

los delitos contra los derechos humanos en el nuevo código penal peruano

Laura Zuniga Rodriguez

SUMARIO 1. Introducción. 2. Delitos contra los derechos humanos. 3. Derechos humanos y bienes jurídicos individuales o colectivos. 4. Fundamento constitucional y de derecho internacional. 5. Conclusión.

1. Introducción

(p. 23) Una de las conquistas más importantes del hombre del siglo XX, en su búsqueda de hitos fundamentales para regular la convivencia nacional e internacional, ha sido, sin duda, el consenso alcanzado respecto a la noción de Derechos Humanos y plasmada en la Declaración Universal de 1948. Pero también es cierto que, junto a solemnes y amplios textos internacionales que los reconocen, la historia ha conocido y aún conoce brutales violaciones y transgresiones de los mismos. De lo que se trata, ahora, es de establecer mecanismos jurídicos idóneos para garantizarlos, en un proceso llamado de *juridificación de los derechos humanos*, del que el Derecho Penal no tiene porque sustraerse. De allí que deba merecer especial atención el estudio de las conductas que afectan los derechos humanos, tipificadas en nuestro novísimo código penal.

Como cuestión previa de carácter metodológico, se debe señalar que es preciso rastrear, en el nuevo C.P., todo el Libro II para identificar las normas que protegen derechos humanos, al no existir un Título que las agrupe. Esta sistemática responde a un determinado criterio legislativo, cuya idoneidad es necesario dilucidar y, en su caso, aceptar o cuestionar. Una vez, detectadas las conductas que vulneran (p. 24) derechos humanos, tenemos que preguntarnos si éstas son todas las que deben considerarse penalmente relevantes o si faltan algunas otras importantes.

Como punto de partida, es preciso recordar lo que por derechos humanos debe entenderse, pues este concepto nos servirá como guía de interpretación para encontrar en el texto legal las conductas prohibidas que los lesionan o ponen en peligro. Siguiendo a Perez Luño podemos decir que los derechos humanos constituyen un "conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas"¹. Como se sabe, el catálogo de dichos derechos puede encontrarse en la Declaración Universal antes mencionada (en adelante DH.D.H.), cuyos contenidos fundamentales han sido desarrollados en numerosos textos internacionales, entre los que destacan en nuestro ámbito, los siguientes: la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre de 1948 (en adelante D.A.D.H.), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (en adelante P.I.D.C.P.) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 (en adelante C.A.D.H.), ratificados estos dos últimos por el Perú, el 28 de julio de 1978. También es pertinente distinguir teóricamente la noción de derechos humanos de la de derechos fundamentales, ya que ésta última tiende a aludir solamente a "aquellos derechos humanos garantizados por el ordenamiento jurídico positivo"²; esto es, que están consagrados constitucionalmente.

Este trabajo se ocupará, en consecuencia, de las conductas que protegen los derechos de la persona inherentes a su dignidad, libertad o igualdad humanas y, en particular, de aquellos derechos humanos clásicos de garantías de libertad³ frente al poder del Estado, reconocidos en el texto de nuestra

¹ Perez Luño, Antonio, Los Derechos Fundamentales, Madrid, Tecnos, 2ª ed., 1986, p. 46 (citado: Los derechos).

² Perez Luño, Los derechos, p. 46

³ El *status libertatis*, reconocimiento de una esfera de libertad individual negativa de los ciudadanos como garantía de no intromisión estatal en determinadas materias, es uno de los aspectos de los derechos fundamentales, al

Constitución (art. 2, Cap. I, del Título I). De allí que, en este caso, se pueda hablar indistintamente de derechos humanos y de derechos fundamentales. Los planteamientos son de *lege data* : determinar cuáles son los delitos, tipificados en el C.P. recientemente promulgado, que violan derechos humanos; y, de *lege ferenda* : plantear cuáles son las conductas vulneradoras de derechos humanos fundamentales no previstas en nuestro código y que sería necesario preverlas.

2. Delitos contra los derechos humanos

Estos derechos son vulnerados por los delitos siguientes :

- En el Tít. I, De los delitos contra la vida, el cuerpo y la salud: genocidio (art. 129 C.P.), protege los derechos a la vida, a la igualdad y a la libertad de conciencia y de religión : arts. 2.1, 2.2 y 2.3 Const., art. II del Convenio sobre Genocidio de 1946, aprobado por el Perú por Res. Leg. No 13288 de 29.12.1959.

- (p. 25) En el Tít. IV, De los delitos contra la libertad : violación de la intimidad efectuada por funcionario público (art. 155 C.P.), agravación del delito de realización de archivos ilegales por la condición de funcionario público (art. 157, párrafo segundo C.P.) y agravación del delito de escuchas indebidas por la condición de funcionario público (art. 162, párrafo segundo C.P.), que protegen el derecho a la intimidad y la inviolabilidad de los papeles privados y de las comunicaciones : arts. 2.5 y 2.8 Const., art. 12 D.U.D.H., art. 5 D.A.D.H., art. 17.1 P.I.D.C.P. y art. 11.2 C.A.D.H.); violación de domicilio efectuada por funcionario público (art. 160 C.P., art. 2.7 Const., art. 12 D.U.D.H., art. 9 D.A.D.H., art. 17 P.I.D.C.P. y art. 11.2 C.A.D.H.); violación de la libertad de reunión por parte de funcionario público (art. 167 C.P.) que protege la libertad de reunión : art. 2.10 Const., art. 20 D.U.D.H., art. 21 D.A.D.H., art. 21 P.I.D.C.P. y art. 15 C.A.d.H.; violación de la libertad de expresión por parte de funcionario público (art. 169 C.P.), que protege la libertad de expresión : art. 2.4. Const., art. 19 D.U.D.H., art. 4 D.A.D.H., art. 19 P.I.D.C.P. y art. 13 C.A.D.H.

- En el Tít. XIV, De los delitos contra la tranquilidad pública : desaparición forzada de personas (art. 323 C.P.), que protege los derechos a la vida, a la libertad y seguridad personales, a no ser sometido a torturas o tratos inhumanos o degradantes, a la presunción de inocencia y a la personalidad jurídica : arts. 2.1, 2.20, 2.20.f y 234 Const., arts. 3, 5, 6, y 9 D.U.D.H., arts. 1, 25 y 26 D.A.D.H., arts. 6.1, 7, 9, 10, 14.2 y 16 P.I.D.C.P. y arts. 3, 4.1, 5.2, 7 y 8.2 C.A.D.H.

- En el Tít. XVIII, De los delitos contra la Administración Pública, Cap. III De los delitos contra la Administración de Justicia : se tipifica como una forma de prevaricato la detención ilegal efectuada por el juez (art. 419 C.P.), que protege el derecho a la libertad y seguridad personales : art. 2.20 Const., art. 9 D.U.D.H., art. D.A.D.H., art. 9 P.I.D.C.P. y art. 7 C.A.D.H.

3. Derechos humanos y bienes jurídicos individuales o colectivos

Según esta sistematización, el legislador ha tipificado las conductas que vulneran derechos humanos en el Título de los bienes jurídicos individuales o colectivos que les corresponden, agravando el injusto por la condición especial de funcionario público del sujeto activo. En otros casos, algunos comportamientos que violan derechos humanos fundamentales no han merecido una especial atención del legislador. Este ha considerado, presumiblemente, suficiente la tipificación del bien jurídico individual o colectivo correlativo. Esto ocurre, por ejemplo, con los delitos de tortura, ejecuciones sumarias (p. 26) extrajudiciales y detenciones ilegales practicadas por funcionario público en general; pues es de entender que dichos supuestos están contemplados en los arts. 122, 108 y 152 C.P., respectivamente. Conviene resaltar que el supuesto tipificado de detenciones ilegales efectuadas por el juez (art. 419 C.P.) comprende los casos menos comunes, siendo los de mayor trascendencia social los practicados por las fuerzas de orden público y los de las fuerzas armadas en zonas de emergencia.

cual se la aúna ahora la defensa de los aspectos económico y sociales de la persona. Ver : **Perez Luño**, Los derechos, p. 24-25. Sin embargo, nos referiremos a los derechos que constituyen las clásicas garantías de libertad de los ciudadanos frente a los poderes públicos.

La sistematización adoptada por el legislador de 1991 parece considerar que el bien jurídico derechos humanos es el mismo que el bien jurídico individual o colectivo correlativo, ya que las tipificaciones de los delitos que protegen a los primeros son, en la mayoría de los casos, sólo agravaciones de los delitos que protegen a los segundos. Así, por ejemplo, habría que interpretar que en el delito de desaparición forzada de personas, nos encontramos ante un comportamiento que afecta la tranquilidad pública, agravado por la condición de funcionario público del sujeto activo. Entonces, para poder enjuiciar dicha opción legislativa, es necesario dilucidar si se trata de un mismo bien jurídico o de bienes jurídicos distintos.

Primero, si se tratara de dos bienes jurídicos diferentes, siguiendo el criterio sistemático seguido por el código, técnicamente hubiera sido más correcto establecer un Título especial, donde quedaran consignadas todas estas figuras que ahora están dispersas por todo el código penal.

Segundo, si consideramos que se trata de bienes jurídicos de distinto signo, (individuales o colectivos y derechos humanos) no bastaría con la protección penal de los primeros para que el derecho fundamental que le corresponde esté tutelado por nuestro Código Penal. Esto es importante para el caso, considerando sólo las omisiones más flagrante de nuestro código, de los delitos de tortura, ejecuciones sumarias extrajudiciales y detenciones ilegales practicadas por funcionario público, porque no será suficiente con la tipificación de los delitos de lesiones (art. 122 C.P.), asesinato (art. 108 C.P.) o detenciones ilegales en general (art. 152 C.P.). En realidad, nos encontraríamos ante una real desprotección de unos derechos humanos fundamentales; más aún si nuestro sistema genérico de agravantes y atenuantes es de libre determinación para el juez (art. 46 C.P.). Valga aclarar que, nos referimos a esas tres violaciones de derecho fundamentales, por la trascendencia social que en estos momentos tienen en el país, pues se siguen practicando por las fuerzas armadas y policiales⁴ para combatir a los grupos subversivos.

(p. 27) Consideramos que hay serios argumentos que abonan en favor de establecer una diferencia sustancial entre ambos bienes jurídicos (el bien jurídico derechos humanos o fundamentales y el bien jurídico individual o colectivo correlativo), que respondería a la distinta naturaleza jurídica de ambos. Pasemos a detallar dicha fundamentación.

Los derechos fundamentales, por su propia concepción, encierran una complejidad de relaciones sociales que van más allá del bien jurídico individual. Relaciones que son sintomáticas de las relaciones generales entre Sociedad y Estado, representadas en el caso concreto por la vinculación entre el ciudadano y los poderes del Estado⁵. Esto es evidente, por ejemplo, en el caso del delito de genocidio (art. 129 C.P.); no sólo está en juego el derecho a la vida y la integridad física, sino también a la igualdad y a la libertad de conciencia y de religión. En el caso de una detención ilegal practicada por un funcionario público, no sólo resulta vulnerada la libertad de movimiento del sujeto pasivo, sino que están en juego todas las garantías de la detención (art. 2.20 Const. : derecho a no ser incomunicado, a no declarar contra sí mismo, etc.), por lo quedan convocados los límites existentes entre la sociedad civil y la sociedad política⁶. De allí que, como dice Bustos, en el caso de los derechos constitucionales se trata de bienes jurídicos institucionales, porque se refieren a un marco jurídico previo, de garantía, para el desarrollo de los derechos individuales y colectivos⁷.

⁴ **Amnesty International**, Liberté (s), N° 7, Diciembre de 1991, p. 6 y ss. La revista muestra cómo, a pesar de las promesas del Presidente Fujimori de hacer respetar los derechos humanos, se siguen produciendo hasta estos momentos denuncias de matanzas de campesinos, torturas y desapariciones, atribuibles a las fuerzas del orden en la actividad antisubversiva.

⁵ Así, existe una interrelación recíproca entre el desarrollo del Estado de Derecho y la operatividad de los derechos fundamentales. Cfr. **Perez Luño**, Los derechos, p. 43 y 47.

⁶ De allí que en estos casos sea también la Sociedad sujeto pasivo del delito. Cfr. **Zuñiga Rodríguez**, Laura, El delito de detenciones ilegales practicadas por funcionario público, Tesis Doctoral, Universidad de Salamanca, 1989, p. 264 y ss.(citado: Detenciones).

⁷ **Bustos Ramirez**, Juan, Manual de Derecho Penal, Parte Especial, Barcelona, Ariel 1ª ed., 1986, p. 7 y 368-369 (citado: Manual).

Precisamente, a partir de este carácter institucional, político, de garantías de los derechos fundamentales, puede constatarse otra diferencia con los bienes jurídicos individuales, en este caso correlativos. Mientras algunos derechos fundamentales se pueden suspender en estados de excepción (art. 231 Const.), los bienes jurídicos individuales de las personas no se suspenden nunca, por lo menos mientras el Estado subsista. Así, podrá suspenderse la vigencia del art. 2.20 Const., el derecho a no ser detenido sino por mandato judicial, pero siempre será posible proteger la libertad de movimientos de las personas ante un secuestro entre particulares. Esto demuestra que la vigencia de los derechos fundamentales está íntimamente vinculada a las condiciones sociales y políticas de un Estado determinado y, por tanto, poseen un carácter eminentemente político.

(p. 28) Asimismo, es preciso adentrarse en las relaciones jurídicas directas Estado-ciudadano, para diferenciarlas de la existentes entre los particulares. Es sabido que, con el fin de que los poderes públicos ejerzan sus funciones de administración, dirección y gestión de los servicios públicos, así como de velar por el orden interno (arts. 211.3, 211.4 y 212 Const.), se les atribuye potestades o poderes de actuación que se encuadran dentro del Derecho Administrativo. Entre estos cabe citar la potestad sancionadora de la Administración, la posibilidad de expropiación dentro de la ley, el privilegio de autotutela, etc. Obviamente, estos privilegios no son disfrutados por los sujetos privados⁸. De allí que para equilibrar la relación Estado - ciudadano y limitar el uso abusivo de las citadas potestades, el Derecho haya establecido una serie de garantías, como el principio de legalidad y los derechos fundamentales.

Las especiales facultades que posee el Estado frente a los ciudadanos determinan que las relaciones jurídicas y reales entre ambos no se encuentren en un plano de igualdad, sino que existe una situación de sujeción o sometimiento sobre los sujetos que eventualmente tienen la obligación de soportar los efectos de las potestades administrativas⁹. Entonces, en el caso de la actuación de un funcionario público en el ejercicio de sus funciones públicas sobre un particular, hay una relación de subordinación; mientras que en el caso del bien jurídico individual se trata de relaciones entre particulares, relación de igualdad jurídica. Este plano de desigualdad existente entre los órganos del Estado y los ciudadanos es evidente en la realidad pues mientras en los delitos de funcionarios, éstos tienen a su disposición todo el aparato del Estado para realizar el hecho delictivo, los ciudadanos no lo poseen.

Otra consideración que dice de la distinta naturaleza jurídica del bien jurídico derechos fundamentales y bien jurídico individual o colectivo correlativo, es la especial vinculación que se da, en el primer caso, entre el bien jurídico tutelado (derechos fundamentales) y el sujeto activo (funcionario público), porque los derechos fundamentales de garantías de libertad sólo pueden ser afectados en la práctica de la función pública. Así, la condición de funcionario público, es un elemento fundante del injusto, ya que éste está fundamentado en el hecho que el funcionario está incumpliendo un deber especial, el de someter sus potestades al principio de legalidad. Así, la relación derechos fundamentales - funcionario público, es constitutiva del especial desvalor de acto : extralimitación injustificada de potestades respecto de determinados bienes jurídicos o, dicho de otra manera, abuso de poder. En efecto, el abuso de poder constituye un elemento esencial en **(p. 29)** el desvalor de acto; por esto, el funcionario puede cometer el delito como autor directo o autor mediato¹⁰.

Precisamente por tratarse de derechos fundamentales, las relaciones jurídicas en las que éstos son convocados se rigen por el Derecho Público Internacional, por lo que son derechos inalienables e irrenunciables (art. 5.2 P.I.D.C.P. y arts. 27. 29 y 30 C.A.D.H.). En cambio, los bienes jurídicos individuales son, generalmente, disponibles, por lo que cabe el consentimiento como causa justificante (art. 20.10.C.P.). De allí que siempre la perseguibilidad de las violaciones de los derechos fundamentales deba ser de acción pública. En grave error ha incurrido el legislador al establecer en el

⁸ Cfr. García de Enterría, Eduardo/Fernández, Tomás Ramón, Curso de Derecho Administrativo, Madrid, Civitas, 4ª ed., 1983, T.I., p. 42 (citado: Curso).

⁹ Cfr. García de Enterría/Fernández, Curso, p. 419.

¹⁰ Ver : con mayor detalla la fundamentación de este delito como especial propio, **Zuñiga Rodríguez**, Detenciones, p. 249 y ss.

nuevo C.P. que los delitos de violación de la intimidad por parte de funcionario público (art. 155 C.P.) y elaboración de archivos ilegales por parte de funcionario público (art. 157, párrafo segundo C.P.), son perseguible por acción privada (art. 158 C.P.).

Otra distinción importante que hay entre el bien jurídico derecho fundamental y su bien jurídico individual o colectivo correlativo es que, mientras la violación a los derechos humanos compromete al Estado, por lo que pueden ser objeto de tutela supranacional, el bien jurídico individual sólo puede ser objeto de tutela nacional. Efectivamente, además de la posibilidad de recurrir a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Cap. VIII, art. 62 C.A.D.H.), en los últimos tiempos se está delineando todo un Derecho Penal Internacional que pretende proteger a los ciudadanos frente a sus Estados y a los propios Estados frente a los crímenes cometidos por otros Estados contra la paz y seguridad. Entre estos, destacan los crímenes de guerra y la violación de derechos humanos fundamentales.

Es el caso, por ejemplo, del Proyecto de Código de Delitos contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad, en discusión en el seno de las Naciones Unidas desde 1947¹¹ y del Proyecto de Código Penal Internacional, elaborado por M. Cherif Bassiouni por encargo de la Asociación Internacional de Derecho Penal¹². Los dos textos tienen en común, en cuanto al tema que nos ocupa, la consideración de los delitos de genocidio, segregación racial (apartheid), esclavitud y tortura. En cambio, sólo en el primer Proyecto son considerados los delitos de desaparición forzada de personas y de ejecuciones sumarias, arbitrarias o extrajudiciales. Esto quiere decir, que existe cierto consenso sobre la necesidad de sancionar en una jurisdicción supranacional todos estos delitos, cuando **(p. 30)** son cometidos por los Estados o sus funcionarios públicos¹³. Inclusive, el último Congreso Internacional de Derecho Penal, celebrado en Viena del 1 al 7 de octubre de 1989, se ocupó especialmente de este tema, recomendando la incorporación de estas incriminaciones en el derecho interno de los Estados partes de las Convenciones Internacionales, a fin de asegurar la aplicación de sus disposiciones.¹⁴

Hay, pues, importantes fundamentos que demuestran la distinta naturaleza de los derechos fundamentales y los bienes jurídicos individuales o colectivos correlativos. Por ello, hubiera sido más correcto establecer un Título especial, donde quedaran reunidas todas las figuras incriminadoras de las conductas que vulneran derechos fundamentales, cuya denominación hubiera podido ser "Delitos contra los Derechos Humanos", "Delitos contra los Derechos Fundamentales" o "Delitos contra los Derechos Constitucionales". Esta sistematización no es nueva en nuestro proceso de reforma penal, pues un Título en el que se protegen los derechos humanos fue establecido en los Proyectos de 1985 (Delitos contra la Constitución) y 1986 (Delitos contra los derechos constitucionales), inspirados por los Proyectos españoles de 1980 y 1983.

Por el contrario, la sistematización seguida por el nuevo Código plantea dificultades para concretar cuál es el bien jurídico correlativo y ubicar el delito contra los derechos humanos. Por ejemplo, el art. 323, que tipifica el delito de desaparición forzada de personas, está erróneamente ubicado como delito de terrorismo (Cap. II del Título XIV, De los delitos contra la tranquilidad pública). No podemos adentrarnos demasiado en este asunto, pero lo que sí está claro es que no puede hablarse técnicamente de terrorismo de Estado en un Estado democrático de Derecho, como constitucionalmente se define el nuestro (art. 79 Const.). Las nociones de terrorismo de Estado y Estado democrático son antitéticas entre sí : no puede haber un Estado democrático que sea terrorista, por lo que en todo caso habría que asumir que se trataría de una dictadura o un Estado no democrático. Esto no significa que se desconozca la posibilidad de casos concretos e individualizables

¹¹ Ver : **Blanc Altemir**, Antonio, La violación de los derechos humanos fundamentales como crimen internacional, Barcelona, Bosch, 1990 (passim.). (citado: Vilación).

¹² Ver : **Bassiouni**, M. Cherif, Derecho Penal Internacional, Madrid, Tecnos, 1984 (passim.) (citado: Derecho Penal).

¹³ fr. **Bassiouni**, Derecho Penal, p. 85.

¹⁴ Anuario de Derecho Penal 89/90, p. 168 ss. (**nota de redacción**)

de personas que, ocupando cargos de gobierno, no cometan actos delictivos vulneradores de los derechos humanos¹⁵.

Entonces, si concluimos que el derecho fundamental es de diferente naturaleza jurídica que el bien jurídico individual o colectivo correlativo, tenemos que **(p. 31)** colegir que no es suficiente con la tipificación de los delitos de lesiones (art. 152 C.P.), para considerar protegidos los derechos fundamentales de los arts. 2.1. Const. (derecho a la vida y a la integridad física), 233 Const. (derecho a un juicio justo), 234 Const. (derecho a no ser torturado o maltratado), y 2.29 Const. (derecho a la libertad y seguridad personales). Haría falta, en consecuencia, tipificar especialmente los delitos de ejecuciones sumarias extrajudiciales, tortura y detenciones ilegales practicadas por funcionario público. Así lo consideraron, para el caso de estos dos últimos delitos, los Proyectos de 1985 (arts. 332 y 338) y 1986 (arts 311 y 317) y también el C.P. derogado : art. 340 inc. 9^o (tortura, inc. adicionado por el Dec. Leg. 121 de 12 de junio de 1981) y art. 340 incs. 1^o al 8^o (distintos supuestos de detenciones ilegales practicadas por funcionario público).

Ahora, sostener que no es suficiente la incriminación de los arts. 108 C.P., 122 C.P. y 152 C.P. para considerar protegidos los derechos fundamentales a la vida, a la integridad física y a la libertad y seguridad personales, no significa, necesariamente, que deban ser punibles las conductas que los vulneran. En efecto, si la lucha del Derecho Penal, en los últimos años, ha consistido, en buena parte, en reivindicar su función de ultima ratio, esto es, en tratar de penalizar sólo las conductas más graves que afectan bienes jurídicos fundamentales, una ampliación de lo punible como sería penalizar, además de los bienes jurídicos individuales los derechos humanos, requiere de un razonamiento específico.

En este sentido, vamos a dar argumentos generales a favor de una punibilización especial de los derechos humanos y, después, argumentos específicos sobre los más importantes delitos contra los derechos humanos que se han omitido en el nuevo C.P. : ejecuciones sumarias extrajudiciales, torturas y detenciones ilegales practicadas por funcionario público.

Consideramos que una protección penal especial de los derechos humanos, con un Título autónomo que así lo establezca, es necesaria en estos momentos históricos en que se demanda una mayor defensa de estos derechos. Sobre todo si se considera que, los últimos diez años, se ha observado excesos de las fuerzas militares y de orden público en la lucha antiterrorista, denunciados a nivel internacional por reputadas organizaciones como Amnesty International¹⁶. No se trata de confiar excesivamente en la función motivadora de la norma penal o en preconizar los fines de prevención general de la pena en el Perú. **(p. 32)** Sino simplemente de considerar que la eficacia preventiva de la intervención penal radica, más bien, en la certeza y prontitud de la aplicación de la pena¹⁷, lo cual, claro está, conlleva que primeramente exista la amenaza de la tipificación penal. Entonces, en lo que se debe incidir es en la eficacia de los órganos de control penal, como policías, jueces y fiscales, especialmente en estos últimos, dado su deber constitucional de velar por la vigencia de los derechos humanos (art. 250.1 Const.).

Así, si hasta ahora prácticamente no se han aplicado penas por los delitos de detenciones ilegales efectuadas por funcionario público (arts. 340, incs. 1-6 C.P. derogado) o torturas (art. 340 inc. 9 C.P. derogado), existiendo evidencias sobre sus prácticas en el país, no será por la deficiencia de la normativa penal, sino por la ineficacia de la investigación policial, el amedrentamiento sufrido por jueces y fiscales, la elusión de responsabilidades por parte de la Administración de Justicia y/o la falta de voluntad política para poner en el banquillo de los acusados a las fuerzas armadas y policiales,

¹⁵ Cfr. Serrano Piedecabras, J. R., Emergencia y crisis del Estado Social, Barcelona, PPU, p. 165. Cfr. también la idea antes expuesta de la interrelación entre derechos fundamentales y Estado de Derecho (nota 5).

¹⁶ Ver : nota 4.

¹⁷ Esta idea ha sido desarrollada desde Beccaria, Cfr. del mismo autor, De los delitos y de las penas, Introducción, traducción y notas de Fco. Tomás y Valiente, Madrid, Aguilar, 1982, pp. 128 y ss.

cuando es sobre ellas precisamente que el Ejecutivo hace recaer, casi con exclusividad, todo el peso de la lucha antisubversiva¹⁸.

Además, hay considerables razones para sustentar la punibilidad de las conductas violadoras de los derechos humanos. Tan es así que hay varios autores que fundamentan la noción de bien jurídico en los derechos humanos, planteando la función legitimante de éstos sobre el Derecho Penal¹⁹. Entonces, si los derechos humanos constituyen límites a la intervención penal, con mayor razón estará justificada su protección penal.

En el caso de los delitos de tortura y ejecuciones sumarias extrajudiciales, su punibilidad está considerada incluso a nivel internacional. Efectivamente, estas prácticas de los funcionarios públicos de los Estados son consideradas como crímenes internacionales en el sentido de normas del *ius cogens*²⁰, a partir de la idea de que "los (p. 33) derechos mínimos de la persona humana, constituyen una de las limitaciones fundamentales de la soberanía estatal"²¹. De esta manera, estos crímenes, conjuntamente con el genocidio, el apartheid, la esclavitud y la desaparición forzada de personas, adquieren la naturaleza de delitos de lesa humanidad²². Esto es importante, porque significa la posibilidad de que los individuos tengan acceso a instancias de jurisdicción supranacional, incluso frente a su propio Estado, soslayando las dificultades que presenta el hecho que el mismo Estado sancione a sus autoridades. Además, estos hechos quedan sujetos a los mecanismos de investigación, control y garantías internacionales, así como a la aplicación de los principios internacionales de cooperación entre los Estados para la identificación, detención, extradición y castigo de los culpables, así como a la prohibición de la obediencia debida y la imprescriptibilidad de su persecución.

La justificación de la punibilidad del delito de detenciones ilegales practicadas por funcionario público viene también de recomendaciones internacionales. El Grupo de Trabajo sobre desapariciones forzadas o involuntarias de personas de las Naciones Unidas ha propuesto como medidas preventivas para evitar dicha práctica, el reforzamiento de las garantías jurídicas internas sobre la seguridad de las personas, entre los que se encuentran la recomendaciones de reforzar los recursos de garantías (amparo y habeas corpus, el cumplimiento del código de conducta para los funcionarios encargados de cumplir la ley a la protección de todas las personas frente a las detenciones arbitrarias²³. En efecto, es evidente que si se quiere verdaderamente proteger a las personas frente a las desapariciones, el Estado debe empezar por exigir responsabilidad penal a los funcionarios, para el cumplimiento de todos los requisitos de fondo y forma de toda detención²⁴.

El deber del Estado peruano de adoptar disposiciones de derecho interno para proteger los derechos humanos, está contemplado en el art. 2 C.A.D.H., obligación que también alcanza al ámbito penal por su trascendencia. Para el caso del delito de tortura existe un mandato constitucional específico para su

¹⁸ **Amnesty International**, Liberté. Ver : especialmente el artículo "L'impunité des forces armées", p. 6.

¹⁹ Cfr. **Barrata**, Alessandro, "Requisitos mínimos del respeto de los derechos humanos en la ley penal, in Nuevo Foro Penal, No 34, 1986; **Fernandez Carrasquilla**, Juan, "Los derechos humanos como barrera de contención y criterio auto-regulador del poder punitivo", in Anales de la Cátedra Francisco Suárez, no 26/27, 1986/1987; **Zaffaroni**, E. Raúl, En busca de la penas perdidas, Buenos Aires, Ediar, 1989, p. 177.

²⁰ "Una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de estados en su conjunto, como norma que no admite acuerdo en contrario", **Blanc Altemir**, Vilación, p. 96.

²¹ **Blanc Altemir**, Violación, p. 101.

²² Ver : el Proyecto de delitos de *lesa humanidad*, propuesto por el Colegio de Abogados de Uruguay, 1987/1988, en **Schurmann**, Rodolfo, con el mismo título, in Doctrina Penal, no 44, 1988, pp. 709 y ss.

²³ Ver : **Abellan Onrubia**, Victoria, Aspectos jurídico-internacionales de la desaparición forzada de personas como práctica política del Estado, in Estudios Jurídicos en honor del Prof. Octavio Pérez-Victoria, Barcelona, Boscch, 1983, T.I, pp. 19 y 20.

²⁴ Porque ilegal debe entenderse el incumplimiento de cualquier requisito de fondo y forma de la detención Cfr. **Zuñiga Rodríguez**, Detenciones, pp. 294 y ss.

tipificación penal : el art. 2.20. j Const., dispone que "las declaraciones obtenidas por la violencia carecen de valor. Quien la emplea incurre en responsabilidad penal".

(p. 34) 4. Fundamento constitucional y de derecho internacional

Las normas constitucionales e internacionales que sustentan la punibilidad de los delitos de tortura, ejecuciones sumarias extrajudiciales y desaparición forzada de personas, además de las ya citadas, son las siguientes :

- Tortura : protege los derechos a la vida y la integridad física y psíquica, derecho a la presunción de inocencia, derecho a no ser incomunicado, la prohibición de obtener declaraciones por la violencia, derecho a no declarar contra sí mismo, prohibición de ser desviado de la jurisdicción ordinaria y prohibición de ser sometido a torturas. tratos crueles o degradantes : arts. 2.1, 2.20. f, 2.20. j, 2.20. k, 2.20.l y 234 Const. ; según el art. 6 de la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la Tortura, firmada por el Perú (aún no ratificada), los Estados partes se comprometen a constituir delitos que sancionen severamente la tortura; art. 5 D.U.D.H., art. 25 D.A.D.H., art. 7 P.I.D.C.P. y arts 5.2 y 27 (derecho absoluto que no admite suspensión) C.A.D.H.

- Ejecuciones sumarias extrajudiciales : protege el derecho a la vida, el derecho a la presunción de inocencia, el derecho a un juicio con todas las garantías y la prohibición de la pena de muerte : arts. 2.1, 2.20.f, 233 y 235 Const.; arts 3, 9, 10, 11 y 26 D.U.D.H; arts. 1 y 18 D.A.D.H; arts 1, 14 y 15 P.I.D.C.P.; arts 4, 8, 9 y 27 (derecho absoluto que no admite suspensión) C.A.D.H.

- Detenciones ilegales practicas por funcionario público : protege el derecho a la libertad y seguridad personales, con todas las garantías del art. 2.20 Const. : art. 9 D.U.D.H., art. 25 D.A.D.H., arts. 9. 10 y 11 P.I.D.C.P. y art. 7 C.A.D.H.

5. Conclusión

En conclusión, la opción legislativa de tipificar los delitos contra los derechos humanos, dentro del Título que protege cada bien jurídico individual o colectivo correlativo, no corresponde con la distinta naturaleza jurídica de ambos bienes. En consecuencia, no basta con la tipificación del bien jurídico correlativo, para considerar protegido el derecho fundamental con toda sus complejidades. De allí que se produzca la grave omisión de la consideración de los tipos de tortura, ejecuciones sumarias extrajudiciales y detenciones ilegales practicadas por funcionario público en general. Por eso, hubiera sido preferible un Título especial que congrege todos los comportamientos lesivos a los derechos humanos, contemplando dichos delitos de acuerdo a sus peculiares características. Con ello, también, se reforzaría la protección de estos derechos, en momentos en que existe la necesidad social de su mayor defensa.