; la incomunicación del detenido; la detención policial mayor a 15 días naturales; la privación del derecho a la nacionalidad; el aislamiento celular continuo durante el primer año de la detención, básicamente.

### *Ordenación*

Como producto de esta “sentencia interpretativa y manipulativa” el Tribunal Constitucional exhorta al Congreso de la República para que dentro de un plazo razonable, sustituya la legislación declarada incompatible con la Constitución y dicte la nueva legislación penal antiterrorista, conforme al bloque constitucional. Al respecto, el Congreso ha dictado la Ley número 27.913 delegando facultades legislativas al poder Ejecutivo para que expida los decretos legislativos correspondientes.

El Tribunal Constitucional también ha establecido que su fallo en ningún caso puede dar lugar a la excarcelación judicial de los condenados por terrorismo. Pero, cualquier anulación de los procesos judiciales en que se hayan aplicado las leyes declaradas inconstitucionales, requiere de la nueva legislación democrática antiterrorista para que se puedan volver a juzgar a los que lo demanden.

A diferencia del gobierno de Fujimori, la reconstrucción del Estado Democrático de Derecho tiene en la Ley su mejor arma contra el terrorismo. Pero, con lealtad constitucional tampoco se debe olvidar que la Ley debe ser respetuosa de los derechos humanos de los procesados, sin olvidar la reparación de las víctimas del terrorismo.

### **Principios de los derechos humanos**

Se puede señalar que los derechos humanos constituyen la expresión jurídica de un conjunto de facultades y libertades humanas, que atienden a las necesidades y aspiraciones de todo ser humano, con el fin de realizar una vida digna, racional y justa. Es decir que con independencia de las circunstancias sociales y de las diferencias entre las personas, los derechos humanos son bienes que portan todos los seres humanos por su condición de tales. Por ello, los derechos humanos son tributarios de los siguientes principios (<sup>124</sup>):

#### *Universalidad*

Por el hecho de ser un ser humano, la persona es titular de derechos frente al Estado y los particulares; sin menoscabo alguno por cualquier condición circunstancial.

#### *Imprescriptibilidad*

Los derechos humanos son inextinguibles; debido a que son consustanciales a la existencia del ser humano. El Estado no puede proscribirlos.

#### *Irrenunciabilidad e inalienabilidad*

Las personas no pueden disponer de sus derechos humanos renunciando a los mismos; tampoco puede enajenarlos o manipularlos arbitrariamente.

#### *Inviolabilidad*

Está proscrito imponer a la persona privaciones a sus derechos humanos en contra de su voluntad; siempre que no medie una causa justa predeterminada en un norma legal.

#### *Eficacia*

---

<sup>124</sup> Ayala Corao, Carlos. "El derecho de los derechos humanos (la convergencia entre el Derecho Constitucional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos)", en *Revista de la Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Vol. XXXV, Lisboa, 1994; asimismo, Ministerio de Justicia, *Guía para promotores de derechos humanos*, MINJUS, Lima, 2001, pp. 14-20.

Los derechos humanos son formulaciones ético-jurídicas, en la medida que tienen una eficacia vinculante sobre todo el ordenamiento jurídico.

#### *Trascendencia positiva*

Los derechos humanos no requieren ser reconocidos expresamente por la legislación interna para que sean protegidos; por cuanto, su reconocimiento y protección trasciende el hecho que se encuentren o no recogidos en una norma jurídica.

#### *Interdependencia y complementariedad*

Los derechos humanos constituyen un complejo integral e interdependiente, motivo por el cual son tutelables tanto en su forma de derechos civiles y políticos, como de derechos económicos, sociales y culturales.

#### *Igualdad*

Los derechos humanos protegen a todos los seres humanos por igual, ya sea garantizando la igualdad en la norma jurídica como en el trato; de donde se deriva que está prohibida toda discriminación por motivo de origen, sexo, raza, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole.

#### *Progresividad e irreversibilidad*

Los derechos humanos, al ser producto de la evolución humana, se asumen como la expresión de la conciencia ética de la humanidad, fundada en la dignidad del hombre. En tal entendido, los derechos humanos reconocidos quedan integrados al elenco de los derechos pre-existentes y no pueden ser suprimidos posteriormente.

#### *Corresponsabilidad*

Todos somos responsables de los derechos humanos. Sólo cuando el Estado, la sociedad, las instituciones y las personas asuman su compromiso con la plena vigencia de los derechos humanos, se hará posible su realización.

### **Fundamento constitucional para el Derecho Penal**

Sobre la base de la sentencia del Tribunal Constitucional y del decálogo de los derechos humanos, propio de un Estado Social y Democrático de Derecho, corresponde reformar las bases del Derecho Penal en la Constitución, en función de la tutela de la persona humana y sus derechos. Así, los derechos humanos despliegan su fuerza normativa y replantean los conceptos e instituciones clásicas del Derecho Penal en sus campos sustantivo, procesal y de ejecución penal, en función del “bloque constitucional” de los derechos humanos.

En el caso del ordenamiento jurídico peruano, el principio humanista del derecho fue reconocido por la Constitución de 1979 y nominalmente reiterado en la Constitución de 1993. En tal entendido, la Constitución actual establece que la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad es el fin supremo de la sociedad y del Estado (artículo 1); asimismo, garantiza la plena vigencia de los derechos humanos (artículo 44); lo que no es óbice para que el Estado proteja a la población de las amenazas contra su seguridad (artículo 44), que la Policía Nacional prevenga, investigue y combata la delincuencia (artículo 165) o que las Fuerzas Armadas asuma el control del orden interno cuando se declaran los estados de emergencia (artículo 137), entre otras normas básicas.

Debe destacarse que el conjunto de normas rectoras del Derecho Penal, no sólo se integra por los derechos fundamentales de la Constitución, sino también por los tratados internacionales en materia de derechos humanos; en la medida que dichas normas forman parte del ordenamiento jurídico del Estado, de conformidad con el artículo 51 de la Constitución. Razón por la cual, vinculan u obligan al Estado y, dentro de éste, particularmente, al poder Legislativo, Ejecutivo y Judicial. Asimismo, según la cuarta disposición final y transitoria de la Constitución, las normas relativas a los derechos y libertades -que informan al derecho penal- se interpretan de conformidad con los tratados sobre derechos humanos de los que el Estado peruano es parte.

En tal sentido, el conjunto de normas que conforman el denominado “bloque constitucional” de los derechos humanos está integrado por la Constitución, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos

Sociales y Culturales, la Declaración Americana de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, y, en particular, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que cuenta con la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, organismos internacionales encargados de tutelar los derechos fundamentales, una vez agotada la jurisdicción nacional.

### *Derecho Penal sustantivo*

La potestad punitiva del Estado se determina en función del “bloque constitucional” de los derechos humanos, propio del Estado Social y Democrático de Derecho. Ésta ha de concretarse en diversos principios (<sup>125</sup>).

### PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Enunciado en el artículo 2, inciso 24), numeral "d" de la Constitución. Expresado bajo el aforismo *nullum crimen, nulla poena sine lege*, no hay delito ni pena sin ley, este principio debería exigir que una determinada conducta para que sea considerada como delito y que su comisión sea sancionada; tanto aquélla -la conducta-, como ésta -la sanción- deben estar no sólo calificadas previamente como tales por la Ley, sino que a través de ellas no se violen los derechos humanos reconocidos en el bloque de constitucionalidad. Como consecuencia de este principio se asegura:

1. La prohibición de los denominados tipos penales en blanco y tipos penales abiertos.
2. La prohibición de leyes que violen los derechos humanos de las personas, en particular los derechos a la justicia, a la verdad, el debido proceso y la tutela judicial.
3. La prohibición de aplicación de la analogía respecto a normas penales (artículo 139 inciso 9 de la Constitución).

---

<sup>125</sup> Mir Puig, Santiago. *Derecho Penal. Parte general*, 4ª ed., Barcelona, 1996, pp. 74 ss.

“De otro lado, este principio impone que el delito y la pena estén determinados por una norma que tenga rango de Ley y, particularmente, ha de tratarse, preferentemente, de una ley orgánica, esto en el entendido que una garantía formal de los derechos fundamentales es que la legislación que regule dicha materia ha de estar reservada a Ley Orgánica y no a una simple ley ordinaria.”

Aun cuando la Constitución peruana vigente no contiene norma alguna que imponga esa exigencia, es preferible desde un punto de vista teórico constitucional, que deba procederse en el sentido señalado y, por otra parte, una interpretación *pro homine* y garantista del citado texto constitucional puede conducir a la conclusión que cuando el artículo 106 del mismo alude a las "otras materias" que la Constitución establece para su regulación a través de Ley Orgánica, ello puede comprender la legislación que regule derechos constitucionales, ámbito dentro del cual se incluye, lógicamente, a la legislación penal, procesal penal y penitenciaria.

Una consecuencia importante de lo anterior es que en el actual proceso de reforma constitucional, el poder Ejecutivo no puede regular esta materia a través de decretos legislativos, dado que se prohíbe la delegación de facultades legislativas en materias reservadas a ley orgánica (artículo 156 del Proyecto de Ley de Reforma Constitucional). De modo que, se ha establecido expresamente este “principio de reserva de ley orgánica”, para las disposiciones que regulen materia penal. Lo anterior repercutirá inmediatamente en nuestro ordenamiento jurídico porque tanto el código penal, el procesal penal (vigente sólo en ciertos artículos) y el Código Penitenciario han sido expedidos por sendos decretos legislativos.

#### PRINCIPIO DE TAXATIVIDAD

Derivado del principio de legalidad, el artículo 2, inciso 24), literal "d", de la Constitución, precisa que la conducta considerada punible debe estar determinada previamente por la Ley, pero no de cualquier forma, sino "de manera (...) inequívoca". Esto impone al legislador acudir a una adecuada técnica legislativa que precise al máximo grado posible la conducta típica y, por consiguiente, considerar la

invalidez o inconstitucionalidad tanto de formulaciones genéricas como en las que se empleen conceptos absolutamente indeterminados.

La finalidad de este principio es que la persona puede contar con un margen razonable de previsibilidad de la reacción del ordenamiento jurídico frente a su conducta y tenga, en función a ello, claramente determinado el ámbito de lo permitido y de lo prohibido. En consecuencia, no es compatible, con el citado principio, que las leyes remitan la determinación de la conducta a normas de jerarquía inferior (tipo penal en blanco) o apelen a conceptos totalmente indeterminados.

#### PRINCIPIO DE IRRETROACTIVIDAD

Constituye un elemento clásico de un Derecho Penal garantista, según el cual, las normas penales -como por lo demás, el resto de normas de nuestro ordenamiento según el artículo 103 de la Constitución- no pueden aplicarse retroactivamente salvo cuando favorezcan al procesado o imputado. En este último caso se está ante la aplicación del principio de "retroactividad benigna" de la Ley penal, para favorecer el principio natural de la libertad humana.

#### PRINCIPIO DE INTERVENCIÓN MÍNIMA

El derecho fundamental de la libertad personal (artículo 2, inciso 24, literal "a" de la Constitución) impone que la intervención del Derecho Penal o empleo del *ius puniendi*, se produzca únicamente cuando sea absolutamente necesario acudir a él, se trata así de "intervenir lo mínimo posible para conseguir el máximo de libertad" (<sup>126</sup>) en el contexto de un "Derecho Penal mínimo". A partir de lo anterior tendremos que:

1. Se acudirá al Derecho Penal sólo cuando la protección de bienes jurídicos no sea posible a través de otros medios de control social ("principio de subsidiariedad" o del derecho penal como *ultima ratio*).

---

<sup>126</sup> Carbonell Mateo, Juan Carlos. *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 194.

2. No toda conducta que lesione bienes jurídicos ha de ser sancionada, sino sólo las modalidades más peligrosas (“carácter fragmentario del derecho penal”).
3. El Derecho Penal protegerá sólo los bienes jurídicos fundamentales o que sean condición vital de la participación de las personas en el sistema social (“principio de exclusiva protección de bienes jurídicos”).

### *Derecho Procesal penal*

Este ámbito está compuesto por el derecho de acceso a la jurisdicción y el derecho al debido proceso (<sup>127</sup>). Éste último, en su aspecto formal, contiene, a su vez, como manifestaciones diversos derechos humanos derivados, tales como:

#### DERECHO DE ACCESO A LA JURISDICCIÓN

Enunciado en el artículo 139, inciso 3 de la Constitución, consiste en el derecho de toda persona de acudir a los órganos jurisdiccionales con el objeto de que pueda obtener un pronunciamiento (sentencia o auto) que resuelva una controversia de relevancia jurídica. Se deriva de este derecho fundamental, las siguientes exigencias (<sup>128</sup>):

1. Acceso a órganos propiamente judiciales.
2. Prohibición de exclusión del conocimiento de las pretensiones en razón a de su fundamento.
3. Prohibición de impedir su acceso (principio del *favor actionis* o *pro actione*)

#### DERECHO AL DEBIDO PROCESO FORMAL

Enunciado en el inciso 3) del artículo 139 de la Constitución, constituye un derecho fundamental cuyo contenido esencial es la exigencia que todo proceso judicial,

---

<sup>127</sup> Landa, César. *Derecho fundamental al debido proceso y a la tutela jurisdiccional*. EN: Pensamiento Constitucional. PUCP-MDC, Fondo Editorial, Lima, 2002, pp. 445-461.

<sup>128</sup> Gonzáles Pérez, Jesús. *El derecho a la tutela jurisdiccional*, Civitas, Madrid, 2001, pp. 61 ss.

militar, administrativo, parlamentario o ante particulares (personas jurídicas de derecho privado), deba desarrollarse con irrestricto respeto de un conjunto de derechos y principios de naturaleza procedimental para que sea considerado como justo o conforme a derecho (*due process of law*).

Desde luego, tratándose de un conjunto sólo enunciativo, éste debe ser entendido como un contenido mínimo de justicia que siempre será susceptible de comprender nuevos derechos o principios que puedan optimizarlo. En el caso del proceso penal, este derecho exige que se respeten cada uno los derechos y principios que lo componen desde la etapa de la investigación pre-jurisdiccional (investigación a cargo del Ministerio Público), hasta las de la etapa judicial propiamente dicha (instrucción, juicio oral y revisión).

#### DERECHO AL DEBIDO PROCESO SUSTANTIVO

Puede ser calificado como el derecho a que la resolución de la controversia jurídica sea justa. Aun cuando no hay un criterio único para determinar lo que deba considerarse como tal, resulta claro que una decisión que no sea razonable, racional, proporcional con los derechos humanos o, que se sustente en contra de una norma del “bloque constitucional”, puede ser considerada como una decisión injusta y, desde tal perspectiva, conculcatoria del derecho al debido proceso sustantivo.

Este derecho es especialmente importante ante la determinación de penas o medidas de seguridad por el legislador o su determinación por el juez, que sean injustas (irrazonables, desproporcionales o inconstitucionales). Por ello, es en el “bloque constitucional” de los derechos humanos en donde se debe encontrar los fundamentos del mismo; así, además de la declaración expresa de este derecho constitucional al "debido proceso" (artículo 139, inciso 3), también, pueda considerársele como un derecho implícito o no enumerado, inferido a partir de los principios de dignidad de la persona y Estado Democrático de Derecho (artículo 3).

Este tema se relaciona con el de las penas irrazonables o inconstitucionales (<sup>129</sup>) y es de particular importancia para el Derecho Penal peruano de la década precedente, en la medida que la política criminal del Gobierno de entonces fue sobrecriminalizante; es decir que incrementó en ciertos casos el *quantum* de la pena. Asimismo, la propia Constitución de 1993 (artículo 140) extendió la pena de muerte a un supuesto -el terrorismo- que no estaba contenida en la Constitución de 1979. Incluso, la propia pena capital que la Constitución vigente contempla, no deja de plantear un caso típico de una norma constitucional inconstitucional. Vale decir, una norma de la propia Constitución pero que resulta incompatible con principios y valores que conforman su núcleo fundamental (<sup>130</sup>). De esta forma, en el caso que nos ocupa, la pena de muerte resulta violatoria del principio constitucional de dignidad de la persona (artículo 1).

## DERECHO A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

Enunciado en el artículo 2, inciso 24, literal “e” de la Constitución, según este principio toda persona es considerada inocente en tanto no haya sido demostrada judicialmente su culpabilidad. Esto implica lo siguiente (<sup>131</sup>):

1. La carga de la prueba es responsabilidad de la parte acusadora, el inculpado no tiene la obligación de probar su inocencia, salvo respecto a determinados delitos.
2. La aplicación del principio *in dubio pro reo*, según el cual el juez está obligado a la absolución del acusado debido a la ausencia de elementos probatorios que puedan enervar la presunción de inocencia.
3. El acusado tiene derecho a no declarar contra sí mismo, su cónyuge o sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad.

---

<sup>129</sup> Sagüés, Néstor. *Elementos de derecho constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 1993, p. 375.

<sup>130</sup> Bachof, Otto. “Verfassungswidrige Verfassungsnormen?” (1951), en *Wege zum Rechtsstaat. Ausgewählte Studien zum öffentlichen Recht*, Athenäum, 1979, pp. 21 ss.

<sup>131</sup> Quispe, Fany. *El derecho a la presunción de inocencia*, Palestra editores, Lima, 2001, pp. 39 ss.

4. En cuanto se presume la inocencia del acusado, su eventual detención será una circunstancia excepcional.

#### DERECHO A LA INFORMACIÓN

Enunciados en los incisos 14 y 15 del artículo 139 de la Constitución. Es el derecho del acusado de conocer los hechos que se le imputan y los cargos que se formulan contra él penalmente, ello con el objeto de que pueda ejercer su derecho de defensa de forma eficaz y oportuna (<sup>132</sup>).

#### DERECHO AL JUEZ NATURAL

Contenido en el artículo 139, incisos 1 y 2, de la Constitución, este derecho presenta dos exigencias básicas:

- Que la regulación o determinación del órgano jurisdiccional -en cuanto a su jurisdicción y competencia- debe realizarse de forma anterior al hecho sometido a su conocimiento, excluyéndose, jueces o tribunales *ex post facto*.
- Que el órgano jurisdiccional sea el órgano competente, excluyéndose tribunales o jueces *ad hoc*, (excepcionales o parajudiciales); vale decir, instituidos expresamente para determinadas causas.

#### DERECHO DE DEFENSA

Se halla contenido en el inciso 14 del artículo 139 de la Constitución. Consiste en el derecho que tiene el acusado de defenderse de manera eficaz y oportuna en todo el estado del proceso penal, e incluso en la investigación fiscal prejurisdiccional, respecto a todo acto procesal ya sea que éste provenga de la parte acusadora como del juez y que pueda, eventualmente, ocasionar algún menoscabo en sus derechos, intereses o su situación jurídica.

---

<sup>132</sup> Pico y Junoy, Joan. *Las garantías constitucionales del proceso*, Bosch, Barcelona, 1997, pp. 109 ss.

El derecho de defensa se traduce, también, en la prohibición de generar en el acusado una situación de indefensión (<sup>133</sup>). Este derecho comprende, a su vez, el derecho a ser oído, a la asistencia de un letrado, ya sea éste elegido por el propio acusado o asignado obligatoriamente por el Estado (defensor de oficio).

## DERECHO A UN PROCESO PÚBLICO

Todos los procesos son públicos (artículo 139, inciso 4), sin embargo, pueden existir etapas reservadas según determinación del juez, de conformidad con la Ley. La Constitución, sin embargo, refuerza expresamente el carácter público de los procesos judiciales que tengan por objeto la responsabilidad de funcionarios públicos, los delitos cometidos por medio de la prensa y los que se refieren a derechos fundamentales. La publicidad del proceso tiene por propósito proteger a las partes de una justicia sustraída al control de la opinión pública y; por otra parte, mantener la confianza en los tribunales por parte de la comunidad y, en particular, de los justiciables (<sup>134</sup>).

## DERECHO A LA LIBERTAD PROBATORIA

Denominado también como derecho a la prueba, se le reconoce como la facultad del acusado de ofrecer las pruebas que estimen pertinentes y que éstas sean admitidas y actuadas en el proceso (<sup>135</sup>). Pero, además, de modo muy importante, este derecho exige también que la prueba sea valorada oportuna, razonable y proporcionalmente por el juez (<sup>136</sup>).

## DERECHO A DECLARAR LIBREMENTE

Consiste en la facultad de declarar sin presión, maltratos, tratos humillantes, degradantes o mediante actos que importen cualquier otra vulneración a los derechos humanos; de lo contrario, la inobservancia de este imperativo ocasiona la

---

<sup>133</sup> Gonzáles Pérez, Jesús. Op. cit., pp. 196 ss.

<sup>134</sup> Pico y Junoy, J. Op.cit., p. 116.

<sup>135</sup> Gonzáles Pérez, Jesús. Op. cit., pp. 242 ss.

<sup>136</sup> Carocca Pérez, Alex. *Garantía constitucional de la defensa procesal*, Bosch-Barcelona, Ediciones Jurídicas Olejnik, Santiago, 1998, pp. 305 ss.

invalidez de la prueba así obtenida y, por consiguiente, su nulidad (artículo 2, inciso 24, literal "h"); ello más allá de la responsabilidad de quienes incurrieran en la comisión de dichos actos.

#### PRINCIPIO DE IGUALDAD PROCESAL

Este principio se deriva del inciso 2 del artículo 2 de la Constitución y exige que las partes de un proceso -penal, en el caso que ocupa- se encuentren en condiciones paritarias y dispongan de los mismos instrumentos para hacer valer sus pretensiones en el proceso ("igualdad de armas").

#### DERECHO A LA CERTEZA JUDICIAL

Enunciado en el artículo 139, inciso 5 de la Constitución. Es el derecho del procesado a que las sentencias y autos estén debidamente fundamentados o motivados; de modo tal que el texto de la resolución demuestre con claridad el razonamiento respecto al hecho que se conoce como al derecho que se aplica. Se hallan exceptuadas del cumplimiento de esta regla las resoluciones de mero trámite, es decir, los decretos.

#### DERECHO A LA COSA JUZGADA

Contenido en el artículo 139, incisos 2 y 13 de la Constitución, es el derecho del justiciable (agraviado y acusado) de obtener una resolución judicial firme, inmutable y; por lo tanto, oponible a cualquier pretensión análoga ulterior, siempre que esta no haya vulnerado los derechos humanos de terceros. Por ello, en última instancia, sólo la cosa juzgada material -no la formal- es la que otorga seguridad jurídica a los fallos judiciales.

#### PRINCIPIO *NE BIS IN IDEM*

Relacionado estrechamente con la cosa juzgada, este principio es de naturaleza sustantiva y procesal. En el primer caso, viene a configurarse como el derecho de la persona a no ser sancionada dos veces por un mismo hecho -delito, falta o infracción-, este es el *ne bis in idem* sustantivo. En el segundo supuesto, se presenta como el derecho de la persona de no ser procesada nuevamente por un

hecho que ya fue objeto de prosecución judicial, este es el *ne bis in idem* procesal (<sup>137</sup>).

#### DERECHO A LA INSTANCIA PLURAL

Denominado también como derecho al recurso, está enunciado en el artículo 139, inciso 6 de la Constitución; consiste en el derecho que tienen las partes del proceso de recurrir ante el órgano jurisdiccional de instancia superior, con el objeto de que revise una resolución judicial. Este derecho implica acceder a los recursos previstos por ley, y la prohibición de exigir formalismos irrazonables en su concesión. Pero, adquiere toda su fuerza en el ámbito penal, al proscribir la reforma peyorativa - *reformatio in peius*-; vale decir, la prohibición que la situación jurídica del recurrente se viese agravada como consecuencia de su propio recurso (<sup>138</sup>).

#### DERECHO A UN PROCESO JUDICIAL SIN DILACIONES INDEBIDAS

Reconocido por el artículo 8, inciso 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el artículo 14, inciso 3, literal "c" del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Consiste en el derecho de toda persona procesada a que su situación jurídica tenga que resolverse sin retardos no imputables a él y dentro de un término razonable. Desde ya, la determinación de lo que deba considerarse como "razonable" exige una valoración del juez que aprecie las circunstancias de la causa, la complejidad del asunto, la conducta de los reclamantes y de las autoridades, así como de las consecuencias de la demora.

#### DERECHO A LA INDEMNIZACIÓN ANTE ERROR JUDICIAL

Se halla reconocido en el inciso 7 del artículo 139 de la Constitución y en particular en el inciso 6 del artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que reconocen el derecho que tiene toda persona que haya sido objeto de error

---

<sup>137</sup> San Martín Castro, César. *Derecho Procesal Penal*, Vol. I, Grijley, Lima, 2001, pp. 61 ss.

<sup>138</sup> Ramos Méndez, Francisco. *El proceso penal. Tercera lectura constitucional*, Bosch Editor S.A., Barcelona, 1993, pp. 407 ss.

judicial en un proceso penal -y también ante una detención arbitraria-, para que sea indemnizada en la forma que la ley lo disponga.

### *Derecho de Ejecución penal*

Este ámbito normativo está integrado por las normas que regulan el régimen penitenciario, que no ha cumplido con los propósitos de rehabilitar humanamente al ciudadano que ha delinquido para que se reintegre en la sociedad; debido más a una falta de aplicación de los principios humanistas de la ejecución de la pena, que del vacío de la regulación de las mismas. No obstante, es del caso identificar dichas disposiciones.

### PRINCIPIO DE RESOCIALIZACIÓN Y REEDUCACIÓN DEL INTERNO

Se encuentra establecido en el inciso 22 del artículo 139 de la Constitución. Desde una perspectiva humanista, esta disposición constitucional establece que el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad. Con él se establece la finalidad resocializadora de la pena, e implica la regulación de medidas que permitan a la persona que cumple condena, reincorporarse a la sociedad. Este objetivo constitucionalmente impuesto es implementado por el legislador a través de diversos medios, entre los cuales, sin agotarlos desde luego, hallamos los denominados beneficios penitenciarios.

Así, el principio constitucional enunciado en el inciso 22 del artículo 139 de la Constitución se concretiza en la regulación de los denominados beneficios penitenciarios. Planteado en estos términos, no cabe duda que la prohibición, limitación o restricción del acceso a los mismos, sin un motivo objetivo y razonable (principio de razonabilidad), aún cuando fuera establecido por una ley, constituye una medida (u opción legislativa) inconstitucional; dado que ésta resulta incompatible con el respeto a los derechos humanos del interno a la luz del mencionado principio, que busca rehabilitar a la persona humana que ha delinquido. El Código de Ejecución Penal es el cuerpo normativo que regula en detalle este principio constitucional.

### DERECHOS DE LOS INTERNOS A OCUPAR ESTABLECIMIENTOS ADECUADO

En el artículo 139, inciso 21 de la Constitución, se reconoce el derecho de las personas que se hallan recluidas por mandato de una sentencia (e incluso de las personas detenidas pero aún no sentenciadas) de ocupar establecimientos penales acordes con los derechos humanos; en particular, con la dignidad de la persona, en condiciones que no afecten su derecho a la vida, integridad personal, y a la salud. Esto es así, en la medida que los derechos humanos son connaturales a la persona.

Como en la regulación constitucional se encuentran los grandes fundamentos del derecho penal, el actual proceso de reforma constitucional ha incorporado también principios, reglas e incluso procedimientos de carácter penal, que a continuación se identifican.

### **Reforma constitucional**

Sólo en democracia la Constitución es una norma jurídica suprema y también una norma de consenso político, que ofrece un marco jurídico político válido y eficaz para resolver los problemas nacionales, como los heredados de la violencia política de los grupos terroristas (Sendero Luminoso y el MRTA) y del gobierno autocrático de la década de los noventa.

Así, con la caída del régimen de Fujimori y la consecuente restauración democrática, los partidos políticos pactaron –diciembre de 2001- que el proceso de reforma constitucional debía realizarse utilizando los mecanismos de la reforma de la Constitución de 1993, a fin de recuperar las instituciones propias de nuestro constitucionalismo histórico, particularmente de la democrática Constitución de 1979. Reforma que finalmente debe ser sometida a referendun popular, de conformidad con lo establecido en la Ley número 27.600 y la decisión del Tribunal Constitucional <sup>(139)</sup>.

#### *Proceso de reforma constitucional*

En el gobierno transitorio de Valentín Paniagua (noviembre de 2000 a julio de 2001) una comisión de expertos nombrada por el presidente, elaboró “Las Bases para la

---

<sup>139</sup> *Sentencia del Tribunal Constitucional. Exp. N° 014-2002-AI/TC.* Lima. 2003. Ver: [www.tc.gob.pe](http://www.tc.gob.pe).

Reforma Constitucional del Perú” (<sup>140</sup>) (2001), las mismas que han sido mejoradamente adaptadas como texto normativo en el “Anteproyecto de Ley de Reforma de la Constitución” (<sup>141</sup>) (abril de 2002) y perfeccionadas en el “Proyecto de Ley de Reforma Constitucional” (<sup>142</sup>) (julio de 2002).

Con lo cual se ha asegurado la incorporación de las reformas democráticas pendientes -como la protección de los derechos humanos en la lucha contra el terrorismo- sin afectar la seguridad ciudadana ni del Estado, ni el principio de continuidad o estabilidad jurídica. Sin embargo, como es propio en todo proceso de reforma constitucional se plantea una y otra vez el debate nacional sobre tres cuestiones.

## NECESIDAD DE LA REFORMA

La necesidad de la reforma aparece como imprescindible, cuando el principio democrático de la soberanía popular entra en contradicción con el principio jurídico de la supremacía constitucional. De modo que, es necesario crear un nuevo marco constitucional para poder llevar a cabo las reformas políticas, sociales y económicas imprescindibles, que son incompatibles dentro de la autocrática Constitución de 1993.

“Ello ha llevado a que algunos sectores postulen demagógicamente la anulación de la Constitución de 1993 y el restablecimiento de la Constitución de 1979; dejando de lado la consideración que la propia transición democrática se ha realizado y se viene llevando a cabo en base a la Constitución vigente, no obstante su origen espurio; en la medida que, la

---

<sup>140</sup> Ministerio de Justicia, *Comisión de Estudio de las Bases de la Reforma Constitucional del Perú*, Lima, Julio, 2001, 109 pp.

<sup>141</sup> Congreso de la República - Comisión de Constitución, Reglamento y Acusaciones Constitucionales, *Anteproyecto de Ley de reforma de la Constitución (texto para debate) 5 de abril de 2002*, Lima, s/ Abril, 2002, 149 pp.

<sup>142</sup> Congreso de la República - Comisión de Constitución, Reglamento y Acusaciones Constitucionales, *Proyecto de Ley de Reforma de la Constitución*. Imprenta del Congreso, Lima, Julio, 2002, 175 pp.

norma suprema ha adquirido vida y sentido propios, distintos de la de sus creadores o detentadores autocráticos.”

Por ello, no es necesario ni anular la Constitución de 1993, ni llamar a una Asamblea Constituyente; más aún, dichos actos políticos supondrían quebrar el frágil principio de la supremacía constitucional. Y la supremacía constitucional –democrática en la que ahora se vive- no es sólo una exigencia jurídica, sino un presupuesto ideológico del Estado Democrático; por que no hay democracia sin respeto al derecho, ni derecho sin base en la democracia.

Lo que no impide plantear la reforma constitucional, más aún si es necesaria en varios temas, como el relativo a los derechos humanos. Ahora bien, la reforma puede ser parcial o total, esta última no es un asunto cuantitativo sino básicamente cualitativo; por cuanto se refiere a los supuestos de legitimidad histórica de un sistema político: como el régimen republicano, democrático y social, basado en la persona humana.

Equiparar la reforma total como una tarea del poder constituyente es un error; por cuanto dicha competencia radica en el poder de reforma constitucional de que goza el Congreso de la República, según los artículos 206 y 32 de la Constitución. Sin embargo, el Tribunal Constitucional ha delimitado la actuación del Congreso como competente para elaborar un proyecto de reforma constitucional que debe ser sometido a referendun popular. De este modo se descarta cualquier intento de que el Congreso asuma la condición de un poder constituyente y dicte autónomamente una nueva Constitución.

## MÉTODO DE LA REFORMA

En la historia peruana no se han respetado las reglas propias de la norma suprema precedente para operar su cambio, salvo en la Constitución de 1834. La práctica de los caudillos ha sido establecer un nuevo Congreso o Asamblea Constituyente, en nombre de la voluntad popular –*vox populi vox dei*-; que terminó otorgando una nueva Constitución, usualmente nominal -alejada de la realidad- y semántica en beneficio de un partido en el poder.

Sin embargo, el actual proceso de reforma constitucional viene superando la histórica inestabilidad, que se ha basado en la falta de concertación y en el uso de cualquier medio de reforma constitucional. Pero, como los medios y fines democráticos constituyen una sola unidad; el retorno democrático constitucional se viene dando con legitimidad, no sólo en sus fines, sino también en sus medios, en la medida en que se rige pacíficamente por las reglas de la reforma de la Norma Constitucional vigente.

Por ello, las reformas constitucionales deben ser la expresión jurídica del consenso político, económico y social entre los partidos políticos y las organizaciones sociales y económicas. En ese sentido, tanto el Proyecto de Ley de Reforma de la Constitución, como el Acuerdo Nacional que es un pacto de gobernabilidad <sup>(143)</sup>, que ha servido de insumo a dicho proyecto, han sido consensuados democráticamente por las distintas bancadas parlamentarias del Congreso.

## INSTITUCIONES A REFORMAR

El proyecto de reforma constitucional se basa en la afirmación del sistema democrático constitucional, la tutela de los derechos fundamentales, el control y el balance entre los poderes del Estado y en el establecimiento de una economía social de mercado al servicio de la persona humana. Motivo por el cual, se han incorporado propuestas de reformas sustanciales al modelo de la Constitución de 1993 –y a la Constitución de 1979–, como por ejemplo la abolición de la pena de muerte, establecer que la potestad sancionadora del Estado debe respetar los principios de constitucionalidad, legalidad, proporcionalidad, culpabilidad, resocialización y humanidad; los supuestos de detención no previstos en la

---

<sup>143</sup> Ver [www.pc.gob.pe](http://www.pc.gob.pe): “El Acuerdo Nacional suscrito el pasado 22 de julio de 2002 por los partidos políticos, organizaciones de la sociedad e instituciones religiosas, constituye la gran aspiración del pueblo y gobierno peruano de construir una nación cuyo fin supremo sea el verdadero respeto y el servicio a todas las personas así como el establecimiento de una cultura del acuerdo”.

Constitución son actos ilícitos, la proscripción del juzgamiento de civiles por militares, la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad, la incorporación del debido proceso como derecho fundamental, la reserva de ley orgánica en materia penal, entre otras.

Por todo ello, la reforma constitucional no sólo es *necesaria*, sino también es “realista” al utilizar los propios procedimientos jurídicos establecidos para la reforma constitucional y, además, será “posible” si hay consenso político sobre los contenidos de la reforma. Pero, la reforma será válida si los partidos y fuerzas políticas aceptan los compromisos políticos del Acuerdo Nacional y realizan un debate alturado, atendiendo la esperanza ciudadana con responsabilidad; porque es ella quien definirá su validez o invalidez en el referéndum constitucional.

### *Proyecto de Reforma Constitucional*

En ese marco de debate constitucional, el Pleno del Congreso ya ha aprobado el Título I: “Derechos Fundamentales”, “Deberes Fundamentales” y “Procesos Constitucionales” y el Título III: “Régimen Económico”. Le restan para debate y aprobación, el Título II: “Estado y Nación”, el Título IV: “Estructura del Estado”, así como el Título Preliminar y el Preámbulo; para luego someter toda la reforma al referéndum constitucional. El texto del proyecto incorpora las siguientes normas relativas al derecho penal constitucional:

“Artículo 1 La persona humana es el fin supremo de la sociedad y del Estado. Todos tienen la obligación de respetarla y protegerla.

Artículo 2 Toda persona tiene derecho:

Artículo 25. A la libertad y seguridad personales. En consecuencia:

- Nadie está obligado a hacer lo que la Ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe.
- No se permite forma alguna de restricción de la libertad personal, salvo los casos previstos en la Constitución y la Ley. Están abolidas la esclavitud, servidumbre y trata en cualquiera de sus formas.

- No hay prisión por deudas. Este principio no limita el mandato judicial por incumplimiento de deberes alimentarios.
- Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la Ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la Ley. La potestad punitiva y de sanción administrativa del Estado, según corresponda, debe respetar los principios de constitucionalidad, legalidad, proporcionalidad, culpabilidad, resocialización y humanidad. Los delitos de lesa humanidad, los crímenes de guerra y los así señalados como tales en los tratados de los que el Perú es parte, son imprescriptibles. Son juzgados por los tribunales ordinarios y están excluidos de los beneficios que puedan conllevar su impunidad, incluidos el indulto, la amnistía o el derecho de gracia.
- Nadie podrá ser detenido sino por mandato escrito y motivado del juez emanado de un debido proceso o por las autoridades policiales en caso de flagrante delito o de acuerdo a lo establecido en el capítulo relativo al régimen de excepción. Es punible cualquier acto, distinto de los supuestos previstos anteriormente, que implique la detención de una persona. El detenido debe ser puesto a disposición del juzgado correspondiente, dentro de las 24 horas o en el término de la distancia. Estos plazos no se aplican a los casos de terrorismo, espionaje y tráfico ilícito de drogas. En tales casos, las autoridades policiales pueden efectuar la detención preventiva de los presuntos implicados por un término no mayor de quince (15) días naturales, debiendo dar cuenta al fiscal y al juez, en forma inmediata, bajo responsabilidad. Este último asume jurisdicción a la brevedad, de acuerdo a la Ley. La detención no impide el ejercicio de los demás derechos que esta Constitución reconoce.
- Toda persona debe ser informada inmediatamente y por escrito de las causas o razones de su detención. Tiene derecho a comunicarse y ser asesorada con un defensor de su elección desde que es citada o detenida por la autoridad.
- Nadie puede ser incomunicado sino en caso indispensable para el esclarecimiento de un delito y en la forma y el tiempo previstos por la Ley. La

autoridad está obligada a señalar sin dilación el lugar donde se halla la persona detenida, bajo responsabilidad.

- Nadie puede ser víctima de violencia moral, sexual, psíquica o física, ni sometido a tortura o tratos inhumanos, humillantes o degradantes. Cualquiera puede pedir de inmediato el examen médico de la persona agraviada o de aquella imposibilitada de recurrir por sí misma a la autoridad. Carece de valor la declaración y la prueba obtenidas por violencia o con prescindencia de la forma prevista en la Ley.
- Nadie podrá ser investigado, procesado o sancionado por hechos punibles por los cuales haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la Ley. La amnistía, el indulto, los sobreseimientos definitivos y las prescripciones producen los efectos de cosa juzgada, salvo las excepciones establecidas en esta Constitución.

Artículo 26. Al debido proceso. En consecuencia se garantizan los siguientes derechos:

- Al libre acceso a la justicia y la jurisdicción predeterminada, prohibiéndose los tribunales de excepción y las comisiones especiales creadas para tal fin.
- A no ser condenado en ausencia.
- A la defensa.
- A no autoinculparse
- A no ser penado sin proceso penal.
- A la publicidad del proceso.
- A la motivación de las resoluciones judiciales.
- A la indemnización, en la forma que determine la Ley, por los errores judiciales en los procesos penales y por las detenciones arbitrarias, sin perjuicio de las responsabilidades a que hubiere lugar.

- A la instancia plural.
- A la cosa juzgada.
- A todos los que se reconocen adicionalmente en las leyes y los tratados.

Estas disposiciones se extienden al procedimiento administrativo, en cuanto le sean aplicables.

Artículo 27. A que se presuma su inocencia mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad.

Artículo 28. (Reservado hasta el final del debate constitucional. Sesión del 3 de octubre de 2002).

- A la verdad y a una reparación integral por violación de sus derechos fundamentales atribuible al Estado. Éste, a través de los órganos correspondientes, tiene la obligación de investigar y sancionar, a pedido de parte o de oficio, los delitos contra los derechos fundamentales.
- El derecho a la reparación comprende el reconocimiento de la responsabilidad estatal y la satisfacción pública a las víctimas.

Artículo 192. Son principios de la función jurisdiccional:

- El principio de inaplicabilidad por analogía de la ley penal. Y de las normas que restrinjan derechos.
- El principio de no condenar a nadie sin proceso judicial o en ausencia.
- La aplicación de la ley más favorable al procesado en caso de duda o de conflicto entre leyes penales...”.

## **Conclusiones**

A luz de la sentencia del Tribunal Constitucional, la regulación en materia de derecho penal -sustantivo, adjetivo y penitenciario; y, particularmente el proyecto de reforma constitucional se asegura que los derechos fundamentales de un detenido,

procesado o condenado judicialmente, constituyen la piedra angular del Estado de Derecho, de conformidad con el “bloque constitucional” de los derechos humanos.

De esta manera se evitará que los excesos normativos se conviertan en la cobertura legal de la arbitrariedad de las fuerzas de seguridad del poder Ejecutivo en la lucha contra el terrorismo, ni constituyan el argumento de los condenados o procesados bajo dichas norma atentatorias a los derechos humanos, para recurrir los fallos judiciales nacionales ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Esto no es óbice para que la reforma constitucional del Estado de Derecho garantice legítimamente la seguridad y tranquilidad ciudadanas, asegurando constitucionalmente la paz social que es un requisito del orden civil para todos los ciudadanos.