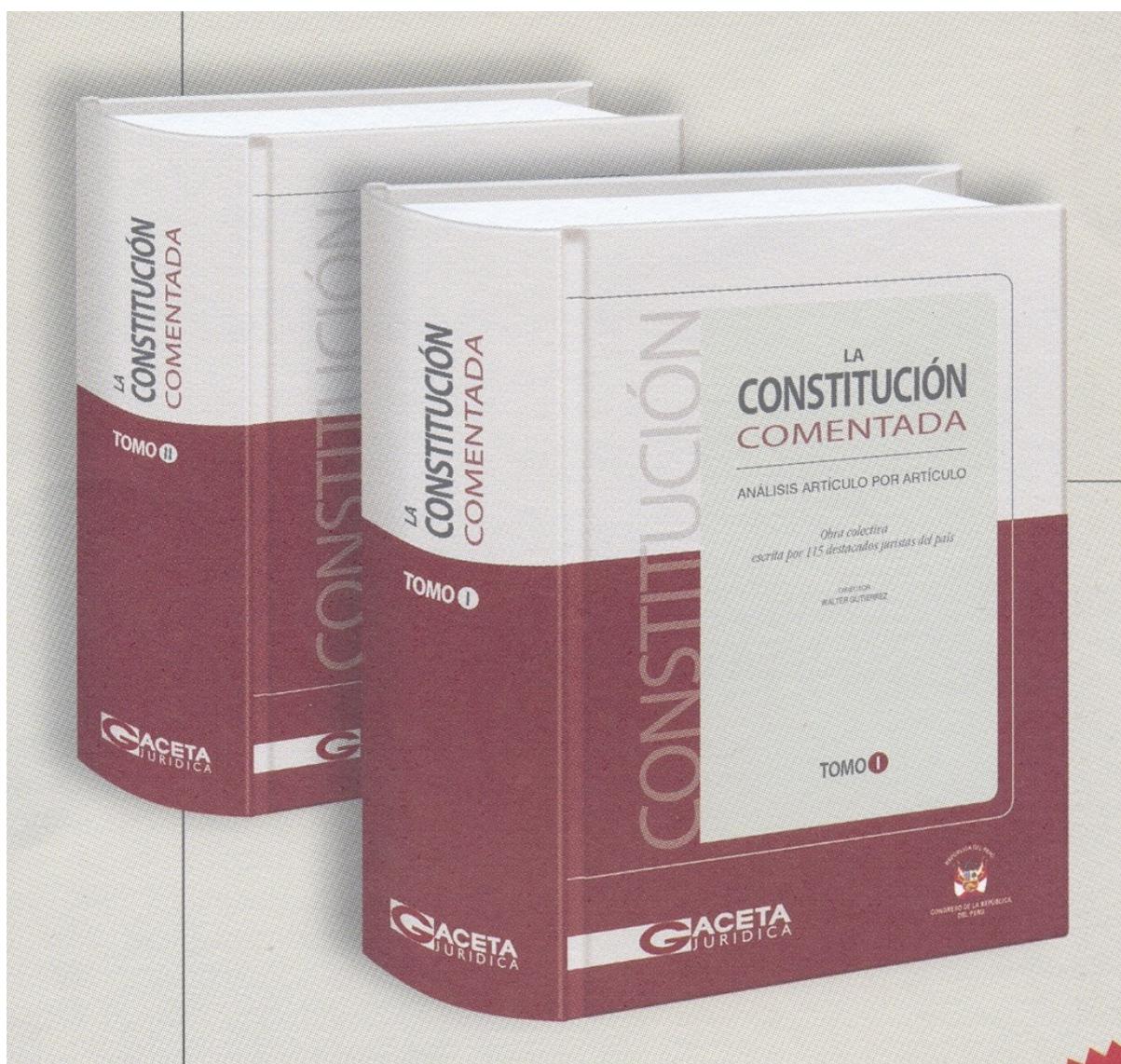


LA
CONSTITUCION
COMENTADA



El derecho a no ser incomunicado

Artículo 2

Toda persona tiene derecho:

(...) 24. A la libertad y a la seguridad personales. En consecuencia:

(...) g) Nadie puede ser incomunicado sino en caso indispensable para el esclarecimiento de un delito, y en la forma y por el tiempo previstos por la ley.

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

CONCORDANCIAS:

C.: arts. 2 incs. 24.b), f), 139 inc. 15), 200 inc. 1);

C.P.Ct.: art. 25 inc. 11);

C. de P.P.: art. 133;

D.U.D.H.: art. 9;

P.I.D.C.P.: art. 9; e.

A.D.H.: arts. 7, 8

Susana Castañeda Otsu

1. El derecho fundamental a la libertad y seguridad personal

Consagrada la libertad personal desde 1791 en las Constituciones de Francia y Estados Unidos de Norteamérica, el proceso de incorporación continuó conforme el constitucionalismo escrito iba expandiéndose, constituyendo un derecho fundamental consagrado en todas las Constituciones modernas. A partir de 1948 fue proclamada también en la Declaración Universal de Derechos Humanos; y en 1966 con carácter vinculante para los Estados, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Constituye un derecho básico, a tal punto que entre los primeros derechos que enuncia la Declaración Universal de Derechos Humanos se encuentran la vida, la libertad y la seguridad de su persona. En el Pacto ya mencionado, primero se enuncia el derecho a la vida, luego el derecho a no ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes, en tercer lugar el derecho a no ser sometido a esclavitud ni servidumbre y en cuarto lugar el derecho a la libertad y a la seguridad personal³⁸⁰. Un lugar prioritario lo ocupa también en los tratados del ámbito regional: el artículo 5 de la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades

³⁸⁰ Ver artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que en el primer inciso consagra el derecho a la libertad y seguridad personal; y en los cuatro incisos siguientes establece derechos para la persona privada de libertad: ser informada de la acusación formulada en su contra; derecho a ser puesta a disposición de la persona autorizada que ejerce funciones judiciales y a ser juzgada dentro de un plazo razonable; derecho de que un tribunal decida sobre la legalidad de su prisión y ordene su libertad si la prisión fuere ilegal; y derecho a obtener reparación por la detención ilegal.

Fundamentales; y el artículo 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos³⁸¹.

Estrechamente vinculada a la libertad y seguridad personal, aunque no se mencione explícitamente en los referidos tratados, aparece el derecho a no ser incomunicado, que es la medida más grave luego de decretada la detención preliminar. En diversas constituciones se ha articulado mecanismos de defensa de la libertad y seguridad personal, los que se hacen extensivos a la incomunicación. En el caso peruano, desde 1879 se introdujo el hábeas corpus como el mecanismo específico de su tutela, el que se articula en defensa del derecho a no ser incomunicado, dada su estrecha conexión con la libertad personal.

En cuanto a la incomunicación, en los códigos procesales penales modernos se establece que es una medida excepcional, muy provisional, que se decreta y cumple bajo estricto control judicial, debiendo primar para su medida el criterio de la gravedad del delito imputado al detenido, en base al principio de proporcionalidad. En nuestro país, a la fecha se encuentra regulada por el Código de Procedimientos Penales de 1940, disposición que ha sido interpretada por el Tribunal Constitucional, otorgándole un contenido garantista, al vinculado estrechamente con el derecho de defensa.

El presente comentario está destinado al análisis del derecho a no ser incomunicado, que además se vincula con el derecho a no ser sometido a tratos crueles, inhumanos y degradantes; y con el de trato digno, de persona humana; y en última instancia con el derecho a la vida.

2. El derecho a no ser incomunicado en el ordenamiento jurídico peruano

La incomunicación, en esencia, supone un régimen de excepción de la detención judicial. "... es una medida coercitiva de naturaleza personal, por la cual se impide a la persona detenida por mandato judicial se comunique, sea por escrito o verbalmente con terceras personas, cuando exista motivo fundado de entorpecimiento de la actividad investigadora del delito"³⁸².

Constituye una medida excepcional, como ya se ha dicho, provisional, orientada a la necesidad de esclarecer adecuadamente la imputación. De acuerdo al principio de proporcionalidad se decretará tratándose de delitos graves, y siempre que sea necesario evitar que el detenido pueda comunicarse con el mundo exterior y perturbe la actividad probatoria.

³⁸¹ Regulado en términos similares al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Politicos (PIDCyP).

Se adiciona el derecho a no ser detenido por deudas, salvo los mandatos de autoridad judicial competente por incumplimiento de deberes alimentarios; y en cuanto al derecho de que un tribunal decida sobre la legalidad de la prisión y ordene la libertad de una persona si esta fuere ilegal, se garantiza de que en los Estados Partes cuyas leyes prevén el recurso que permite acceder al juez, no puede ser restringido ni abolido. Se precisa que el PIDCyP, en el artículo 11 establece: "Nadie será encarcelado por el solo hecho de no poder cumplir una obligación contractual".

³⁸² SÁNCHEZ VELARDE, Pablo. Manual de Derecho Procesal Penal. Idemsa, Lima, 2004, p. 771

En nuestro país la regulación del derecho a no ser incomunicado adquiere rango constitucional en 1979, pues la Norma Fundamental en su artículo 2 inciso 20 i) establecía en el artículo referido a la libertad y seguridad personales, que: "Nadie puede ser incomunicado sino en caso indispensable para el esclarecimiento de un delito y en la forma y el tiempo previstos por la ley. La autoridad está obligada a señalar sin dilación el lugar donde se halla la persona detenida, bajo responsabilidad." Con redacción similar es acogido en la vigente Constitución en el artículo 2 inciso 24 g); pero la redacción actual añade algo muy importante: el lugar donde se halla la persona detenida tiene que ser expresado por escrito. Exigencia positiva que encuentra explicación en los casos que lamentablemente hemos afrontado sobre los detenidos desaparecidos.

La incomunicación, según la Constitución, será regulada mediante ley. Mientras no entre en vigencia el Código Procesal Penal promulgado mediante Decreto Legislativo N° 957 publicado el 29 de julio de 2004³⁸³, lo relativo a este derecho del detenido sigue rigiéndose por lo dispuesto en el artículo 133 del Código de Procedimientos Penales, que establece lo siguiente: a) Es una medida que dicta el juez instructor; b) Solo se dicta cuando fuere indispensable para los fines investigatorios, lo que puede ocurrir después de prestada la instructiva; c) Es una medida de carácter temporal, ya que no puede prolongarse por más de 10 días; d) La incomunicación no impide las conferencias entre el inculpado y su defensor, en presencia del juez instructor, quien podrá denegadas si las juzga inconvenientes; y e) El juez debe dar cuenta de la medida dispuesta al Tribunal Correccional, expresando las razones que haya tenido para ordenada.

Como quiera que el Código de Procedimientos Penales es de 1940, la terminología a la fecha, luego de promulgada la Ley Orgánica del Poder Judicial y disposiciones conexas, en relación a los órganos jurisdiccionales, es juez en lo penal y Sala Penal Superior.

La norma en mención, pese a que han transcurrido 65 años, resultó en su momento avanzada, pues estableció el control judicial del detenido incomunicado, y dispuso que el juez exprese las razones que lo motivaron a decretar una medida tan grave y de carácter excepcional, con lo cual se garantiza la interdicción de la arbitrariedad, pues el juez debe decretada solo cuando existan motivos lo suficientemente graves que ameriten su imposición.

La norma procesal penal vigente debe ser interpretada de conformidad con lo resuelto por nuestro Tribunal Constitucional en la acción de inconstitucionalidad interpuesta por más de cinco mil ciudadanos contra el Decreto Ley N° 25475 Y otros tres decretos leyes más que formaban parte de la legislación antiterrorista³⁸⁴. En dicho fallo, el órgano constitucional autónomo sigue la tesis

³⁸³ La Primera Disposición Final establece las reglas de vigencia del Código Procesal Penal. Entrará en vigencia progresivamente en los diferentes distritos judiciales; eli de febrero de 2006 se pondrá en vigencia en el distrito judicial designado por la Comisión Especial de Implementación que al efecto creará el decreto legislativo correspondiente. Se ha considerado a Lima como el último distrito judicial en que culmine la aplicación progresiva del Código.

³⁸⁴ Recaída en el Expediente N° 010-2002, sentencia de! 3 de enero de 2003.

de que este derecho al igual que varios de los consagrados en la Constitución, no es un derecho absoluto, sino que es susceptible de ser limitado, conforme lo precisa el artículo 2 inciso 24 g).

Confirma su excepcionalidad, limitada a los casos indispensables, y siempre que con ello se persiga el esclarecimiento de un delito, considerado como muy grave, estableciendo que cuando la Norma Fundamental alude a la existencia de un 'caso indispensable', exige la presencia de una razón objetiva y razonable que la justifique.

Asimismo, deja establecido que si bien el artículo 2 inciso 24 g) no indica expresamente la autoridad responsable que debe decretar la incomunicación, entiende que ella debe ser efectuada necesariamente por el juez penal, en tanto se trata de una medida limitativa de un derecho fundamental. No obstante esta precisión, como ya se ha dicho, desde 1940 es el juez penal quien la decreta.

Sin embargo, lo más importante del fallo es que el Tribunal Constitucional concluye que la incomunicación de un detenido por el delito de terrorismo no afecta el derecho de defensa, si se garantiza la participación del abogado defensor en las investigaciones policiales y la entrevista con su patrocinado, la que no podrá limitarse, aun cuando se hubiera dispuesto la incomunicación del detenido.

De este modo cobra vigencia lo dispuesto en el artículo 139 inciso 14 de la Constitución vigente³⁸⁵.

El nuevo Código Procesal Penal, en el Título II dedicado a la Detención, en el artículo 265 regula la denominada detención preliminar incomunicada, estableciendo supuestos expresos para decretada:

a) Será solicitada por el fiscal al juez de la investigación preparatoria. Este supuesto es lógica consecuencia del nuevo rol que debe asumir el fiscal provincial en lo penal, el que dirige y conduce la investigación preparatoria, en la cual la Policía Nacional se constituye en órgano auxiliar para los efectos que practique actos de investigación cuando así este lo determine o cuando resulten de la propia naturaleza de los actos violentos.

b) Procede solo para las personas implicadas en la comisión de los delitos de terrorismo, espionaje y tráfico ilícito de drogas, o por un delito sancionado con pena superior a los seis años; siempre que resulte indispensable para el esclarecimiento de los hechos investigados. Recuérdese que según el artículo 2 inc. 24 f) de la Constitución Política(7), en esta clase de delitos denominados "exceptuados", el plazo máximo de la detención administrativa o preliminar es

³⁸⁵ Artículo 139.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional: inc. 14. El principio de no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso. Toda persona será informada inmediatamente y por escrito de la causa o las razones de su detención. Tiene derecho a comunicarse personalmente con un defensor de su elección y a ser asesorada por este desde que es citada o detenida por cualquier autoridad.

de quince días naturales, debiendo la Policía dar cuenta al Ministerio Público y al juez, quien puede asumir jurisdicción antes de vencido dicho término.

c) El plazo de incomunicación no será mayor de diez días, siempre que no exceda el de la duración de la detención. Se dispone que el juez, ante el pedido del fiscal provincial, se pronuncie inmediatamente y sin trámite alguno sobre la misma, mediante resolución motivada.

d) La incomunicación no impide las conferencias en privado entre el abogado defensor y el detenido, las que no requieren autorización previa ni podrán ser prohibidas.

Un aspecto negativo es que pese a ésta-disposición constitucional, en realidad no existe un desarrollo legislativo adecuado, y en tal sentido Poder Legislativo no ha articulado adecuados controles que eviten las arbitrariedades que se pueden cometer en un plazo de detención preliminar tan amplio. Al respecto, ver: REMOTII CARBONELL, José Carlos. Constitución y medidas contra el terrorismo. N° 2 de la colección "Constitución y Derechos Humanos", dirigida por CASTAÑEDA OTSU, Susana. Jurista Editores, Lima, 2005.

3. El derecho a no ser incomunicado en la normativa internacional. Pronunciamientos de los órganos supranacionales de protección de los derechos humanos

Ni el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ni la Convención Americana sobre Derechos Humanos contiene una norma específica sobre el derecho a no ser incomunicado, pero este aparente silencio no implica que los órganos supranacionales no se hayan pronunciado al respecto, dada la conexión evidente con el derecho de defensa y el trato digno que se merece toda persona.

En efecto, el artículo 8 inciso 2 d) de la citada Convención --conocida además como Pacto de San José- consagra el derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con este. En igual sentido, el artículo 14 inciso 3 b) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, establece como una garantía mínima del imputado: "Disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección."

Tanto el Comité de Derechos Humanos, como la Comisión y Corte Interamericana de Derechos Humanos, establecidos en los tratados antes mencionados como los órganos que velan por el cumplimiento por parte de los Estados de los derechos consagrados en ellos; han establecido que la incomunicación viola el derecho de defensa y también el derecho del privado de libertad a ser tratado humanamente y con el respeto debido a su dignidad, previsto en el artículo 10 del Pacto. Así, en la Comunicación N° 43/1979 el Comité observa que". .. mantener a un detenido incomunicado durante 6

semanas después de su detención no solo es incompatible con la norma del trato humano que figura en el párrafo 1 del artículo 10 del Pacto, sino que se le priva en un momento crítico de la posibilidad de comunicarse con un defensor de su elección, tal como prescribe el apartado b del párrafo 3 del artículo 14, por lo tanto, de uno de los elementos más importantes para preparar su defensa (...).³⁸⁶.

En igual sentido se pronunció en la Comunicación N° 49/1979, contra el Estado de Madagascar, en la que concluye". Se ha violado el artículo 7 y el párrafo 1 del artículo 10, por las condiciones inhumanas en que Dave Marías, hijo, ha sido mantenido preso e incomunicado(...) y de los apartados b y d del párrafo 3 del artículo 14, porque se le negó la posibilidad de comunicarse con su abogado, Sr. Hamel, y porque las autoridades malgaches han obstaculizado el ejercicio de su derecho a ser asistido por un defensor que lo represente y prepare su defensa"³⁸⁷.

Los dos pronunciamientos fueron efectuados al amparo del artículo 2 del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos³⁸⁸; sin embargo, en su tarea interpretativa este órgano supranacional de protección de los derechos humanos, en el Comentario General N° 13 establece lo siguiente: "Además, este inciso (el párrafo 3, b) del artículo 14 exige que el defensor se comunique con el acusado en condiciones que garanticen plenamente el carácter confidencial de sus comunicaciones. Los abogados deben poder asesorar y representar a sus clientes de conformidad con su criterio y normas profesionales establecidas, sin ninguna restricción, influencia, presión o ingerencia indebida de ninguna parte"³⁸⁹.

En el ámbito regional interamericano, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos también se ha pronunciado, estableciendo que la prolongada incomunicación es una medida no contemplada como pena por la ley, y por lo tanto, nada justifica su frecuente aplicación. Que esta medida no solo afecta seriamente el estado mental de las personas detenidas, sino que importa, además, proyectar el castigo contra los miembros de sus familias, quienes no

³⁸⁶ Comunicación N° 43/1979, Ivonne Ibarburtu de Drescher contra el Estado de Uruguay, de 11 de enero de 1979. Selección de Decisiones del Comité de Derechos Humanos adoptadas con arreglo al Protocolo Facultativo, Volumen 2. Naciones Unidas, Nueva York, 1992. pp. 87 a 89.

³⁸⁷ Comunicación N° 49/1979, del señor y señora Marías en nombre de su hijo Dave Marías de fecha 19 de abril de 1979, contra el Estado de Madagascar. *Ibidem*, pp. 90 a 94. Dave Marías viajaba como pasajero, de un avión fletado, en ruta a Mauricio y efectuó un aterrizaje de emergencia en Madagascar. El y sus acompañantes fueron sentenciados a 5 años de cárcel y a una multa por sobrevolar el país sin autorización. Trató de escapar, por lo que fue condenado a dos años más, fue trasladado a prisión e internado en una celda de 1 por 2 metros, en el sótano de la cárcel de la policía política donde fue mantenido incomunicado por 18 meses, salvo dos breves traslados para los trámites judiciales.

³⁸⁸ Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su Resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Este artículo legitima a toda persona a que alegue una violación de cualquiera de los derechos consagrados en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y que haya agotado todos los recursos internos disponibles a someter a la consideración del Comité una comunicación escrita.

³⁸⁹

reciben ninguna clase de explicaciones y no saben la situación del detenido incomunicado.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el Caso Suárez Rosero, estableció que la incomunicación es una medida de carácter excepcional que tiene como propósito impedir que se entorpezca la investigación de los hechos. Dicho aislamiento debe estar limitado al período de tiempo determinado expresamente por la ley. Aun en ese caso el Estado está obligado a asegurar al detenido el ejercicio de las garantías mínimas e inderogables establecidas en la Convención y, concretamente, el derecho a cuestionar la legalidad de la detención y la garantía del acceso, durante su aislamiento, a una defensa efectiva³⁹⁰.

En el Caso Castillo Petrucci la Corte también estableció que el "(...) aislamiento prolongado y la incomunicación coactiva, son por sí mismos, tratamientos crueles e inhumanos, lesivos de la integridad psíquica y moral de la persona y del derecho al respeto de la dignidad inherente al ser humano... La incomunicación ha sido concebida como un instrumento excepcional por los graves efectos que tiene sobre el detenido, pues el aislamiento del mundo exterior produce en cualquier persona sufrimientos morales y perturbaciones psíquicas, la coloca en una situación de particular vulnerabilidad y acrecienta el riesgo de agresión y arbitrariedad en las cárceles"³⁹¹.

4. Conclusión

Como se advierte, hay un especial cuidado en rodear de mayores garantías al detenido incomunicado, lo cual es correcto si se tiene en cuenta que es la forma más agravada de la detención, y en la cual, lamentablemente, ocurren mayores afectaciones a los derechos fundamentales, como la desaparición de personas, considerado un crimen de lesa humanidad³⁹².

DOCTRINA

O'DONNELL, Daniel. Protección internacional de los derechos humanos. Comisión Andina de Juristas, Lima, 1989; REMOTTI CARBONELL, José Carlos. Constitución y medidas contra el terrorismo, N° 2 de la colección "Constitución y Derechos Humanos", Jurista Editores, Lima, 2005; SÁNCHEZ VELARDE, Pablo. Manual de Derecho Procesal Penal. Idemsa, Lima, 2004.

³⁹⁰ Caso Suárez Rosero contra Ecuador. Sentencia sobre el fondo, del 12 de noviembre de 1997, fundamento SI

³⁹¹ Caso Castillo Pettuzzi contra Perú. Sentencia sobre el fondo, del 30 de mayo de 1999, fundamentos 194y195.

³⁹² Al respecto, ver la interesante sentencia recaída en el Expediente N° 2488-2004 que introdujo en el país el hábeas corpus instructivo, en el cual, el juez constitucional "(...) a partir de sus indagaciones sobre el paradero del detenido desaparecido, busca identificar a los responsables de la violación constitucional, para su posterior proceso y sanción penal en la vía ordinaria". Sentencia del 18 de marzo de 2004.