

Derechos humanos y proceso penal

Por DOMINGO GARCIA RADA

Profesor Principal

Resumen: El autor reseña la evolución de los derechos humanos desde los griegos hasta nuestros días y cita los distintos documentos aprobados por entes internacionales y organismos regionales que los consagran. Hace especial hincapié a la "protección de los derechos humanos en el procedimiento penal", materia que figuró como tema del XI Congreso Internacional de Derecho Penal (Hamburgo, 1979). Luego se refiere a la norma del Código civil —incorporada en 1962 a la Ley Orgánica del Poder Judicial— que faculta al juez a preferir la norma constitucional a la ordinaria, y que usada, primero, en los procesos civiles, después de su incorporación a la referida Ley Orgánica, se aplica también a los procesos penales. Recuerda que la Constitución del 33 permite la acción popular en defensa de la Constitución y la del 79 que, además, crea el Tribunal de Garantías Constitucionales. Examina sucintamente las legislaciones suiza, chilena, uruguaya, mexicana y estadounidense al respecto, y las instituciones controladoras del Ombudsmán escandinavo y de la prokuratura soviética. Analiza el derecho positivo referente a la materia en la ONU y sus organismos regionales. Por último hace un exhaustivo análisis del ordenamiento jurídico peruano para ver en qué forma respeta la persona humana. (S.J.A.)

La preocupación por los derechos de la persona no es reciente: "Los derechos humanos derivan de la persona humana y preexisten al Estado" dice Alzamora Valdez son muy antiguos, pues vienen desde los griegos. Agrega "Los jurisconsultos romanos esbozaron una fecunda concepción sobre los derechos del hombre".

La Declaración de los Derechos del hombre y del Ciudadano por la Asamblea Nacional de Francia de 26 de agosto de 1789 está inspirada en Locke, Rousseau, Montesquieu y Voltaire. Pero también recogió los anhelos del pueblo expresados en los famosos "Cahiers de doléances" (cuadernos de quejas o pliegos de reclamos). Nació con proyección universal y los soldados del Imperio se encargaron de desparrramarlo por el mundo entonces conocido (1).

(1) Los Derechos Humanos y su protección. Mario Alzamora Valdez. Jus. Lima. 1977 pág. 17 y 43.

Siglo y medio después, las Naciones Unidas en Asamblea reunida en París, en diciembre de 1948, emitió la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Posteriormente fue completada con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que crea el Comité de Derechos Humanos.

Este Comité tiene competencia para pedir informe a los Estados sobre violación de los Derechos Humanos. El Estado miembro tiene como obligación el de presentar el informe pero no está obligado a cooperar con el Comité.

El problema surge sobre el contenido del Informe: si sólo debe limitarse a explicar su proceder en la denuncia sobre violación de derechos humanos; o debe ser explícito, dando cuenta de las medidas tomadas para hacer cesar la violación y el adelanto en el goce de los derechos humanos, pudiendo aceptar emitir informes adicionales al Comité. En la sesión de 1978, Alemania Democrática era de opinión que el informe sólo debía dar cuenta de la supuesta violación, sin enunciar detalles ni cooperar en el futuro de la investigación.

En cuanto al informe del Comité también se discutió en dicha Sesión si debía incorporarse a la Memoria Anual presentada a la ONU o debía ser informe individual en cada caso. Prevaleció este último parecer y la Comisión ha publicado Informes separados sobre cada caso investigado.

En Hispano América análogas declaraciones aparecen en la Conferencia Panamericana de Bogotá de 1948 y más tarde el Pacto de San José aprueba la Convención Americana de Derechos Humanos. (Noviembre 1969). En el Perú es ley según Resolución Legislativa 13282 de 5 de diciembre de 1959.

En Roma se firma la "Convención Europea para la salvaguarda de los derechos humanos y las libertades fundamentales". (4 de noviembre de 1950). Posteriormente le son adicionados Cinco Protocolos con los que el Consejo de Europa amplía el ámbito de los derechos protegidos por la Convención.

Las NN.UU tienen especial preocupación por la protección de los Derechos Humanos mediante el proceso penal. Auspició un "Seminario para la protección de los Derechos humanos en el Derecho y en el Procedimiento Penal", que tuvo lugar en Santiago de Chile entre el 10 y el 30 de mayo de 1958 y al cual asistió el autor de estas líneas en representación del Perú. Con análoga finalidad y en el mismo año se reunió otro Seminario en Baguío (Filipinas).

El convenio de mayor importancia tuvo lugar en Helsinki (Finlandia) en 1975 para lograr una protección de estos derechos por parte de los principales países del mundo.

La Asociación Internacional del Derecho Penal asociándose a esta preocupación, en el temario para el XI Congreso Internacional de Derecho Penal de Hamburgo (setiembre 1979) ha colocado como tema: "Protección de los Derechos Humanos en el procedimiento penal de cada país". El Coloquio preparatorio tuvo lugar en Viena, en marzo de 1978.

"Lo que caracteriza el régimen democrático no es la inscripción de la libertad, sino su vigencia" dice el profesor Fix-Zamudio. La acción procesal es el elemento necesario para afirmar los derechos, es el "medio de hacerlo valer". No es suficiente consagrar los derechos humanos, pues sin los medios legales para que sean respetados "los derechos públicos subjetivos se transforman en simples expresiones formales, sin eficacia práctica". (2)

Los derechos humanos establecidos en documentos de carácter internacional requieren ser protegidos. Se impone "la necesidad de consolidar y reafirmar los medios procesales internos, sin los cuales resultan teóricos los esfuerzos para lograr la vigencia de los derechos humanos". La protección es más o menos eficaz, según el tipo de proceso que permita su control y vigilancia.

A decir de Fix-Zamudio, para alcanzar eficacia en la tutela de los derechos humanos en el campo internacional, conviene:

a) Consolidar y reafirmar los medios procesales internos, es decir lograr eficacia de la instancia previa en los tribunales nacionales;

b) La protección internacional que debe buscarse, resultaría inútil sin la instancia ante la justicia local.

Es decir es necesario reafirmar la vigencia de la acción procesal en cada país, para que la tutela de los derechos humanos alcance su plena vigencia. El art. 2º, facción 3a. del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos aprobados por las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966, establece como garantía, en cada Estado, que toda persona cuyo derecho haya sido violado "tenga un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones públicas". La Convención Americana firmada en San José de Costa Rica, consagra también la "protección judicial" contra la violación de los derechos fundamentales. La

(2) Veinte años de evolución de los Derechos Humanos. Cursillo de "Introducción al estudio procesal comparativo de la protección interna de los Derechos Humanos". Héctor Fix-Zamudio, Director del Instituto de Investigaciones Jurídicas Universidad Autónoma. México. 1974 págs. 169-273. Con anterioridad, en 1968, el Prof. Fix-Zamudio publicó un trabajo sobre los derechos Humanos en América Latina, en la Revista de la Comisión Internacional de Juristas. Suiza. 1968.

Convención Europea de los Derechos Humanos establece que no se podrá recurrir ante la Comisión Europea "sino después de haberse agotado todos los recursos de derecho interno".

La Constitución aprobada en julio de 1979, establece que agotada la jurisdicción interna, el lesionado en derechos que la Constitución declara, puede recurrir a tribunales u organismos internacionales reconocidos en tratados vigentes para el Perú. (art. 305).

Fix-Zamudio clasifica los instrumentos procesales destinados a proteger los derechos humanos, en:

a) *Indirectos y complementarios*, cuando están dirigidos al amparo de diversos derechos o los completan, pero su finalidad no es la protección específica de los derechos humanos. Tal es el juicio de responsabilidad civil contra los altos funcionarios del Estado cuando infringen la Constitución; o la acción contra el Estado por responsabilidad económica.

b) *Medios procesales propios*. Son aquellos configurados para prestar una protección eficaz y rápida a los derechos fundamentales y tienen resultado reparador: tales son el Habeas Corpus y el recurso judicial para la inconstitucionalidad de la ley. Es la denominada por los juristas, "Jurisdicción Constitucional de la Libertad". En Escandinavia nació el Instituto del Ombudsman, hoy extendido a otros países y continentes.

I. Como medio *indirecto*: tenemos

Proceso Ordinario. Es el medio legal que la ley concede a los individuos para lograr su defensa frente a cualquier hecho que afecte sus derechos. Es el *debido proceso legal* que inspira la legislación sajona o las *garantías procesales* que establece el ordenamiento legal de nuestro país. Muchos autores consideran que el derecho procesal de la acción es un derecho subjetivo público, paralelo al derecho constitucional de la petición.

El proceso ordinario es instrumento indirecto, pues dentro de la protección de los derechos del individuo admite la posibilidad que mediante el ejercicio de la acción se plantee la protección de los derechos humanos. No es la única finalidad de la acción, pero puede servir para ello.

Puede ocurrir que durante un proceso civil ordinario se presente oposición entre la norma ordinaria y un principio constitucional.

Para solucionar este problema y determinar cuál norma prevalece, el Código Civil (Art. XXII del Título Preliminar) dispone que si se presenta

esta situación, el Juez preferirá la norma constitucional y dejará de aplicar la ordinaria.

Dada su ubicación este artículo ha sido aplicado en los procesos civiles, cuando el juzgador encontraba que la aplicación de determinada ley afectaba alguno de los principios consagrados en la Constitución.

Por ser disposición consignada en el ordenamiento civil, siempre se ha entendido que sólo era de aplicación tratándose de acciones civiles, no de penales. Es a partir de 1963 en que se dicta la L.O.P.J. cuando se resuelve la cuestión: el art. 8º establece en su primer apartado el mismo principio contenido en el C.C.; el 2º apartado declara que las sentencias de Primera Instancia, si no fueran apeladas, se elevarán en consulta a la Primera Sala de la Corte Suprema; y el 3er. apartado contiene igual exigencia de las sentencias que expida la Corte Superior, si no fueren impugnadas. En su último acápite dispone que los jueces no aplicarán "los decretos y reglamentos del Poder Ejecutivo, o de cualquier otra autoridad, contrarios a la Constitución o a las leyes". Esta última disposición completa la norma constitucional acerca de la inaplicabilidad de las leyes que infringen normas de superior jerarquía.

La Constitución en su art. 133 consagra el derecho de acción popular "contra los reglamentos y contra las resoluciones y decretos gubernativos de carácter general que infrinjan la Constitución o las leyes". La Corte Suprema por resolución de Sala Plena de 14 de enero de 1948 (A.J. 1948 pág. 348) declaró que esta acción no estaba expedita mientras no se dictara la norma que reglamentare su ejercicio. En 1963 se expide la Ley Orgánica del Poder Judicial la cual en su art. 7º la reglamenta estableciendo que tal acción "se sustanciará por la vía ordinaria, como proceso de puro derecho, con intervención del Procurador General de la República, en representación del Estado".

La Constitución aprobada en julio de 1979 declara que: "En caso de incompatibilidad entre una norma constitucional y una legal ordinaria, el juez prefiere la primera. Igualmente, prefiere la norma legal sobre toda otra norma subalterna". Es norma completa y precisa que recoge los anteriores principios para que tengan vigencia en todo el ordenamiento legal peruano.

II. Como remedios procesales propios:

La doctrina señala que los derechos humanos —derechos fundamentales de la persona humana— tienen naturaleza diferente a los derechos subjetivos ordinarios, pues afectan a valores espirituales de ma-

yor calidad y se refieren al honor, dignidad y a veces a la misma vida del hombre, por lo cual su violación trasciende de la esfera privada con evidente repercusión social.

Los citados derechos requieren procedimiento especial en donde se dé celeridad, amplias facultades al juez y un conjunto de medidas que procuren un sistema flexible así como órdenes enérgicas y rápidas en vía de ejecución para restablecer la vigencia de los derechos humanos, vulnerados por acción de la autoridad.

En nuestro ordenamiento procesal encontramos: la acción de *habeas Corpus* destinada a restablecer la libertad humana o el ejercicio de los derechos sociales y políticos que reconoce la Constitución. Este Instituto lo estudiaremos con detenimiento en el Título IX del libro IV del Código.

La declaratoria de inconstitucionalidad de las leyes no puede calificarse de remedio específico pues va contra ley que infringe la constitución pero indirectamente al restablecer el orden jurídico protege los derechos humanos.

Es acción de puro derecho, seguida con intervención del Procurador General de la República.

Como nota propia se prescribe que deberá ir a conocimiento de la Corte Suprema, en vía de recurso de nulidad y en consulta, si aquel no se interpone.

De ser declarada fundada, la ley pierde obligatoriedad frente a la colectividad. Cuando se declara la no aplicación de una ley porque infringe la Constitución, el resultado es que no se ejecuta con respecto a quien interpuso la acción: Como consecuencia de este proceso de inconstitucionalidad, la ley afectada por la decisión judicial, pierde imperatividad, deviene inaplicable, y como conclusión carece de vigencia legal.

Es un caso de caducidad de la ley por decisión judicial frente a los demás que adquieren esta situación, por disposición del propio órgano legislativo.

La Constitución aprobada por la Asamblea Constituyente en junio de 1979, crea el Tribunal de Garantías Constitucionales como órgano de control de la Constitución (art. 296). Su finalidad es, a petición de parte, declarar la inconstitucionalidad parcial o total, de las leyes, decretos legislativos, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales, que contravengan a la Constitución (art. 298).

Dispone que:

a) La sentencia que declara una ley inconstitucional, no tiene efecto retroactivo (art. 300).

b) El tribunal comunicará al Presidente del Congreso, la sentencia que declara inconstitucional una norma emanada del Poder Legislativo. El Congreso por el mérito del fallo respectivo, aprobará una ley que derogue la norma inconstitucional.

Si trascurren 45 días naturales, sin que se haya promulgado la derogatoria, se entiende que la ley inconstitucional ha quedado derogada. El tribunal ordenará que se publique la sentencia en el diario oficial. (art. 301).

c) Si la norma declarada inconstitucional no tiene como origen el Poder Legislativo, entonces el Tribunal ordenará la publicación de la sentencia en el diario oficial. La derogatoria rige desde el día siguiente a dicha publicación. (art. 302).

En muchos países existen tribunales propios cuya finalidad es tutelar los derechos de los particulares frente a los excesos de poder del órgano ejecutivo. Tenemos en Francia el Consejo de Estado, que es tribunal exclusivamente administrativo con la finalidad de proteger al ciudadano frente a los excesos de la administración.

En Suiza, el Tribunal Federal que dentro del jurisdiccional, comprende el amparo del ciudadano en sus derechos constitucionales violados por el órgano ejecutivo. En Chile la Contraloría General de la República, órgano administrativo con función de control constitucional. En Uruguay existe el Tribunal Contencioso-Administrativo. En México el Tribunal Fiscal de la Federación; y en Estados Unidos los diversos tribunales administrativos que constituyen verdadero amparo frente al abuso de la administración.

Conviene estudiar dos institutos interesantes: el Ombudsman cuya finalidad específica es la tutela de los derechos de la persona humana; y la Prokuratura Soviética que está destinada a detener los excesos de poder —y en ese sentido puede considerarse que protege al individuo— siempre que tales excesos no provengan de los altos órganos del Estado o del Partido.

El Ombudsman responde a la concepción de la cultura occidental que reconoce los derechos de la persona humana y los protege contra los excesos del poder político.

La Prokuratura Soviética protege la legalidad socialista. Responde al concepto comunista del derecho y de la ley, admitiendo que todo lo que hace el Estado o el Partido es bueno y es legal y contra lo que ellos deciden no puede interferir la Prokuratura.

El Ombudsmann (3).— Es institución nacida en Escandinavia y más tarde introducida en países de análogo adelanto democrático y vida cívica. Ombudsmann es palabra sueca que significa delegado o mandatario y procede de Suecia, de ley constitucional de 6 de junio de 1809. Su remoto antecedente lo encontramos en el Canciller de Justicia del siglo XVIII, que era el delegado del Rey para "vigilar a los funcionarios administrativos". En su origen tenía la custodia de estos funcionarios y era llamado Justitie-Ombudsmann, pero, en 1915 amplía el ámbito de sus atribuciones, extendiéndola a las autoridades militares y entonces se llama Militie-Ombudsmann.

Esta institución nace con la finalidad de fiscalizar las resoluciones judiciales; luego vigila la actividad administrativa y militar y hoy tiene a su cargo la protección de los derechos humanos de todos los ciudadanos.

Para Rowat, tres son los rasgos fundamentales del Ombudsmann: 1) El Ombudsmann es un funcionario independiente y no influido por los partidos políticos, que vigila a la administración. 2) Se ocupa de las quejas del público contra las injusticias y errores de la Administración. 3) Tiene poder para investigar quejas pero no revocar lo resuelto.

Aparece en Suecia pero pronto se extiende a Dinamarca; en 1919 se introduce en Finlandia; en 1952 en Noruega limitando su atención a asuntos civiles y en 1962 a los militares. Se establece en la República Federal de Alemania en 1957; en Nueva Zelandia en octubre de 1962; en 1967 en Inglaterra, Canadá (provincias de Alberta y Nueva Brunswick) y Estado de Hawai (EE.UU.); en 1969 en Irlanda del Norte y en Québec (Canadá); y en 1971 en Israel. Se encuentra en estudio su introducción en los Estados Unidos (legislaturas de 1963 y 1967), Canadá (Parlamento Federal en 1964) e India (1966).

Con ligeras variantes, la institución es la misma. En Nueva Zelandia, en el proyecto fue llamado "Comisario Parlamentario de Investigaciones" pero al convertirse en ley, se le agregó el nombre de Ombudsmann. Existen algunas diferencias en cuanto a la duración del cargo, al número de funcionarios que integran la institución, a la

(3) En el estudio de esta institución seguiremos: "L'Ombudsmann. Chargé de contrôle de la administration civile et militaire au Danemark". Stephand Kurwitz. Ombudsmann. Agrégé des facultés de Droit. Professeur a l'Université de Copenhague. Copenhague. 1964.

"Veinte años de evolución de los derechos humanos". Instituto de Investigaciones Jurídicas. México. 1974. El trabajo del Prof. Fix-Zamudio corre a fs. 169-273.

Revista de la Comisión Internacional de Justicia. 1962. 1963. Ginebra. Trabajo del Prof. A. C. Davis pág. 63 y 343 respectivamente.

"El Ombudsmann".— Donald C. Rowat.— Fondo de Cultura Económica. 1a. edición en español. México. 1973.

incompatibilidad de desempeñar cargos públicos, pero las atribuciones y competencia difieren muy poco entre ellas. Reseñaremos las funciones del Ombudsmán en Dinamarca y a esa legislación nos referiremos.

El art. 55 de la Constitución de 1953 establece que el Parlamento escogerá a una o dos personas que ejerzan el control de la administración civil y militar. La ley de 1954 señala que una persona deberá ejercer las atribuciones conferidas al Ombudsmán. Sus funciones fueron delimitadas por leyes de 1959, 1961 y 1962.

El Ombudsmán es funcionario de alta jerarquía administrativa. Es llamado "Defensor del Ciudadano", la ley establece que será elegido por el Parlamento "después de cada elección legislativa", pudiendo ser reelegido. Es decir dura cuatro años, que es la del período legislativo. Si durante su ejercicio pierde la confianza del Parlamento, puede ser relevado de sus funciones, procediéndose de inmediato a la elección de nuevo Ombudsmán. No puede ser miembro del Parlamento, pero "debe tener formación jurídica" dice el art. 2º. Es independiente en el ejercicio de su cargo (art. 3º). Tiene el mismo tratamiento que corresponde al Consejero de la Corte Suprema; con igual remuneración y pensión que los ministros. El propio Ombudsmán escoge su personal y en 1964, se componía de doce funcionarios, de los cuales siete eran juristas.

La ley establece las incompatibilidades, no pudiendo desempeñar cargo alguno en la Administración Pública, salvo que obtenga permiso del Parlamento.

Deberá rendir cuenta anual al Parlamento, de las faltas y negligencias más importantes anotadas en el curso del año. Este informe contendrá una relación de las actividades desarrolladas durante el período anual. La relación deberá ser publicada por considerarse que las decisiones del Ombudsmán revisten interés general y el público debe conocerlas. Cuando se trata de asuntos de su incumbencia deberá enviar la relación al Ministro, además al Parlamento. Es la manera de examinar la conducta del Ombudsmán y la de los funcionarios del Estado.

La misión del Ombudsmán es ejercer control sobre las medidas tomadas por la Administración civil y militar del Estado y, en ciertos aspectos, por la administración comunal.

Su labor no es apreciar los actos de la autoridad, ejercidos dentro de los alcances de la ley, solamente fiscalizar los excesos y buscarle remedio.

Es de su competencia vigilar la actividad de los Ministros y altos funcionarios del Estado. Por ley de 17 de mayo de 1961, se le concedió el derecho de observar ciertos dominios que no constituyen propiamente

la administración estatal, pero en los cuales se cumplen actos que se relacionan con la colectividad, como son los entes descentralizados y autoridades municipales cuando en su quehacer han dejado de lado intereses jurídicos esenciales.

En Suecia, a diferencia de Dinamarca, no pueden interferir en las actividades de los Ministros y del Consejo Real. En Nueva Zelanda deberá consultar con los ministros.

Las garantías jurídicas reposan en la responsabilidad administrativa y penal de quienes están encargados de la Administración; los ministros además, tienen responsabilidad política frente a las Cámaras. La extensión de los poderes de la Administración y de los servicios públicos legitiman un reforzamiento del control de parte del Ombudsmán en la protección de los ciudadanos. El Ombudsmán pretende asegurar las garantías para un exacto y eficiente ejercicio de la Administración civil y militar. Protege a los ciudadanos frente a las faltas, abusos y negligencias de los servidores públicos.

Las atribuciones del Ombudsmán son muy extensas. Toda autoridad civil o militar y toda actividad estatal destinada a los servicios públicos, o sea del Estado o del Municipio, tienen la obligación de someterse a su examen y mostrarle o enviarle los libros y documentos que le soliciten.

La investigación que inicia el Ombudsmán tiene un doble límite: por una parte los Secretos de Estado; y por otra admite como excusa para no declarar la de quienes están eximidos por la ley procesal, como es el caso del secreto profesional.

Si como consecuencia de la investigación, el Ombudsmán encuentra culpabilidad en el agente público deberá: si es Ministro dar cuenta al Parlamento, comunicación que constituye acusación. Tratándose de otras personas se dirigirá al Ministerio Público denunciando el delito para que la autoridad judicial inicie la correspondiente instrucción. Cuando se trata de infracción que sólo es merecedora de sanción disciplinaria, lo comunicará al superior inmediato, pidiéndole abra proceso disciplinario.

También el Ombudsmán puede entrevistarse con la autoridad correspondiente para conservar la posibilidad de modificar la decisión que motiva la queja. Aunque este pedido carece de imperatividad, sin embargo en todos los casos, la petición ha sido atendida.

El Ombudsmán no es instancia superior ante la cual se recurra para la rectificación de una decisión que agravia al quejoso, pues no es apelación. No deroga resoluciones administrativas, sólo investiga abusos y formula recomendaciones. Su tarea reside en el control administrativo que ejerce.

Atribución importante concedida al Ombudsmán es que puede dirigirse al Parlamento o al ministro denunciando los defectos de una ley o reglamento administrativo, a fin de que sea modificado. También puede hacerlo con el Municipio si fuere el caso. Puede proponer medidas útiles para reforzar las garantías de ley existentes o para mejorar la administración.

La investigación. El Ombudsmán puede proceder de oficio, pero es poco frecuente, salvo que la denuncia aparezca en la prensa. Lo corriente es que se presente una queja y por su mérito intervenga. Todos pueden denunciar las violaciones de la ley o los excesos de la administración. Aún el mismo funcionario puede dirigirse al Ombudsmán sin que sea necesario agotar previamente la vía administrativa. Las quejas deben formularse por escrito, debidamente firmadas, con nombre y dirección. Si el hecho constituyere delito, deberá denunciarse dentro del año de su comisión. No obstante, si se presentare pasado el plazo, el Ombudsmán puede proceder por propia iniciativa.

Recibida la queja, será examinada para ver si se abre investigación o no. En el caso de no ser procedente, se indicará ante que autoridad debe dirigirse la petición, o la remitirá directamente a la autoridad competente.

En la investigación, el Ombudsmán tiene amplias atribuciones: comprobar la denuncia, pedir documentos e informes, conversar con la autoridad, dirigirse a los funcionarios, etc. Concluida la investigación tomará una decisión y la comunicará a la autoridad con aviso al interesado. De lo que el Ombudsmán resuelva no hay apelación, pues es instancia única.

Toda persona privada de su libertad tiene el derecho de presentarse en pliego cerrado al Ombudsmán. Es derecho muy utilizado. La presentación obliga al Ombudsmán a visitar los lugares de detención, así como las casas de salud. Estas visitas son comunicadas con anticipación, para que si los detenidos tienen quejas, las presenten personalmente, haciéndolo en privado, sin la presencia de la autoridad. Aun en el caso de que las quejas fueren declaradas infundadas, el Ombudsmán puede dictar alguna medida en favor del quejoso.

El poder de que goza este funcionario es muy grande, estando por encima de las demás autoridades estatales, incluyendo a los jueces, pero siempre dentro del campo administrativo. Las decisiones que dicte obligan su cumplimiento, sin que nadie pueda eximirse de ello.

La Prokuratura (4).— Esta institución no tiene como finalidad la

(4) Para el estudio de la Prokuratura hemos seguido:
H. Fix-Zamudio en ob. cit. "Veinte años de evolución de los derechos humanos". Págs. 256 y sgtes.

protección de los derechos humanos. Sirve para contener los excesos de poder de los órganos locales y enmendar los errores y desviaciones en que pueden incurrir. Completa nuestro estudio, por cuanto en forma tangencial su información puede incidir sobre los derechos de la persona humana afectada por las actividades de los organismos administrativos del gobierno local. Tienen libertad para actuar y amparar denuncias siempre que ellas no se refieran a los órganos del Partido Comunista o del Soviet Supremo, caso en el cual están impedidos de intervenir. Su campo de acción es muy amplio y es interesante conocer como la Prokuratura protege la legalidad socialista.

En 1722, el Zar Pedro el Grande establece agentes del Gobierno Central en las provincias con la misión de vigilar los actos realizados por las autoridades administrativas, dando cuenta de las irregularidades cometidas; eran llamados los "ojos del monarca". Fueron suprimidos en 1864 en que se introdujo en Rusia el Ministerio Público de tipo occidental. La Revolución de 1917 trajo abajo toda la organización judicial y se volvió a la "total arbitrariedad de las autoridades locales". En 1922 Lenin restaura la institución y crea la actual Prokuratura, cuya fisonomía se perfecciona en 1932 y se incorpora a la Constitución a partir de 1936.

Es un organismo sumamente complejo; es autónomo, jerarquizado e independiente de todo ministerio y de los soviets locales, cuya actividad controla.

Su jefe es el Fiscal General de la U.R.S.S., elegido por el Soviet Supremo por un período de siete años y que sólo depende de él, y del Presidium durante su receso. Es el símbolo máximo de la autoridad de la ley. A su lado se encuentran los Fiscales de las Repúblicas autónomas, duran 5 años y se les exige conocimientos jurídicos. Existen otros miembros de la Prokuratura encargados del control de las provincias, distritos, del ejército, marina, ministerios, procesos penales y civiles, transportes, etc. Su residencia oficial es Moscú y allí mantiene un Instituto Federal de Criminología y escuelas para la formación de funcionarios. Toda la administración cae bajo su control y vigilancia; sin embargo a pesar de esta jerarquización de funciones, el prokurator que recibe una orden de un funcionario superior y si la considera ilegal o

René David-John N. Hazard "El Derecho Soviético" Tomo I. La Ley. Buenos Aires. 1964. Págs. 364-371.

René David "Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos". Biblioteca Jurídica Aguilar. pág. 146-152 y pág. 153-155.

Revista de la Comisión Internacional de Juristas: año 1959-1960 págs. 132-148. Art. Glen N. Morgan. año 1964 págs. 191-243. Art. Eduardo Zellweger.

Andrei Vishinski. "La teoría de la prueba en el derecho soviético". Editorial Nuevo Derecho. Buenos Aires. 1951. (Las citas corresponden a las págs. 41 y 282 respectivamente).

injustificada, tiene la obligación de advertirlo a los grados superiores de la jerarquía a fin de evitar errores.

Funciones.— David y Hazard dividen las funciones de la Prokuratura en:

a) Misión de vigilancia general.

Consiste en velar por la legalidad socialista. Es órgano de vigilancia, no administrativo; no adopta decisiones sino señala las irregularidades cometidas por órganos del gobierno local.

El Fiscal asiste a las sesiones de los Soviets locales, con voz consultiva y puede oponerse a la adopción de decisiones ilegales. Examina todos los actos administrativos que deben serle comunicados antes de que alcancen validez. Puede recibir quejas de los afectados por decisiones que signifiquen violación de la ley. Ejerce control sobre toda la administración. Al descubrir una irregularidad, la Prokuratura debe elevar una protesta y si no lo hiciere incurre en responsabilidad. La protesta suspende la ejecución del acto criticado. En caso contrario se dirigirá a la autoridad superior comunicándole que se ha dictado una medida ilegal y que pese a la protesta, no se ha modificado o suspendido. La idea de Lenín es que ninguna resolución puede apartarse de la ley.

El fiscal puede constituirse en cualquier lugar para examinar los actos de la Administración. Si constata una acción delictiva de la autoridad, deberá formular denuncia penal. Si no revistiere delictuosidad, bastará con una protesta ante la autoridad superior. La ley señala plazos para presentar esta denuncia y esta protesta a fin de que la sanción sea oportuna.

b) Misión de vigilancia judicial.

Aunque puede intervenir en todos los procesos, se dedica de modo preferente a los procesos penales. Interviene activamente en la investigación de los delitos y tiene a su cargo la vigilancia de los establecimientos carcelarios; si encuentran detenidos sin estar sometidos a procesos o en forma indebida, puede ordenar su soltura.

En materia civil, la Prokuratura defiende los intereses del Estado y de los trabajadores. Puede formular protesta si considera que la sentencia no está fundada en el derecho o carece de sustento suficiente. Puede tomar la iniciativa en cualquier asunto civil, aun en ejecución de sentencia. A su vez el juez puede pedirle informe sobre cualquier punto penal. Puede elevar protesta o interponer recurso de casación o de revisión cuando considera que se ha dictado sentencia contra la Ley.

En lo penal nadie puede ser detenido sin orden judicial o la aprobación de la Prokuratura. En cierta forma desempeña el papel que corresponde al Ministerio Público. Puede intervenir en procesos, en trámites, fenecidos, impugnar decisiones, vigilar el cumplimiento de sentencias. Como caso raro se cita el ocurrido en 1955 cuando la Prokuratura interpuso acción contra una decisión del Tribunal Supremo, adoptada en sala plena, a fin de que el Soviet Supremo la revisara.

Procedimiento. Para ejercer esta vigilancia, tiene dos medios:

a) La protesta. Es la reclamación que se presenta al funcionario de la Prokuratura pidiendo la corrección de una violación de la legalidad socialista o la enmienda de errores que afectan a esa legalidad. La protesta es mera denuncia y quien la presenta no tiene intervención para controlar el curso que siga; su misión concluye con presentar la protesta.

b) La proposición o recomendación. Los Prokuradores pueden pedir a los órganos estatales que pongan fin a infracciones de la ley. Es la fiscalización y vigilancia de la legalidad socialista. Puede ejercerse de oficio, es decir por decisión del Prokurador; o a petición de los afectados por las medidas de los órganos.

Esta fiscalización la ejercen en todos los organismos de las repúblicas que conforman la U.R.S.S. y en los gobiernos locales, pero las decisiones del Partido Comunista y del Soviet Supremo quedan sustraídos; se fundamenta en que existiendo la dictadura del proletariado, el partido está por encima del Estado, más aún los órganos del Estado están subordinados a los órganos del Partido, en el nivel correspondiente. Por eso la misma Prokuratura queda sometida al control del Partido y del Soviet Supremo.

Derechos afectados. El Prof. Fix-Zamudio hace notar que se trata de las llamadas "violaciones de la legalidad socialista, en perjuicio de los intereses de los órganos del poder... Esta institución ha realizado una actividad decorosa para la protección, de oficio o a instancia de los afectados, de los derechos humanos consagrados constitucionalmente, siempre que esta protección no entre en conflicto con la estabilidad de los órganos del poder". Declara que durante la dictadura de Stalin, la eficacia de la Prokuratura fue "prácticamente nula" y eso explica los procesos de 1936. Protege los derechos humanos en forma accesoria, siempre que con ello no afecte las decisiones del órgano del poder.

Si la protesta por el exceso o abuso del poder, coincide con la legalidad socialista, entonces es amparada por el Prokurador; es el caso de las decisiones de los soviets locales. Pero si el abuso o exceso del

poder proviene del Soviet Supremo o del Partido Comunista, entonces no ampara la petición, pues ello escapa a las atribuciones de la Prokuratura. Enmienda los excesos o errores de los órganos inferiores, que se han desviado de la línea de la legalidad socialista; pero la ley le prohíbe intervenir si la desviación procede del actuar de los altos funcionarios del Estado o del Partido. Es decir la Prokuratura constituye una protección de la legalidad socialista, no de los derechos fundamentales del hombre.

Legalidad socialista. Debe entenderse la "aplicación cotidiana, exacta e inflexible de las leyes". Este acatamiento obliga al Estado, a los organismos públicos y privados y a las personas en general. Todos deben respetar la ley y contribuir a su cumplimiento.

La ley —dice Vishinski— "es la voluntad general de la clase dominante en la sociedad, expresada en el derecho". Este mismo autor reconoce la función educadora del Tribunal de Justicia al sancionar los hechos deshonorables cometidos por los individuos, el castigo que se les aplica y el respeto que se debe a la ley.

Para esta misión de vigilar el estricto cumplimiento de la ley por parte de los ciudadanos, la Prokuratura vigila la conducta de éstos y las medidas que dictan las autoridades locales de las repúblicas que conforman la Unión Soviética. La fiscalización deberá cuidar la legalidad de los actos oficiales de los diversos funcionarios. Solamente quedan excluidos de esta fiscalización el Soviet Supremo y los órganos del Partido Comunista que se identifican con el Estado. Equipara —dice Zellweger— legalidad socialista al estado de derecho.

Este mismo autor, repitiendo frase del Fiscal Rudenko, dice: "Los jueces gozan de independencia con respecto a cualesquiera factores extrajudiciales, en tanto que reconozcan su completa dependencia de la política estatal y de sus representantes". Por eso afirma Vishinski que los tribunales soviéticos son "portadores de la política que el Estado Soviético mantiene para destruir la resistencia que sus enemigos ofrecen a la causa del socialismo y fortalecer la dictadura del proletariado".

En la legalidad socialista se reemplaza el valor justicia por el valor estatal y la investigación judicial tiene como finalidad aplicar la ley, no investigar el delito denunciado ni establecer quien es el autor.

La eficaz protección internacional de los derechos humanos requiere sólidos fundamentos en el derecho positivo. La Organización de las Naciones Unidas tiene como instrumento de trabajo, la Declaración de 1948, completada con declaraciones emitidas por la propia Asamblea

General y por los diversos pactos y convenciones internacionales, éstas últimas se refieren a problemas específicos objeto de esta protección. Con la declaración, las Naciones Unidas disponen de una sólida base jurídica para asegurar los derechos humanos (5).

Este aseguramiento presenta numerosas dificultades. Durante años se consideró que la tarea principal en la protección de los derechos humanos, era la lucha contra el colonialismo, la discriminación racial, el apartheid y la creación de un orden económico más justo y humano. Pronto se vió que estos problemas no eran todos, pues se presentan otras situaciones que constituyen atentados contra los derechos humanos.

Se pregunta: ¿La protección de los derechos humanos es cuestión que atañe sólo al Estado en el cual reside o debe ejecutarse una vigilancia internacional? Indudablemente —dice el Profesor de Bonn— que esta última es la solución más justa pero no la más viable. La declaración del 48 presume que todos los Estados firmantes respetarán y harán respetar los derechos humanos, pero la realidad es que en la búsqueda del bien común, muchos Estados cometen hechos que atentan contra los derechos humanos. Tales situaciones, preparadas u ocasionales, requieren enmienda.

Al ocurrir tales hechos, debemos preguntarnos: ¿En este Estado existen garantías suficientes para proteger a la persona humana contra los excesos del poder? Si faltan estos derechos protectores en el ordenamiento nacional, las garantías que contiene la Declaración del 48 devienen ineficaces, pues ellas presuponen un sustento legal local.

Entonces, ¿si la legislación nacional no protege debidamente los derechos humanos, la Declaración Universal se torna lírica? El Prof. Tomuschat de la Universidad de Bonn, considera que la vigilancia internacional aceptada por los Estados es la única medida eficaz. La carta en su art. 2 no permite que la Organización Mundial intervenga en asuntos que pertenezcan a la jurisdicción interna de los Estados. Pero como el Estado firmante de la carta está obligado a respetarla y cumplirla y como ésta protege los derechos humanos, resulta que todo Estado está obligado a la protección de los derechos humanos, en la forma prevenida en la carta.

Teóricamente, pues, todo Estado que forma parte de la ONU está obligado a respetar los derechos humanos de sus nacionales. La realidad no siempre coincide con esta afirmación y son muchos los países que no respetan tales derechos. Ante esta realidad, ¿cuál es la solución? Existen varias: que la Organización al tomar conocimiento de estos abu-

(5) Universidad de Bonn. "La protección de los derechos humanos en la actual situación mundial". Universitas. Junio 1978. Págs. 265-274.

sos, pronuncie una declaración de derecho que moralmente obliga al País transgresor. Pero no pasa de allí. No soluciona el problema de los abusos y puede exacerbarlos.

También se opina que al tomar conocimiento de los abusos cometidos con los nacionales, la Organización exija al Estado miembro la cesación de la violación de los derechos humanos: tal fue la resolución de 9-12-1975 relativa a Chile.

Se propicia el Sistema de Informes periódicos, como lo utiliza la O.I.T. en los que cada país da cuenta de las medidas tomadas para la ejecución de los Convenios de la Organización.

La Comisión de los Derechos Humanos declaró que carecía de jurisdicción para dictar sanciones, convirtiéndose en "cesta institucionalizada para arrojar en ella los papeles". En vista de esta declaración de incompetencia, la Organización estableció un nuevo procedimiento para que mediante sub-comisiones, comisiones e investigaciones pudiera dictar sanciones. Hasta la fecha de este comentario (junio de 1978) la Comisión no había llegado a expedir ninguna resolución efectiva.

Indudablemente que la solución es muy delicada, pues existe el peligro de ingresar al campo sagrado de la soberanía nacional. Una denuncia amparada por la Comisión puede servir de pretexto para "descuidar el mandato de la no intervención en las cuestiones internas de otros pueblos". Por eso los estados comunistas —que son los constantes violadores de los derechos humanos—, sostienen que las NN.UU deben limitarse a sentar principios de derecho, siendo la aplicación de estas recomendaciones, de incumbencia exclusiva de cada Estado.

La única concesión que admiten es la obligación del Estado miembro de emitir informe que contenga el punto de vista del gobierno.

La solución no se vislumbra. Algunos propician la creación de Grupos de Expertos Independientes que serían los llamados a estudiar cada caso y dar cuenta a la Comisión. En una oportunidad se propuso la creación de un Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos pero la iniciativa fue desechada en su etapa inicial.

La protección de estos derechos se encuentran frente a la inaccesible valla de la soberanía nacional que existe por cuanto tales excesos y abusos de poder ocurren dentro del territorio de un Estado. La realidad es que la disposición que se dicte, como carece de imperio, puede ser admitida o rechazada así como el país acusado puede aceptar o no el envío de una Comisión investigadora. Todo queda librado al Estado a quien se acusa de violar los derechos humanos.

La labor fundamental de la ONU es impedir conflictos armados pues las guerras son épocas propicias para toda clase de violencias y en ella prácticamente desaparecen los derechos humanos. Sólo en

época de paz puede esperarse que los ciudadanos estén protegidos debidamente. Pero la más efectiva protección es el ordenamiento jurídico del país en que reside: si la legislación local no contiene normas referentes al respeto que merece la persona humana, la Comisión ni la misma Asamblea General de la ONU puede pedir que cambien las leyes, ordenar su no aplicación y menos dictar normas diferentes al ordenamiento del país. La estructura jurídica de un país es la base del respeto a la persona humana, sea dentro del país o en el campo internacional.

Concluido el estudio de los Derechos Humanos, entramos a examinar el ordenamiento jurídico peruano y ver en qué forma se respeta a la persona humana. Veremos la Constitución de 1933 y la aprobada por la Asamblea Constituyente en julio de 1979, la Ley Orgánica del Poder Judicial, el Código de Procedimientos Penales y leyes conexas.

La Constitución de 1933 no tiene capítulo especial dedicado a los derechos humanos, pero existen normas relacionadas con la persona humana.

Entre las Garantías Nacionales y Sociales se encuentran la libertad de asociación, religiosa, de comercio e industria, de trabajo, etc. En el capítulo de las Garantías Individuales, en cuanto constituyen garantía de la persona, prohíbe la prestación de trabajo sin el libre consentimiento y la debida retribución; nadie puede ser detenido si no es por mandamiento escrito y motivado de juez competente; reconoce la libertad de conciencia y de prensa, la inviolabilidad del domicilio y de correspondencia, de reunirse pacíficamente, el libre tránsito por el territorio de la República, etc.

En el capítulo del Poder Judicial existen algunas disposiciones que completan las anteriores: publicidad en los juicios, motivación de las sentencias, indemnización a las víctimas del error judicial, etc.

La Asamblea Constituyente convocada en 1978 aprobó una carta Magna promulgándola en julio de 1979.

Empieza declarando los Derechos y Deberes Fundamentales de la Persona. En su primer artículo declara: "La persona humana es el fin supremo de la sociedad y del Estado. Todos tienen la obligación de respetarla y protegerla".

El segundo artículo, en veinte incisos, contiene los derechos de la persona. Es minuciosa enumeración que se refiere a todo lo que es básico para el ser humano: derecho a la vida, al nombre, a la privacidad, al honor; libertad de conciencia, de religión, de información; derecho a la propiedad, al trabajo, a la libre asociación, etc.

El último inciso —el vigésimo— declara el derecho a la libertad y

seguridad personales. En sus trece párrafos precisa: nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, no hay prisión por deudas, no hay delito de opinión, toda persona es inocente mientras judicialmente no sea declarado culpable, las declaraciones obtenidas mediante violencia carecen de valor, etc.

En capítulos separados regula los Derechos Políticos y los Deberes del Ciudadano. Entre los primeros menciona el derecho al sufragio, a participar en los asuntos públicos, etc. Como deberes cita la obligación de votar, de pagar contribuciones, del servicio militar, etc.

En el Capítulo del Poder Judicial —art. 233— establece las denominadas "garantías de la administración de justicia".

Constituyen tales: motivación escrita de las resoluciones judiciales; publicidad en los juicios penales; indemnización de los errores judiciales; en caso de duda, aplicar la ley más favorable al reo; no ser condenado en ausencia; prohibición de revivir procesos fenecidos; indemnización por el Estado de las detenciones arbitrarias; instancia plural; invalidez de las pruebas obtenidas mediante coacción ilícita, etc. En artículo aparte, prohíbe el uso de la tortura y de los tratos inhumanos o humillantes.

Es de notar que muchas de las declaraciones que aparecen en el art. 2º y en el art. 233 de esta Constitución, se encuentran consignadas en la Declaración Universal de 1948. Algunas también provienen de nuestra propia legislación consistiendo en dar categoría constitucional a principios contenidos en códigos: tal es el caso de declarar que todo inculcado tiene derecho a usar su propio idioma y de no ser español, puede pedir que se le designe intérprete.

(Art. 215 C.P.P. convertido en el inc. 15 del art. 233 de la Constitución de 1979).

La Ley Orgánica del Poder Judicial, vigente desde 1963, tiene un Título dedicado a las "Garantías de la Administración de Justicia". Muchas de estas garantías son principios que se encuentran en la Constitución Nacional, pero existen algunos nuevos en nuestro ordenamiento.

El art. 3º declara como garantías:

- a) La exclusividad del ejercicio de la jurisdicción por el Poder Judicial.
- b) La publicidad en los juicios.
- c) El derecho de defensa del que nadie puede ser privado.
- d) La motivación de las sentencias, con mención expresa de la ley en que se apoya. La falta de esta motivación determina la nulidad de la resolución judicial.

- e) La prohibición de revivir procesos fenecidos.
- f) La indemnización de los errores judiciales, previo juicio de revisión como medio legal de acreditar el error y el derecho a la reparación.
- g) La acción popular para denunciar los delitos que cometan los miembros del Poder Judicial en el ejercicio de sus funciones.
- h) La obligación del Poder Ejecutivo de dar cumplimiento a las resoluciones y mandatos judiciales.

En el art. 9º declara que las resoluciones judiciales "deben cumplirse de acuerdo con sus propios términos", sin que la autoridad encargada de su ejecución, pueda "calificar su fundamento". Es decir se establece que sólo cabe dar cumplimiento al mandato judicial, no interpretarlo.

Completando lo anterior, el art. 13 prohíbe a las autoridades del Estado, dejar "sin efecto las resoluciones judiciales que tienen la condición de cosa juzgada". Sólo quedan exceptuadas de esta prohibición el indulto y la amnistía, como atribuciones del Ejecutivo y el derecho de gracia que compete al Congreso.

Queda permitida la instancia ante el Poder Judicial "contra todos los actos de la administración pública, departamental y municipal, que constituyan despojo, desconocimiento o violación de los derechos que reconocen la Constitución y las leyes". La acción judicial se ejercerá ante el juzgado de primera instancia, en vía ordinaria. Si persigue la declaratoria de inconstitucionalidad de una ley, deberá ir hasta la Primera Sala de la Corte Suprema. En los demás casos puede terminar en primera o en segunda instancia, si no hubiere impugnación.

Veamos ahora como la ley ordinaria y la jurisprudencia suprema amparan los derechos de quien se encuentra sometido a procesamiento.

I. *Garantías Procesales.*— Las resoluciones judiciales que dicten los jueces, deben contener con precisión, lo que mandan o deciden; si no lo hicieron son nulas. (R. J. P. 1970 pág. 1246).

La garantía del procesado reside en que se sabe sometido a proceso penal, creado por ley pre-establecida y que cualquier grave infracción de esta ley, determina la nulidad de la sentencia que se dicta. (art. 298, inc 3º C.P.P. en R.J.P. 1970 pág. 351). La Corte ha declarado que si las actas de la audiencia no son exactas ni están relacionadas con la sentencia, sino al contrario, son manifiestamente contradictorias con el fallo, éste último es nulo (R.J.P. 1972 pág. 635).

El auto apertorio del proceso determina lo que va a ser materia del juzgamiento y de la sentencia. Si el Tribunal dicta sentencia por delito

no investigado, el fallo es nulo porque ese delito no ha sido materia de la institución (R.J.P. 1971 pág. 784).

Si el auto del Tribunal que señala día y hora para audiencia, es por delito diferente al que fue materia del juzgamiento y de la acusación fiscal, tal auto es nulo. (Boletín Corte Suprema 1972 pág. 305).

II. *Garantías en el proceso penal.*— En el proceso penal, las partes tienen sus derechos debidamente garantizados, tanto en el ordinario y en el sumario como en las querellas.

El Juez es el director de la instrucción, correspondiéndole su organización y desarrollo. (art. 49). La instrucción tiene una doble finalidad: comprobar si el hecho denunciado constituye delito; y establecer quien es su autor. (art. 72).

En el auto apertorio el juez deberá dictar una medida respecto al presunto responsable, que puede ser de comparecencia o detención provisional. La orden de comparecencia se agota, con la concurrencia a la diligencia de la instructiva y se expide en los casos en que el delito no reviste gravedad. La detención provisional debe convertirse en definitiva si el hecho aparece comprobado y lo requiere por su gravedad; se decretará la soltura incondicional, si los cargos contenidos en la denuncia se desvanecen.

La duración provisional tiene duración limitada: diez días en los casos corrientes; y veinte si el número de procesados excediere de 20, plazo éste último que puede ser ampliado en 30 días más.

La libertad condicional es derecho del inculcado. En determinados casos la ley prohíbe la libertad provisional, sea por la naturaleza y gravedad del hecho imputado; o por la condición de reincidente o habitual del inculcado.

La instrucción es reservada (art. 73), es decir no es secreta pues la pueden conocer quienes participan en ella y sus abogados, pero no los extraños. Ello evita que se divulguen acusaciones que pueden quedar desvirtuadas y medidas restrictivas de la libertad que pueden ser más tarde levantadas. En esta forma el honor de los procesados no sufre. Sólo es público el juzgamiento y la sentencia.

El procesado tiene limitación en sus derechos, proveniente de las exigencias de la instrucción: no puede salir al extranjero, debe enterar al juzgado cada vez que cambia de domicilio y si necesitare vivir fuera de la jurisdicción del juez, deberá avisar al Juzgado a fin de que sea citado mediante exhorto. El Código permite la incautación de la correspondencia, que puede ordenarla el juzgado, si lo considerara necesario para esclarecer la verdad. Igual procedimiento puede seguirse para interceptar los teléfonos: auto que lo disponga, aviso a la compañía



para que coloque el disco pertinente y nombramiento de peritos para establecer la calidad de la voz humana y su pertenencia. Igual procedimiento podría observarse si fuere conveniente colocar audífonos u otros medios mecánicos. Pero sólo se permiten tales ingerencias en la vida privada de los procesados, nunca de terceros.

Siendo la correspondencia inviolable, si fuere necesario interceptarla, solamente el juez podrá leer las cartas recogidas y si contuvieran datos relacionados con la investigación, se agregarán a los autos; de lo contrario se remitirán a su destinatario. Sólo procede la incautación de la correspondencia de procesados, no de terceros que son ajenos al proceso. (art. 187).

El domicilio es inviolable pero cuando lo requiera la investigación el juez puede penetrar en local cerrado, previo requerimiento. Esta diligencia no puede ser encargada a la policía ni al juez de paz, solamente podrá practicarla el instructor en persona, sentando acta pormenorizada de lo observado en ella (art. 186).

Si el juez tuviere sospechas que el inculcado sufre trastornos mentales, que pueden disminuir o hacer desaparecer su responsabilidad, está obligado a nombrar dos peritos para que dictaminen sobre su estado de salud mental. (art. 189). Es el único caso en que el Código exige la calidad de estos técnicos: deberán ser psiquiatras. Si no los hubiere en la provincia, el juez ordenará la remisión de los inculcados a la capital de la república para el examen. Si la pericia confirmase la sospecha del juez, se dictará un auto ordenándose la internación del reo en el hospital respectivo y elevará el auto en consulta al Superior Tribunal. Si el examen acreditara que el inculcado goza de salud mental, el juez así lo declarará y continuará el proceso, con comunicación al Superior.

El examen personal del inculcado — el cacheo — sólo puede ordenarlo y practicarlo el propio juez dentro de los límites del respeto a la persona humana.

El examen médico sólo puede ordenarse en la persona sometida a proceso, no en terceros. Deberá ser practicado por peritos. Los extraños no deberán asistir al referido examen y cuando éste tenga por objeto establecer la integridad sexual de la agraviada, ni aún el Juez podrá asistir a esta diligencia.

Los testigos sólo pueden ser examinados cuando el motivo del examen tenga relación inmediata con la testimonial prestada, vg. establecer su capacidad visual o auditiva. En ningún otro caso será permitido ordenar el examen médico de terceros.

III. *Derechos humanos e inculcado*.— 1. El procesado no está obligado a declarar contra si mismo. (art. 127). La nueva Constitución reconoce este principio en el art. 2º inc. 20 k. (ver más abajo nº 3).

Este art. 127 permite que el inculcado guarde silencio. Pero la ley agrega: "El juez le manifestará que su silencio puede ser tomado como indicio de culpabilidad". Este agregado no estaba en el Ante-Proyecto —obra del Prof. Zavala Loiza— siendo introducido por la Comisión Revisora del Parlamento. Pero en forma unánime la jurisprudencia suprema se ha negado a aplicarlo, disponiendo que ante el silencio del inculcado, el juez debe reunir mayores elementos de prueba.

2. Sólo tiene carácter de instructiva, la declaración prestada ante juez competente, no la vertida ante autoridad administrativa ni la llevada a cabo ante testigos. (Anales Judiciales 1906 p. 35; esta ejecutoria fue reiterada en 1944).

3. El procesado no está obligado a prestar juramento ni promesa de honor; si lo hiciera la diligencia es nula. Solamente se le exhortará a que diga la verdad; si mintiere no comete delito de falsedad. (art. 132). La Constitución de 1979 dice "nadie está obligado a prestar juramento ni compelido a declarar o reconocer su culpabilidad en causa penal contra si mismo". (Art. 2º inc. 20 k).

4. Las preguntas que se formulen al reo deben ser claras y precisas. Están prohibidas las preguntas ambiguas y capciosas; si las hicieren el defensor puede objetarlas (art. 125).

5. Las preguntas y respuestas las dicta el juez; pero antes de firmarlas el reo debe leerlas o lo hará el defensor. Si se encontrare capacitado, el reo puede dictar sus respuestas (art. 129).

6. Queda prohibido hacerle promesas al reo para que diga la verdad, así como amenazarlo y toda clase de coacciones "aunque sean simplemente morales", dice el art. 132.

7. La confesión del inculcado no releva al Juez de acreditar el hecho mediante pruebas (art. 136).

8. Si hubiere dudas sobre el estado normal del procesado, no puede ser condenado si previamente no se ha ordenado una pericia psiquiátrica para acreditar su salud mental (Revista de los Tribunales 1942 p. 385; 1938 p. 81).

9. El inculcado tiene derecho de comunicarse con su defensor todas las veces que lo considere necesario, sin más limitación que el respeto a los reglamentos del establecimiento de detención.

10. El juez puede decretar la incomunicación del procesado, debidamente justificada. La resolución que lo ordene debe ser elevada al Tribunal Correccional (art. 133). La Constitución de 1979 dispone que

"Nadie puede ser incomunicado sino en caso indispensable para el esclarecimiento de un delito". (art. 2º, inc. 20 h.).

11. La incomunicación no puede durar más de diez días. Pero esto no impide que el inculcado se comunique con su defensor, lo que hará en presencia del juez. (art. 133). Sólo en casos extremos el juzgado podrá denegar estas entrevistas durante la incomunicación.

12. Tratándose del contumaz es necesaria la notificación en su domicilio —como a todo inculcado— y además citarlo por periódico. Si no se hiciera esta doble notificación, la resolución que señala audiencia, es nula. (Boletín de la Corte Suprema 1972 p. 51 y 306).

IV. *La presunción de Inocencia.*— La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 contiene una declaración interesante. El art. 9º dice: "Debiendo todo hombre presumirse inocente mientras no sea declarado culpable...".

En forma más rotunda, el art. 11 de la Declaración Universal de 1948 declara:

"Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia, mientras no se pruebe su culpabilidad".

La Convención Americana de los Derechos Humanos en su art. 2º contiene análogo principio. "Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia, mientras no se establezca legalmente su culpabilidad".

La Convención Europea para la protección de los derechos humanos en su art. 6º, parágrafo 2, declara: "Toda persona acusada de un delito se presumirá inocente mientras no se haya probado legalmente su culpabilidad". La redacción varía pero el principio se mantiene.

El Ante-Proyecto de C.P.P. en su art. 8º dice:

"Se presume inocente a todo procesado, mientras no se dicte condena contra él".

El Código de 1940 no contiene ningún artículo que de modo expreso reconozca este principio. Sin embargo implícitamente lo admite en él:

"Art. 284: La sentencia absolutaria deberá contener la exposición del hecho imputado y la declaración de que éste no se ha realizado, de que las pruebas han demostrado la inocencia del acusado, o de que ellas no son suficientes para comprobar su culpabilidad".

Al amparo de esta norma, de modo uniforme la jurisprudencia suprema ha admitido el principio de la presunción de inocencia al declarar que si no existen pruebas de cargo suficientes, prevalece la presunción de inocencia.

Veamos algunas ejecutorias ilustrativas de esta orientación:

a) "Cuando no existen en autos, elementos suficientes que per-

mitan establecer la responsabilidad penal del acusado, ni pruebas concretas y valederas que sirvan para fundamentar una sentencia condenatoria, procede la Absolución". (Revista de Jurisprudencia Peruana. 1968 pág. 355. Revista del Foro. 1977 pág. 102).

b) "Para imponer condena, debe apreciarse debidamente la responsabilidad de los inculcados, con pruebas que la acrediten o con indicios corroborantes, que pueden apreciarse o valorarse en conjunto, no siendo posible en caso contrario, dictarse sentencia condenatoria, sólo a base de presunciones, máxime cuando se trata de delito sancionado con penas graves. No existiendo pruebas suficientes para establecer la responsabilidad de los acusados, éstos deben ser absueltos". (Revista de Jurisprudencia Peruana. 1970 pág. 862).

c) "No hay mérito para el juicio oral, si en la instrucción no se han acumulado elementos suficientes para establecer legalmente la responsabilidad penal de los acusados" (Revista de Jurisprudencia Peruana. 1954 pág. 1120 y pág. 1363).

De esta interpretación jurisprudencial, resulta que todo procesado goza de la presunción de inocencia y para que se expida sentencia condenatoria, es menester que mediante prueba suficiente, se destruya esta presunción. Si las pruebas no la enervan, la presunción prevalece y procede la absolución, no por inocencia comprobada sino por deficiente prueba de cargo.

En cuanto a la detención en el curso del proceso, se ha dicho que atenta contra la presunción de inocencia, no lo creemos exacto. La detención se ordena por necesidades de la investigación y con duración limitada. Las otras medidas restrictivas —vg. no salir del territorio nacional— tienen el mismo origen: las necesidades del proceso. Ninguna significa prejuzgamiento ni implican responsabilidad, solamente se dictan para que pueda llevarse a cabo la investigación judicial y duran lo que ésta.

La Constitución aprobada por la Asamblea Constituyente en julio de 1979 declara como derecho de la persona humana ser "considerada inocente, mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad" (art. 2º, inc. 20, parágrafo f). Siendo disposición constitucional, tiene vigencia en todo el ordenamiento procesal penal.

V. *El defensor del inculcado.*— 1. El acusado tiene derecho a escoger defensor, designación que prevalece sobre lo que haga el juez. Se acepta su elección, aunque ello signifique aplazamiento prudencial, de diligencias judiciales (art. 21). Para la Corte Suprema este derecho es ilimitado ha declarado: "El derecho de designar defensor es irrestricto; sólo a falta de su designación por el acusado, es que el juez puede

designar uno de oficio. (Libros de Ejecutorias Supremas de Derecho Procesal Penal. Año 1977, pág. 18).

Si el inculcado supiere leer y escribir y fuere mayor de edad, puede renunciar a la asistencia de defensor en la etapa investigatoria; en la etapa del juzgamiento es indispensable la presencia de defensor, y si el acusado no lo hiciera, el tribunal le designará un abogado como defensor de oficio y gratuito.

Pero si fuere analfabeto o menor de edad, el Juez obligadamente le señalará defensor; si es que el inculcado no lo ha señalado; de lo contrario la diligencia es nula. (Ejecutoria aparecida en la Revista *Advocatus*, Año 1964 pág. 186).

2. El Ministerio de Defensa es instituto que se encuentra frente al Ministerio Público. Está constituido por los abogados designados anualmente por la Corte Superior de Justicia, para que atiendan gratuitamente a los procesados. Todo abogado al recibirse tiene la obligación de, durante tres años, servir gratuitamente este cargo de Defensor de Oficio ante Juzgados y tribunales, a quienes están procesados y no tienen defensor.

En toda Corte Superior de Justicia existen los defensores de Oficio, que son funcionarios de justicia nombrados por el Poder Ejecutivo, los que junto con los designados anualmente, constituyen el Ministerio de Defensa. El derecho de defensa es garantía de la administración de justicia. (art. 3º b. L.O.P.J.).

3. Tratándose de reos ausentes o contumaces, es indispensable la designación de defensor, cuyas atribuciones son más amplias que en los reos presentes, pudiendo ofrecer pruebas, impugnar resoluciones, etc. También prevalece el defensor designado por los familiares sobre el nombrado por el juzgado o tribunal.

La omisión de defender en estos casos, determina la nulidad de todo el proceso y de la audiencia. (Revista de los Tribunales. 1931 pág. 249; reiterada en ejecutoria de 8 de octubre de 1955). Si existe defensor, pero no hace la defensa del ausente contumaz, la audiencia y sentencia es nula (Revista de Jurisprudencia Peruana 1946 p. 532; y 1954 pág. 133).

4. El defensor tiene derecho de visitar a su defendido cuantas veces lo desee. Si estuviera incomunicado, prestará juramento de que no llevará mensajes a familiares o personas extrañas al proceso. Sólo por excepción y en resolución motivada, el Juez podrá prohibir estas visitas. (art. 133).

5. Si el defensor no concurriere a la audiencia, será reemplazado por otro que designe el acusado; si no lo hiciera el tribunal designará uno de oficio. (art. 269).

En caso de enfermedad del defensor, se procederá en igual forma. Siempre prevalece el defensor designado por el acusado; sólo ante su negativa y para no frustrar el juzgamiento es que el Tribunal podrá nombrar un defensor de oficio. (R.T. 1937 pág. 330).

6. El defensor del acusado no es persona del proceso y por ello no puede interponer recurso de nulidad ante la Suprema; ello sólo corresponde al condenado. (Revista de los Tribunales 1931 pág. 71; 1932. pág. 301). En cambio el defensor del ausente tiene mayores atribuciones y puede interponerlo. (Revista de Jurisprudencia Peruana. 1970 pág. 619).

La Nueva Constitución aprobada en julio de 1979, reconoce este principio en dos lugares. Cuando establece los derechos de la persona humana reconoce que "Toda persona será informada inmediatamente y por escrito de la causa o razones de su detención. Tiene derecho a comunicarse y ser asesorado con un defensor de su elección desde que es citado o detenido por la autoridad". La extensión y precisión de esta norma es elogiable y dada su categoría constitucional tiene vigencia plena en todo el ordenamiento legal peruano. (art. 2º, inc. 20, párrafo h).

Como garantía de la administración de justicia, la Constitución se refiere a este derecho relacionándolo con el procesamiento penal. En el inc. 9º del art. 233 declara como garantía "la de no ser penado sin juicio ni privado del derecho de defensa en cualquier estado del proceso. El Estado provee la defensa a las personas de escasos recursos".

VI. *Las pruebas.*— Las disposiciones que regulan las pruebas respetan los derechos humanos. Así vemos que:

1.—Las pruebas serán apreciadas con criterio de conciencia (art. 183). La jurisprudencia también lo reconoce. (Revista de Jurisprudencia Peruana 1972 pág. 268).

2.—Si las pruebas actuadas en el proceso no son suficientes para acreditar la verdad, deberá ser absuelto el acusado (art. 284).

Como prueba única es insuficiente para condenar:

—La confesión del acusado. (Revista de los Tribunales 1938 p. 330).

—La imputación de un coimputado. (Revista de Jurisprudencia Peruana 1971 págs. 72, 92 y 517; y 1970 pág. 124).

—El atestado policial (Revista de los Tribunales 1941 pág. 411).

—La partida de defunción de la víctima (Diario Oficial El Peruano. 2 de mayo de 1942).

—La declaración testimonial prestada en audiencia. (Revista de Jurisprudencia Peruana 1972 pág. 356).

3.—Para que el reconocimiento médico tenga valor legal, debe ser realizado en tiempo inmediato al hecho. (Anales Judiciales 1932 pág. 24).

La falta de examen pericial, cuando lo exige la ley determina la nulidad de lo actuado. (Anales Judiciales 1952 pág. 141 y 1963 pág. 264).

Si el peritaje no es ratificado en la etapa investigatoria o en la decisoria, no puede servir de fundamento a la condena (Anales Judiciales 1944 pág. 130).

4.—Siendo el inculpado susceptible de readaptación, la ley permite el uso de medios técnicos, como exámenes de sangre, impresiones digitales, etc. (art. 194). Pero no aquellos que atentan contra la persona humana, como sería el empleo de barbitúricos.

Los tribunales de justicia nunca han aceptado el empleo de barbitúricos ni de medios mecánicos, como el detector de mentiras, y cuando la policía los ha utilizado, el Tribunal no ha tomado en cuenta la investigación.

Cuando un fiscal de Tribunal Correccional pidió que un procesado fuera sometido al penthotal, la Corte Suprema le mandó abrir una investigación disciplinaria, provocando su jubilación y apartamiento de la función judicial.

5.—Como derecho de la persona, la nueva Constitución dispone que las declaraciones obtenidas por la violencia carecen de valor. (art. 2 inc. 20 j.). Como garantía de la administración de justicia establece: la invalidez de las pruebas obtenidas por coacción ilícita (art. 233, inc. 12).

VII. *La Sentencia.*— Finalmente la protección de los derechos del condenado, se manifiesta también al concluir el proceso penal. La sentencia es documento formal que pone fin al juzgamiento. El Código señala lo que ella debe contener y sus requisitos deben ser cumplidos, bajo sanción de nulidad del juzgamiento. El fallo contiene dos documentos: las Cuestiones de Hecho y la Sentencia. En el primero se establecen los hechos, materia del juzgamiento, y en la segunda apreciación de los mismos y la aplicación de la ley penal. El Tribunal Correccional aplica el criterio de conciencia para apreciar los hechos (art. 283).

Toda sentencia que expidan los tribunales de justicia debe fundamentarse en el examen de los hechos y en la ley aplicable al caso. La motivación de las sentencias penales constituye mandato constitucional (Art. 227 de la Constitución Nacional), y es garantía de la Administración de justicia. (art. 38 inc. d. Ley Orgánica). La nueva Constitución reconoce este mismo principio (art. 233, inc. 4).

El fallo debe contener las razones de hecho y los fundamentos de derecho en que se apoya, dice la Suprema (Revista de Jurisprudencia Peruana 1970 pág. 618). El dictamen fiscal debe ser fundamentado (art. 347 Ley Orgánica). Son nulos los que carecen de este requisito (Boletín Judicial de la Corte Suprema 1972 pág. 309).

Ni la sentencia ni la pena tienen carácter intimidatorio. La frecuencia con que se cometen delitos semejantes al que es objeto el juzgamiento, no es razón legal para agravar la pena, dice la Corte Suprema (Revista de los Tribunales 1937 pág. 161).

