
DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Capítulo 7

Fabián Novak
Juan José Ruda
(Editores)



PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ
FONDO EDITORIAL 1999

INSTITUTO DE ESTUDIOS INTERNACIONALES
INSTITUTO RIVA-AGÜERO

Primera edición: noviembre de 1999

*Cincuenta años de la Declaración
de los Derechos Humanos*

Diseño de cubierta: AVA Diseños

Copyright © 1999 por Fondo Editorial de la Pontificia Universidad
Católica del Perú. Av. Universitaria, cuadra 18, San Miguel.
Telefax: 460-0872. Teléfonos: 460-2870, 460-2291, anexos 220 y
356. E-mail: feditor@pucp.edu.pe

Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio total o
parcialmente, sin permiso expreso de los editores.

Hecho el Depósito Legal: 15010599-4133

Derechos reservados
ISBN: 9972-42-176-2

Impreso en Perú – Printed in Peru

Los Derechos Humanos y la Constitución: La necesaria influencia de la Declaración Universal de los Derechos Humanos en el sistema penal peruano

*Samuel B. Abad Yupanqui**

Cuando el 10 de diciembre de 1948 nació la Declaración Universal de Derechos Humanos, se abrió una etapa de esperanza en la construcción de una sociedad que deje de lado «el desconocimiento y menosprecio de los derechos humanos», en donde prime la «libertad, la justicia y la paz» y en la cual «los derechos humanos sean protegidos por un régimen de derecho». Así lo anunciaba el preámbulo de la Declaración y así lo esperaba el conjunto de la humanidad.

Cincuenta años después, los avances han sido dispares. Aunque el objetivo común se mantiene y se acepta que la vigencia de los derechos humanos constituye un decisivo indicador de la existencia de un Estado democrático, en diversos países —como el nuestro— la lucha por los derechos humanos todavía forma parte de una agenda pendiente.

Precisamente uno de los aspectos esenciales de esta agenda es la adecuada regulación y ejercicio del poder punitivo del Estado, de tal manera que se garantice el respeto a los derechos humanos y, en definitiva, la dignidad de las personas. Por ello, desde hace cincuenta años hay consenso entre los esta-

* Profesor de Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y Defensor Especializado en Asuntos Constitucionales en la Defensoría del Pueblo.

dos en reconocer determinados derechos fundamentales que no sólo garanticen un juicio justo, sino a la vez un ejercicio racional y equilibrado de este poder punitivo (artículos 7º, 8º, 9º, 10º y 11º de la Declaración Universal). Lamentablemente, su vigencia en el Perú ha encontrado obstáculos y limitaciones, que demuestran la distancia que existe entre lo dispuesto por la Declaración Universal, los tratados sobre derechos humanos, lo previsto por la Constitución y lo que acontece en la vida cotidiana.

Por lo demás, los efectos de la Declaración Universal y los tratados sobre derechos humanos adquieren especial relevancia en nuestro país no sólo por el compromiso asumido voluntariamente por los estados; sino porque, además, de acuerdo con la cuarta disposición final y transitoria de la Constitución, los derechos que esta última reconoce «se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificadas por el Perú».

Esa es la razón de que en el presente artículo nos parezca especialmente relevante analizar la vinculación que existe entre el sistema penal,¹ el derecho constitucional y los derechos humanos a la luz de la Declaración Universal. Examinar colectivamente estas materias resulta imprescindible, si se apuesta por consolidar un estado de derecho en el país, como lo anunciaba la Declaración Universal. Y es que un derecho penal moderno debe ser un derecho penal democrático y éste necesariamente debe ser un derecho penal constitucional.

¹ Utilizamos la expresión de Binder, para quien el sistema penal o sistema de justicia penal «es el conjunto de instituciones vinculadas con el ejercicio de la coerción penal y el castigo estatal». Cfr. BINDER, Alberto. *Introducción al Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: ad-Hoc, 1993, p. 37.

1. Derecho Penal Constitucional

Como consecuencia de la evidente relación que existe entre el derecho penal y el derecho constitucional, la doctrina y la jurisprudencia vienen desarrollando lo que algunos han denominado un «derecho penal constitucional»,² o lo que también se ha calificado como un «programa penal de la Constitución».

1.1. En efecto, el derecho penal no puede entenderse al margen de la Constitución, pues no es una disciplina aislada de los principios y valores que orientan un Estado democrático. De tal manera, no puede dejarse de lado la Constitución al momento de diseñar un sistema penal. Compartimos, por ello, la opinión del profesor Ignacio Berdugo, cuando señala que los textos constitucionales diseñan un programa penal de la Constitución, es decir, un programa previsto por la Constitución que debe iluminar a todo el derecho penal.³

Esto se explica por una sencilla razón: el poder punitivo del Estado no puede ser absoluto ni arbitrario, sino que se enmarca dentro del contexto de un Estado democrático que debe ser respetuoso de los principios, valores y derechos que consagra. De lo contrario, el sistema penal se desnuda, volviéndose o auspiciando un derecho penal autoritario. Y es que, como indica Cafferata, el derecho penal «se encuentra íntimamente relacionado con el modelo político en el que se

² En el Perú, el derecho penal constitucional carece de un estudio integral. Acogiendo este enfoque, el tema viene siendo desarrollado por el joven investigador Roberto Pereira Chumbe.

³ BERDUGO, Ignacio y otros autores. *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*. Barcelona: Praxis, 1996, p.33

exterioriza y con el sistema de valores que nutre a éste».⁴ De tal manera, el sistema penal no es políticamente neutro, sino que es producto del régimen en el cual se inscribe.

1.2. En esta dirección, para tratar de establecer los alcances de un programa penal de la Constitución, podemos mencionar cuatro sectores o bloques fundamentales. En primer lugar, los principios constitucionales; en segundo lugar, los derechos humanos; en tercer lugar, la interpretación de la Constitución y, finalmente, el control constitucional que permite determinar los límites del derecho penal.⁵ A ellos nos referimos en las próximas líneas para determinar en última instancia su cercanía o distanciamiento con nuestra realidad.

2. Los Principios Constitucionales

2.1. Un principio consustancial a la existencia de todo Estado democrático es el principio de legalidad, previsto en el segundo párrafo del artículo 11º de la Declaración Universal y en el artículo 2º inciso 24) literal "d" de la Constitución. En términos generales, su contenido comprende la reserva absoluta de ley; la irretroactividad de las normas penales desfavorables y la retroactividad de las favorables; la exigencia de tipicidad; la exclusión de la costumbre y de la analogía como fuente de delitos, penas y circunstancias de agravación; y, fi-

⁴ CAFFERATA NORES, José. *Cuestiones actuales sobre el proceso penal*. 2.ª ed. Buenos Aires: Ediciones del Puerto, 1998, p.3.

⁵ Cfr. GARCÍA RIVAS, Nicolás. *El poder punitivo en el Estado Democrático*. Ediciones de la Universidad Castilla-La Mancha, 1996, p.45 y ss.

nalmente, la exigencia de taxatividad en la descripción de las conductas típicas.⁶

Sin embargo, en nuestro sistema penal éste ha sido un principio olvidado cuando se ha tratado de enfrentar problemas como el terrorismo o la delincuencia común organizada en bandas. En efecto, si nos detenemos a examinar la regulación vigente sobre terrorismo y traición a la patria —que en sentido estricto es terrorismo agravado—, podemos apreciar el empleo de fórmulas ambiguas, amplias y generales que han vaciado de contenido el principio de legalidad y han dejado en manos de los operadores (policía y jueces) la determinación de conductas de esta naturaleza. Por esta razón, organismos internacionales como la Corte Interamericana de Derechos Humanos han sostenido, por ejemplo en la sentencia de reparaciones recaída en el caso Loayza Tamayo del 27 de noviembre de 1998:

[...] que el Estado del Perú debe tomar las medidas de derecho interno necesarias para que los Decretos-Leyes 25.475 (Delito de Terrorismo) y 25.659 (Delito de Traición a la Patria) se conformen con la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Recientemente la sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el 30 de mayo de 1999, en el caso Castillo Petruzzi y otros, en la línea de lo expuesto en la sentencia antes citada, consideró que el Estado Peruano había vulnerado el principio de legalidad al regular el delito de traición a la patria, el cual «constituye una figura de terrorismo agravado»:

⁶ HUERTA TOCILDO, Susana. «El derecho fundamental a la legalidad penal». *Revista Española de Derecho Constitucional*, N.º39, 1993, p.85.

121. La Corte entiende que en la elaboración de los tipos penales es preciso utilizar términos estrictos y unívocos, que acoten claramente las conductas punibles, dando pleno sentido al principio de legalidad penal. Éste implica una clara definición de la conducta incriminada, que fije sus elementos y permita deslindarla de comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables con medidas no penales. La ambigüedad en la formulación de los tipos penales genera dudas y abre el campo al arbitrio de la autoridad, particularmente indeseable cuando se trata de establecer la responsabilidad penal de los individuos y sancionarla con penas que afectan severamente bienes fundamentales, como la vida o la libertad.

Estas sentencias confirman la distancia existente entre la legislación vigente sobre terrorismo y traición a la patria y los estándares internacionales sobre derechos humanos y, consecuentemente, la necesidad de que el Estado Peruano modifique dichas normas. Por lo demás, no debe olvidarse que la aplicación de estas leyes ha propiciado un elevado número de errores judiciales. Basta señalar que hasta mayo de 1999 el presidente de la República indultó a 469 personas injustamente condenadas por los delitos de terrorismo o traición a la patria, sobre la base de las recomendaciones formuladas por la comisión *ad-hoc* que preside el Defensor del Pueblo.

Crítica similar puede formularse respecto a los denominados decretos legislativos sobre seguridad nacional que han tratado de enfrentar la delincuencia común organizada en bandas y que utiliza armas de guerra, al haber tomado como modelo la legislación sobre terrorismo. En efecto, en mayo de 1998 se dictaron los decretos destinados a enfrentar el problema de la inseguridad ciudadana, que han repetido los errores anteriores y que, al hacerlo, han erosionado la legitimidad de la respuesta

estatal frente a estos problemas. Ello ha sucedido, por ejemplo, con el Decreto Legislativo 895 sobre terrorismo agravado, que hasta el momento no ha sido revisado por el Congreso de la República, pese a contener diversas disposiciones vagas e imprecisas que afectan expresos principios y derechos constitucionales.⁷

2.2. Otro principio esencial es el de proporcionalidad, reconocido en los artículos 200° párrafo final y 2° inciso 7) de la Constitución, que deriva de la concepción misma de Estado de Derecho y que se encuentra implícito en el artículo 29° inciso 2) de la Declaración Universal. Este principio viene siendo intensamente desarrollado por la teoría y la jurisprudencia nacional e internacional. En definitiva, este principio pretende que la norma o la finalidad de la norma sea razonable, y se emplee un medio o instrumento necesario para intervenir en los derechos fundamentales, es decir, que ella sea adecuada, necesaria y proporcional.⁸ Para analizarlo hay que tomar en cuenta diversos aspectos.

Un primer elemento es el principio de adecuación, es decir, debe verificarse que la finalidad que se busca con la sanción, por ejemplo con la pena, se fundamente o derive del texto constitucional, sin contradecirlo. Este sería un control de idoneidad. En segundo lugar, el principio de necesidad, es decir si es que no existe una medida igualmente efectiva y adecua-

⁷ Cfr. DEFENSORÍA DEL PUEBLO, «Análisis de los decretos legislativos sobre seguridad nacional dictados al amparo de la Ley 26950». *Debate Defensorial*, Revista de la Defensoría del Pueblo, N.º 1, 1998, p.237 y ss.

⁸ GAVARA DE CARA, Juan Carlos. *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*. Madrid: CEC, 1994, p.296 y ss.

da que implique una menor restricción a los derechos de la persona. Finalmente, se suele aludir al principio de proporcionalidad en sentido estricto, lo cual significa que la decisión no debe situarse fuera de la relación con el objeto perseguido, es decir, debe mantenerse una relación razonable con la finalidad perseguida.

A la luz de este principio puede analizarse, por ejemplo, la regulación prevista por el Decreto Legislativo 895 para los menores de edad que cometen el delito de «terrorismo agravado», que en rigor es un delito común y que carece del elemento ideológico que define al terrorismo. En este caso debe determinarse si resulta proporcional establecer que los menores entre 16 y 18 años puedan ser condenados a la pena privativa de la libertad de no menos de 25 y hasta 35 años, ser juzgados en brevísimos plazos ante un tribunal militar y estar sujetos a condiciones para el cumplimiento de una condena idéntica a las de los adultos, incluyendo ciertamente los mismos establecimientos penales. La interrogante, en este caso, consiste en determinar si ello afecta o no el principio de proporcionalidad. A nuestro juicio, este tratamiento normativo a los menores de edad afecta dicho principio y, en consecuencia, permite calificarlo como inconstitucional.

2.3. De otro lado, un principio básico para el diseño de un sistema penal es la resocialización, prevista en el artículo 139° inciso 22) de la Constitución y en el artículo 10° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Una interrogante inicial consiste en determinar si es un principio directamente aplicable o debe limitarse a inspirar el sistema.

A nuestro juicio, este principio es una norma directamente aplicable y debería orientar a todos los operadores jurídicos. Por ello resulta sumamente cuestionable la validez constitu-

cional de ciertas penas, como la de cadena perpetua. ¿Cómo aceptar que la prisión perpetua sea una medida resocializadora si se limita a garantizar la detención de un delincuente por toda su vida? Lo mismo puede afirmarse de aquellas disposiciones que eliminan los beneficios penitenciarios. En este sentido, coincidimos con quienes sostienen que se pueden «considerar ilegítimas penas que conceptualmente excluyen la resocialización, como por ejemplo, la cadena perpetua, así como aquellas penas temporales que por su duración extrema tengan efectos similares».⁹

En consecuencia, si uno examina a la luz de los principios previstos por la Declaración Universal los tratados sobre derechos humanos y la Constitución, nuestro sistema penal y, específicamente, las leyes penales de emergencia, sencillamente comprobará que varios de ellos no aprueban un test de constitucionalidad, al haber cruzado la frontera de lo que sería un derecho penal democrático.

3. Los Derechos Humanos

Al examinar la vinculación entre el derecho penal y la Constitución es necesario considerar la vinculación que existe entre derechos humanos reconocidos por la Declaración Universal, tratados, Constitución y el sistema penal. Así, puede advertirse que existen elementos esenciales y que pueden ser aplicados directamente por los operadores jurídicos. Para aclarar esto, mencionaremos puntuales ejemplos, tomando en cuenta algunos criterios jurisprudenciales.

⁹ BERDUGO, Ignacio y otros autores. Ob. Cit. p.57.

3.1. Actualmente nadie discute que el «debido proceso» reconocido en el artículo 10º de la Declaración Universal y en el artículo 139º inciso 3) de la Constitución, es un derecho fundamental. Entre otros aspectos, comprende el derecho al juez natural, es decir, a ser juzgado por el juez previamente establecido por la ley —no por la Resolución Administrativa de una Comisión Ejecutiva— y por lo tanto impide la existencia de jueces *ad hoc*; rechazando así la idea de llevar a una persona a ser juzgada ante un órgano que no le corresponde. Así, por ejemplo, se afecta este derecho cuando se traslada arbitrariamente a un juez para apartarlo de un caso o cuando los civiles son juzgados ante la justicia militar en casos en que no corresponde.

Precisamente sobre este último tema, una reciente sentencia del Tribunal Constitucional, que declaró fundada la demanda de hábeas corpus interpuesta a favor del oficial en situación de retiro Carlos Alfredo Villalba Zapata, acogió un criterio muy importante.¹⁰ El tribunal consideró que, si un oficial en retiro era juzgado por un tribunal militar, se afectaba su derecho al juez natural, pues en tal caso debía ser juzgado por la justicia común. De esta manera, el criterio que el Consejo Supremo de Justicia Militar se negó a acatar tratándose del oficial en retiro Gustavo Cesti —pendiente de sentencia por la Corte Interamericana de Derechos Humanos—, ha sido ratificado por el Tribunal Constitucional acogiendo una razonable interpretación que circunscribe los alcances de la justicia militar a los límites que le corresponden en un Estado democrático.

Por lo demás, el debido proceso es un derecho que no puede ser marginado cuando se trata de enfrentar un problema

¹⁰ Exp. 585-96-HC/TC, diario oficial *El Peruano*, separata «Garantías Constitucionales», Lima, 30 de setiembre de 1998, pp. 1262-1263.

como el terrorismo, no sólo porque la Declaración Universal, los tratados y la Constitución así lo reconocen, sino porque además en caso de desconocerlo nos pondríamos en el mismo nivel de aquellos a quienes cuestionamos por su actuación al margen de principios esenciales para una convivencia pacífica. Sin embargo, esto se ha presentado en nuestra legislación al momento de regular temas como el terrorismo, lo cual se hizo manifiesto en la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos dictada en el caso Castillo Petruzzi y otros, quienes pese a ser civiles fueron juzgados por tribunales militares por el delito de traición a la patria (terrorismo agravado). En tal ocasión, la corte sostuvo:

En efecto, el proceso se siguió ante un órgano jurisdiccional que no puede ser considerado 'juez natural' para hechos e inculpados como los que ahora nos ocupan; en ese procesamiento actuaron jueces y fiscales 'sin rostro'; los inculpados no dispusieron de un defensor de su elección desde el momento mismo de la detención, y los defensores que finalmente les asistieron no contaron con la posibilidad de entrevistarse a solas con sus defensos, conocer oportunamente el expediente, aportar pruebas de descargo, contradecir las de cargo y preparar adecuadamente los alegatos. Evidentemente, no nos encontramos ante un procesamiento que satisfaga las exigencias mínimas del 'debido proceso legal'.

De esta manera, quedó en evidencia el alejamiento de nuestra legislación sobre terrorismo y traición a la patria de los lineamientos básicos que identifican un debido proceso.

3.2. También conviene examinar el derecho a la igualdad, previsto por el artículo 2º inciso 2) de la Constitución y el

artículo 7º de la Declaración. En efecto, a veces sucede que existen normas especiales que por hechos idénticos establecen penas mayores. En estos casos, el derecho a la igualdad trata de iluminar los alcances de la pena, porque, como lo ha recordado hace algún tiempo la Corte Constitucional colombiana, no podemos pensar que una ley especial que establece una sanción más benigna por los mismos hechos sea válida, porque por hechos iguales no se puede aplicar sanciones diferentes.

Así por ejemplo, en 1997 la Corte colombiana (Sentencia C-285 de 5 de junio) declaró la inconstitucionalidad del artículo 25º de la Ley 294, según el cual si un conviviente violaba al otro la pena sería de prisión de seis meses a dos años. Sin embargo, el delito de violación tipificado para quienes no eran convivientes tenía una sanción que fluctuaba entre los 8 y 20 años de prisión. La corte consideró que la citada disposición violaba el principio de igualdad, porque en ambos supuestos existía violación y el hecho de que fueran convivientes no significaba que existiera una causal objetiva y razonable que permitiera una sanción diferente.

En consecuencia, resulta evidente que el derecho a la igualdad orienta los límites de la pena para establecer que ante hechos similares deben existir sanciones también similares. En este caso, la corte declaró inconstitucional la sanción establecida, ya que no podía haber un trato discriminatorio.

3.3. El efecto irradiante de los derechos fundamentales también se aprecia tratándose de la libertad de expresión, reconocida por el artículo 19º de la Declaración Universal y el artículo 2º inciso 4) de la Constitución. En efecto, en 1997 se presentó un caso peculiar que motivó la intervención de la Defensoría del Pueblo y la expedición de la Resolución Defensorial 09-98-DP de 19 de febrero de 1998. En tal ocasión, la Sala Penal de la Corte Suprema condenó a un periodista por el delito de ejerci-

cio ilegal de la profesión, al no estar colegiado. Si la Sala Penal de la Corte Suprema hubiera tomado en cuenta los alcances de la libertad de expresión, habría reconocido que más allá de existir un delito en el Código Penal que establece la sanción por el ejercicio ilegal de la profesión, cuando se trata de un periodista éste hace uso de su libertad de expresión y por ello no lo pueden sancionar. Una sanción de este tipo sería inconstitucional.

Lo antes expuesto fue aclarado hace trece años por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la opinión consultiva OC 5/85, del 13 de noviembre de 1985, sobre *La colegiación obligatoria de los periodistas (artículos 13 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, que lamentablemente la citada Sala Penal no tomó en consideración.

3.4. Otra forma de analizar los alcances de los derechos fundamentales se presenta cuando se examina la situación carcelaria, debido a las condiciones en que se encuentran los penales. Desde una perspectiva constitucional, esto afecta, entre otros derechos, la dignidad del ser humano, más aun si se toma en cuenta que en muchos casos se trata de personas que aún no han sido sentenciadas.

Al respecto, resulta especialmente relevante citar como ejemplo una sentencia de la Corte Constitucional de Colombia que permitió evaluar la constitucionalidad de su régimen penitenciario. Se trata de una decisión recaída en la tutela o amparo que se presentó con motivo de la afectación de derechos fundamentales en los centros penitenciarios. La corte sostuvo en la sentencia T 153 de 1998 que hacía uso de la figura del «estado de cosas inconstitucionales», con el fin de tratar de remediar la situación de vulneración de los derechos fundamentales en los penales que afecta a una multitud de

personas, y cuyas causas son de naturaleza estructural, es decir que por lo regular no se originan por causa exclusiva de la autoridad demandada, y por lo tanto su solución exige la acción mancomunada de distintas entidades.

La corte consideró que las cárceles colombianas se caracterizan por el hacinamiento, las graves deficiencias en materia de servicios públicos y asistenciales, el imperio de la violencia, la extorsión, la corrupción y la carencia de oportunidades y de medios para la resocialización de los reclusos. Esta situación, sostuvo, se ajusta a la definición del «estado de cosas inconstitucional», a partir del cual puede deducirse una flagrante violación de los derechos fundamentales de los internos en los centros penitenciarios, tales como la dignidad, la vida, la integridad personal, los derechos a la familia, a la salud, al trabajo y a la presunción de inocencia.

3.5. Del mismo modo, cuando se examinan los alcances de la detención de una persona es posible evaluar hasta dónde se afectan sus derechos debido a las condiciones en que ésta se realiza. Así, por ejemplo, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas consideró que

[...] es indiscutible que el señor Polay Campos fue presentado en una jaula a la prensa durante su traslado al Callao; esto a juicio del Comité constituye un trato degradante, en contravención del artículo 7, así como un tratamiento incompatible con el párrafo 1 del artículo 10, ya que no se ha respetado la dignidad humana del señor Polay Campos en tanto y en cuanto persona.¹¹

¹¹ COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, 61.º período de sesiones, Comunicación 5777/1994, 6 de noviembre de 1997.

En este caso, el comité no discutió la veracidad del delito cometido, ni la inocencia o culpabilidad del delincuente, sino tan sólo la forma en que fue presentado ante la prensa y su consecuente afectación de derechos fundamentales.

En otra ocasión, la Corte Interamericana al examinar las condiciones en que se llevó a cabo una detención consideró que se había violado expresos derechos humanos. Así lo manifestó en el caso Loayza Tamayo, cuando sostuvo que:

[...] la incomunicación durante la detención, [...] el aislamiento en celda reducida, sin ventilación ni luz natural [...], las restricciones al régimen de visitas [...], constituyen formas de trato crueles, inhumanas o degradantes [...]

Ello condujo, nuevamente, a que instancias internacionales cuestionasen la validez del tratamiento de una persona detenida por terrorismo.

3.6. Finalmente, el respeto de los derechos humanos, y concretamente el acceso a la justicia, cuestionan la posible impunidad de los responsables. Por ello se afirma que las leyes de amnistía ante violaciones de derechos humanos consagran la impunidad y, por lo tanto, afectan los derechos reconocidos en los tratados suscritos por el Estado Peruano. En esta dirección, la sentencia de reparaciones recaída en el caso Loayza Tamayo, de 17 de noviembre de 1998, consideró ante el alegato del Gobierno Peruano para aplicar los Decretos Leyes número 26.479 y 26.492, mediante los cuales se concedió amnistía general al personal militar, policial y civil, que:

168. [...] Los Estados no pueden, para no dar cumplimiento a sus obligaciones internacionales, invocar disposiciones existentes en su derecho interno, como lo es en este caso la

Ley de Amnistía expedida por el Perú, que a juicio de esta Corte, obstaculiza la investigación y el acceso a la justicia. Por estas razones, el argumento del Perú en el sentido de que le es imposible cumplir con ese deber de investigar los hechos que dieron origen al presente caso debe ser rechazado.

169. [...] el artículo 1.1 de la Convención Americana, obliga al Estado a garantizar a toda persona el acceso a la administración de justicia y, en particular, a un recurso rápido y sencillo para lograr, entre otros resultados, que los responsables de las violaciones de los derechos humanos sean juzgados y para obtener una reparación por el daño sufrido. Como ha dicho esta Corte, el artículo 25 'constituye uno de los pilares básicos, no sólo de la Convención Americana, sino del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática en el sentido de la Convención' [...]. Dicho artículo guarda relación directa con el artículo 8.1 de la Convención Americana que consagra el derecho de toda persona a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos de cualquier naturaleza.

170. En consecuencia, el Estado tiene el deber de investigar las violaciones de los derechos humanos, procesar a los responsables y evitar la impunidad. La Corte ha definido la impunidad como 'la falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de los derechos protegidos por la Convención Americana' [...]

A partir de esto, la Corte Interamericana concluyó «que el Estado del Perú debe investigar los hechos del presente caso, identificar y sancionar a sus responsables y adoptar las disposiciones necesarias de derecho interno para asegurar el cumplimiento de esta obligación». Este valioso criterio ratifica la validez de aquellos argumentos que diversos sectores formularon para criticar desde una perspectiva constitucional y

democrática la amnistía, amparándose en las normas internacionales sobre derechos humanos y su recepción por la cuarta disposición final y transitoria de la Constitución.

En esta misma dirección, con la finalidad de fortalecer la lucha contra la impunidad, resultaría necesario que el Perú suscriba el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Ello demostraría la voluntad del Estado Peruano de contribuir a la formación de la citada corte para investigar los crímenes de genocidio, de lesa humanidad, de guerra y de agresión¹². Lamentablemente, la Resolución Suprema N° 478-98-RE, publicada el 31 de octubre de 1998, dejó sin efecto una anterior resolución que delegaba en una embajadora las facultades suficientes para suscribir el citado estatuto, sin que hasta el momento se haya manifestado la voluntad de suscribirlo.

4. La Interpretación Constitucional

Un tercer rubro por destacar es la interpretación, concretamente los criterios de interpretación constitucional que utiliza el operador jurídico, pues ¿qué debe hacer un juez para determinar si una pena es proporcional? Ciertamente se puede tener una opinión a partir de un análisis normativo general, pero para tener una idea cabal se requiere hacer uso de puntuales criterios de interpretación y a la vez tomar en cuenta que, cuando se trata de interpretar derechos fundamentales, se debe maximizar su contenido, es decir, optar —cuando existan

¹² El artículo 126º del Estatuto de la Corte Penal Internacional entrará en vigor luego de que esté en poder del secretario general de las Naciones Unidas el sexagésimo instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión.

dos interpretaciones distintas— por aquélla que mejor proteja el contenido de estos derechos. En este sentido, por ejemplo, considerar de antemano que la seguridad nacional prima sobre los derechos fundamentales contradice toda afirmación sobre un posible derecho penal democrático. En realidad lo importante es velar por proteger los derechos fundamentales y para ello su adecuada interpretación resulta fundamental.

Actualmente se sostiene que la teoría de la interpretación constitucional constituye el núcleo central de la teoría de la Constitución.¹³ Y es que en el derecho constitucional los problemas de interpretación surgen con mayor frecuencia debido al peculiar carácter de la norma constitucional, así como al hecho de contar con un sistema de jurisdicción constitucional, es decir, con tribunales especiales (cortes o tribunales constitucionales) u ordinarios (Poder Judicial) encargados de velar por el principio de supremacía de la Constitución y la defensa de los derechos constitucionales.

En esta dirección, el objetivo de la interpretación constitucional es determinar el sentido de la norma constitucional para poder aplicarlo; es decir, se busca hallar un resultado constitucionalmente correcto a través de un procedimiento racional y controlable, debidamente fundamentado, creando a la vez certeza y previsibilidad jurídicas.¹⁴ Para ello, tanto la teoría como la jurisprudencia han desarrollado diversos principios que orientan la labor del intérprete. Esto no significa que debamos archivar los criterios utilizados en las distintas áreas del derecho —v.g. el gramatical, histórico, sistemático

¹³ RUBIO LLORENTE, Francisco. *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*. Madrid: CEC, 1993, p.605.

¹⁴ HESSE, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional*. Madrid: CEC, 1983, p.37.

y lógico—, sino que deben complementarse con los desarrollados en el derecho constitucional. Evidentemente no habrá una solución única y excluyente para cada caso. Lo importante es que ella sea razonable, coherente y consistente, para lo cual existen diversos principios y criterios que pasaremos a sintetizar.¹⁵

4.1. El «principio de unidad de la Constitución» es una variante del criterio de interpretación sistemática. Esto significa que la Constitución es un todo que no puede ser interpretado aisladamente, sino tomando en cuenta las demás disposiciones constitucionales. Así, por ejemplo, lo ha entendido la Corte Constitucional de Colombia al precisar, en la sentencia C-445, del 20 de octubre de 1994, que las normas constitucionales «deben ser interpretadas y aplicadas en su integridad, de tal manera que resulta inadmisibile como método de interpretación o como criterio de juzgamiento la aplicación apenas parcial de un precepto para hacer valer algunos de sus efectos, dejando otros inaplicados».

4.2. El principio de armonización o concordancia práctica significa que los bienes constitucionalmente protegidos por cada precepto constitucional deben ser coordinados y armonizados para resolver el problema, de modo tal que conserven su entidad. Si se producen colisiones deben resolverse a través de una ponderación de bienes. En estos casos los límites deben responder al principio de proporcionalidad.¹⁶ Este criterio, por

¹⁵ GARCÍA BELAUNDE, Domingo. «La interpretación constitucional como problema». En: *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*. Bogotá: Ciedla, Fundación Konrad Adenauer, 1996, p.82.

¹⁶ HESSE, Konrad. Ob. Cit., p.48.

ejemplo, puede ser utilizado válidamente para resolver el conflicto que puede suscitarse entre la libertad de expresión y el derecho al honor.

4.3. El principio de corrección funcional exige que el intérprete, al resolver un caso, respete el esquema de estructura de poder y de distribución de funciones y tareas entre órganos y entes públicos que establece la Constitución. Por ejemplo, los órganos jurisdiccionales deben respetar la potestad configuradora, conformadora y de libre decisión política que corresponde al legislador.¹⁷

4.4. Asimismo, el «principio de eficacia integradora» precisa que la interpretación de la Constitución debe tratar de promover la unidad política del Estado y sus componentes, precisamente porque ése es el fin de toda Constitución. Por ello se afirma que debe encaminarse a potenciar las soluciones que refuercen y consoliden esa unidad.

4.5. Por su parte, el «principio de fuerza normativa» trata de dar preferencia en la solución a los puntos de vista que ayuden a las normas de la Constitución a obtener la máxima eficacia. En efecto, todo el ordenamiento jurídico debe interpretarse de conformidad con la Constitución, dando preferencia a los criterios que permitan extraer de ella consecuencias de aplicación inmediata.¹⁸

¹⁷ SANTAMARÍA PASTOR, Alfonso. *Fundamentos de Derecho Administrativo*. Madrid: Fundación Ramón Areces, 1990, p. 495.

¹⁸ SANTAMARÍA PASTOR, Alfonso. Ob. Cit.

4.6. Finalmente, la denominada «interpretación preferente de los derechos constitucionales» surge debido a la especial relevancia de estos derechos. Por ello, se opta por un criterio de interpretación a su favor, afirmándose la existencia de un principio *favor libertatis*. Además, estos derechos deben ser interpretados de conformidad con las Declaración Universal y los tratados sobre derechos humanos, tal como lo dispone la cuarta disposición final y transitoria de la Constitución. Incluso, a nuestro juicio, las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos al interpretar los alcances de la Convención también constituyen fuentes para determinar los alcances de los derechos humanos. Por ejemplo, debería interpretarse el contenido del debido proceso tomando en cuenta lo señalado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia dictada en el caso de Marielena Loayza Tamayo, cuando sostuvo que «al ser juzgada [...] en la jurisdicción ordinaria por los mismos hechos por los que había sido absuelta en la jurisdicción militar, el Estado Peruano violó el artículo 8.4 de la Convención Americana».

5. Derecho Penal y Control Constitucional

¿Cómo hacer para contar con un derecho penal democrático si existen normas que no son compatibles con esta aspiración? Al respecto, debemos tener en cuenta que la teoría constitucional aporta instrumentos de control jurisdiccional que podrían dejar de lado los excesos que pudieran cometerse.

5.1. En nuestro país ha sido frecuente que se cuestionase ciertas normas penales. Así por ejemplo hemos afirmado que

buen parte de los decretos legislativos sobre seguridad nacional es inconstitucional. ¿Pero qué puede hacerse? ¿Esperar a que el Congreso de la República los modifique? Recordemos que los referidos decretos se dictaron en mayo de 1998 y hasta la fecha no han sido derogados o modificados. Ante esta situación, correspondería acudir al Tribunal Constitucional a través de una acción de inconstitucionalidad. Lamentablemente, hasta el momento el Tribunal Constitucional carece del número de magistrados necesarios para resolver, pues no han sido repuestos sus tres miembros arbitrariamente destituidos por el Congreso de la República. Hasta que esto no ocurra no podrá acudirse a la vía de la acción de inconstitucionalidad, que desde hace más de dos años no puede utilizarse.

5.2. En consecuencia, sólo resta fortalecer la única alternativa viable, que consiste en el control a cargo de los jueces, es decir, el *control difuso*, a través del cual los jueces pueden disponer la no aplicación de una ley a un caso concreto, conforme lo autoriza el segundo párrafo del artículo 138º de la Constitución. Su aplicación, ciertamente, es difícil en un contexto donde impera una magistratura provisional, pero ahí queda la vocación de independencia, de autonomía de un Poder Judicial que puede disponer la no aplicación de una ley que viola la Constitución. Su ejercicio contribuiría a contar con un derecho penal democrático o a seguir subsistiendo en el contexto de un derecho penal autoritario.

En esta materia el caso más conocido fue el de una jueza que dispuso la no aplicación de la ley de amnistía por afectar lo dispuesto por la Constitución. En efecto, el 19 de junio de 1995 la jueza que estaba investigando el asesinato de 17 personas ocurrido en Barrios Altos en 1991, a pedido de la fiscal y de la parte civil, consideró que el artículo 11 de la Ley de Amnistía

(Ley 26479) era inconstitucional y dispuso su inaplicación al caso concreto sobre la base del artículo 138 de la Constitución; en consecuencia, ordenó que se prosiguiera con la tramitación del proceso penal correspondiente. Ante tal situación, la fiscal de la Nación sostuvo públicamente que se había cometido delito de prevaricato. Con motivo de dicha resolución, se expidió la Ley 26492, publicada el 2 de julio, mediante la cual el Congreso *interpretó* que la Ley 26479 «no es revisable en sede judicial». Días después, el 14 de julio, la resolución de la jueza fue modificada por el tribunal superior. En efecto, la 11ª Sala Penal de Lima, por mayoría, declaró nula dicha resolución, disponiendo la aplicación de la Ley de Amnistía y ordenando el archivo del proceso penal, basándose en argumentos cuestionables.

5.3. Sin embargo, el control difuso no es la única vía. Existen otras posibilidades, como en el ejemplo colombiano antes mencionado, cuando en virtud de una tutela o amparo se declaró el «estado de cosas inconstitucional». De esta manera, nos referimos al derecho a un recurso efectivo ante los tribunales competentes contra actos violatorios de derechos fundamentales, al cual alude el artículo 8º de la Declaración Universal y que comprende tanto el proceso de hábeas corpus como el de amparo.

En tal ocasión la corte declaró fundada la demanda y puso en conocimiento de esta decisión a todos los poderes públicos y, además, ordenó al Instituto Nacional Penitenciario de Colombia y al Ministerio de Justicia que elaborasen en tres meses, a partir de la notificación de la sentencia, un plan de construcción y refacción de cárceles que garantizase a los reclusos condiciones de vida dignas. Señaló que la Defensoría del Pueblo y la Procuraduría General de la Nación ejercerían una supervigilancia sobre este punto.

Agregó que, con el objeto de financiar enteramente los gastos que demandaría la ejecución del plan de construcción y refacción carcelaria, el Gobierno debería realizar de inmediato las diligencias necesarias para que en el presupuesto de la actual vigencia fiscal y de las sucesivas se incluya las partidas requeridas para garantizar una medida de esta naturaleza. En otras palabras, percatándose de que el problema tenía un contenido presupuestario, ordenó la inclusión en las partidas correspondientes de medidas destinadas a cumplir con la vigencia de estos derechos.

Ciertamente una decisión de esta naturaleza sería difícil y novedosa en un país como el nuestro, en el que un número importante de sentencias no se cumple bajo la justificación de la falta de una partida económica.¹⁹ Y ciertamente, nunca va a haber recursos si las instituciones encargadas no presupuestan estos programas y si no existe una decidida voluntad política de cambio.

5.4. Además de la tutela o amparo, existe el proceso de hábeas corpus, que protege la libertad individual. En el Perú el proceso de hábeas corpus es más amplio del que existe en otros países, pues no sólo tutela la libertad física del detenido, es decir el derecho a no ser detenido en forma arbitraria, sino también las condiciones carcelarias. Esto es conocido como el hábeas corpus correctivo, que garantiza el debido trato en las prisiones.

¹⁹ En octubre de 1998 la Defensoría del Pueblo elaboró un informe en el que detectamos 101 quejas en las que se cuestionaba el incumplimiento de sentencias por parte de la administración estatal. Este informe fue aprobado mediante Resolución Defensorial 62-98/DP, publicada en el diario oficial el 27 de octubre.

Estos alcances del hábeas corpus se dan formalmente en el Perú, pero lo que preocupa es que sus objetivos de velar por la libertad individual no se cumplan plenamente. Por ejemplo, se han presentado demandas de *habeas corpus* para evitar traslados que podrían afectar los derechos de los reclusos que han sido rechazadas sin una argumentación solvente. Esto sucedió con el traslado de personas al penal de Challapalca, que se encuentra en el departamento de Puno a más de 4,400 metros sobre el nivel del mar. La lejanía del penal y su difícil acceso dificultaban a los familiares hacer visitas, así como el derecho de defensa; además, su elevada altitud y las difíciles condiciones climáticas afectaban la salud de los internos, todo lo cual constituía una situación más grave no dispuesta en la sentencia. Igualmente ha sucedido en los casos de traslados de menores cuya legitimidad se cuestionaba, pues estos deben permanecer separados de los adultos. En definitiva, en esta materia se requiere un mayor desarrollo, que contribuya a garantizar la vigencia de la libertad e integridad de las personas.

6. Reflexiones Finales

Cincuenta años después de la Declaración Universal de Derechos Humanos, la necesaria limitación del poder punitivo del Estado sobre la base de un equilibrio razonable que garantice el respeto de los principios constitucionales y los derechos humanos todavía se enfrenta con obstáculos y omisiones que institucionalmente no son resueltos y que terminan minando su ejercicio. De esta manera, continúa en la agenda pendiente la necesidad de garantizar una estrecha vinculación entre el sistema penal, la Constitución y los derechos humanos. Esto constituye un verdadero reto que requiere de un compromiso democrático aún distante.

Mantenerse alejado de estos parámetros significa un costo especial para el Estado Peruano, pues las medidas así adoptadas carecerán del peso y legitimidad necesarios, y contribuirán además a debilitar los compromisos internacionales asumidos, a cuyos organismos puede acudir para cuestionar tales actos, con la evidente responsabilidad estatal. De ahí que no resulte extraño que internacionalmente se critique diversas normas y decisiones internas debido a su manifiesto alejamiento de los estándares antes mencionados. En estos casos el argumento de la soberanía absoluta que algunos sectores vienen sosteniendo carece de todo sustento.

Y es que, en definitiva, el sistema penal no es políticamente neutro ni puede basarse en un argumento simplista según el cual el fin justifica los medios, pues su sustento, incluso para garantizar su eficacia, debe encontrar el necesario equilibrio que no lo ponga al margen de los principios y valores que orientan un Estado democrático. En este sentido, los principios de legalidad, proporcionalidad, resocialización, los derechos humanos, los criterios de interpretación constitucional y los mecanismos de control constitucional son vitales para garantizar que nuestro sistema penal respete las pautas esenciales de un Estado Democrático y los derechos humanos. Esto forma parte de un compromiso que después de cincuenta años de la Declaración Universal todavía sigue pendiente.