

CORTE INT DERECHOS HUMANOS



02/08/99 17:43 :01/01 NO:537



**CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS**  
**COUR INTERAMERICAINE DES DROITS DE L'HOMME**  
**CÔRTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS**  
**INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS**

SECRETARIA DE LA CORTE

San José, 8 de febrero de 1999  
 REF.: CDH-11.319/213

SG/MAC/HR

99 FEB -9 AM 9:02

RECEIVED

Señores delegados:

Tengo el agrado de dirigirles la presente con el propósito de comunicarles que el día de hoy se les ha enviado, vía courier, copia de la transcripción de la audiencia pública, celebrada en la sede de la Corte Interamericana de Derechos Humanos el día 25 de noviembre de 1998, sobre el fondo en el caso Castillo Petruzzi y otros.

De conformidad con el artículo 42.2 del Reglamento de la Corte, el Presidente, Juez Hernán Salgado Pesantes, ha otorgado plazo hasta el 22 de febrero del presente año para que los comparecientes corrijan los errores materiales en la transcripción de sus intervenciones.

Asimismo, se le informa que se ha concedido plazo, tanto al Ilustrado Gobierno del Perú como a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, hasta el 8 de marzo de 1999 para que presenten por escrito sus alegatos finales.

Aprovecho la oportunidad para reiterar a los señores delegados las muestras de mi consideración más distinguida.

Manuel E. Ventura Robles  
 Secretario

Señores

Oscar Luján Fappiano, Carlos Ayala Corao y  
 Claudio Grossman, delegados  
 Comisión Interamericana de  
 Derechos Humanos  
 Washington, D. C.

000554

ALEGA DE BIEN PROBADO.

Honorable Corte:

Oscar Luján Fappiano, Delegado de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos por la representación que tengo acreditada en el caso: Castillo Petruzzi y otros contra el Estado del Perú, a la Honorable Corte Interamericana de Derechos Humanos, alegando de bien probado, me presento y respetuosamente digo:

1

Que, con carácter previo a la consideración de los hechos del caso analizados a la luz de las pruebas producidas, la Comisión estima conveniente verter algunas palabras previas relativas al marco teórico jurídico que lo rodea que, a su juicio, lo constituyen el principio de legalidad, su incidencia en la regulación normativa del proceso penal y el principio de igualdad ante la ley.

A) El principio de legalidad. Este principio es la piedra basal del estado de derecho y principio estructural del derecho penal. Al entroncar con los principios de certeza y de seguridad jurídica, se despliega en una serie de principios que le sirven de complemento: 1) de la garantía criminal, 2) de la garantía penal, 3) de la garantía jurisdiccional, 4) de la ejecución penal, 5) de irretroactividad y prohibición de la irretroactividad desfavorable, 6) de prohibición de la analogía, 7) de reserva de ley y de ley orgánica, 8) de la proporcionalidad o conmensurabilidad de la pena<sup>1</sup>, 9) de prohibición de la creación judicial del derecho, 10) de la no indeterminación de la ley<sup>2</sup>, 11) de la reforma peyorativa de la sentencia o *reformatio in peius*, etc.

A.1) El estado de derecho asume con exclusividad la determinación del derecho penal en general y su aplicación en el caso concreto, de modo que no existe delito fuera de lo que el Estado concibe como tal, ni imposición de penas por los particulares.

A.2) El derecho penal no puede ya aplicarse, dentro del Estado, por órganos distintos de los jurisdiccionales, que son los únicos que actúan la ley penal. Los órganos legislativos y administrativos no pueden ni declarar la existencia de un delito ni imponer penas.

Por consiguiente, es garantía esencial del estado de derecho que el derecho penal y su consecuencia, la pena, solo puede ser aplicada por los órganos jurisdiccionales. La actuación del derecho penal es

<sup>1</sup> Este principio debe ser entendido como la exigencia de adecuar la sanción penal realmente a la gravedad del hecho tipificado que se ha cometido, sin olvidar la personalidad y circunstancias de su autor. Ver: TCEspaña, 62/1982, de 15 de octubre y 65/1986, de 22 de mayo, entre otras y Del Rosal-Vives: *ADerecho Penal. Parte General*. 3a. de., Tirant Lo Blanch, Valencia, 1991, págs. 69 a 73 y Muñoz Conde: *Introducción al Derecho Penal*. Bosch, Barcelona, 1975, págs. 59 a 98.

<sup>2</sup> La Comisión entiende que este principio ha sido aplicado por la Corte en el caso Loayza Tamayo al establecer que los decretos leyes 25.4745 y 25.659 se refieren a conductas *no estrictamente delimitadas*. Sentencia del 17 de setiembre de 1997, párr. 68. Por la interacción que media entre derecho interno y derecho internacional de los derechos humanos, resulta del caso traer a colación la sentencia del 14 de octubre de 1997 de la Corte Suprema de Justicia de Venezuela en pleno que estableció, inter alia, que el principio de legalidad *des conocido como nullum crimen nulla poena sine lege praevia, scripta et stricta. Podría argumentarse que las figuras o categorías existentes fueron establecidas a través de esta ley, pero a ello debe redargüirse, que, a los efectos de conformar el principio de legalidad, se exige además el principio de ley cierta, concreta o determinada (...)* (Gaceta Oficial de la República de Venezuela, de lunes 10 de noviembre de 1997, pág. 302.029 y sgtes., especialmente, pág. 302.034). A su turno, el TCEspañol -219/1989 (2)- tiene establecido: *(...) supone la imperiosa necesidad de predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes mediante preceptos jurídicos que permitan predecir, con suficiente grado de certeza, las conductas que constituyen una infracción y las penas o sanciones aplicables*. No cualquier ley cumple con el principio, sino aquella que establezca tipos penales estrictamente determinados. El principio de legalidad estricta *Benseña Ferrajoli* ha sido reafirmado solemnemente tras la segunda guerra mundial y es *Ala garantía estructural que diferencia al derecho penal en el estado >de derecho= del derecho penal en los estados simplemente >legales=, en los que el legislador es omnipotente y por tanto son válidas todas las leyes vigentes sin ningún límite sustancial a la primacía de la ley. Y es esta diferencia la que marca hoy el criterio de distinción entre garantismo y autoritarismo penal, entre formalismo y sustancialismo jurídico, entre derecho penal mínimo y derecho penal máximo.* (Y) La ley (Y) si bien es *exigida* en cualquier caso para la configuración del delito en virtud del primer principio, *exige* a su vez, en virtud del segundo, una técnica legislativa específica para la válida configuración legal de los elementos constitutivos del delito (Y). Ferrajoli: *ADerecho y Razón*, ed. Trotta, Madrid, 1997. Págs. 379; 380 y 385

monopolio del Estado y, dentro de éste, es monopolio de los tribunales<sup>3</sup>.

A.3) Pero, si bien el derecho penal se aplica por los tribunales, éstos no pueden imponer penas de cualquier manera, sino utilizando, necesariamente, el proceso penal establecido al efecto; vale decir, queda prohibido toda aplicación del derecho penal sin la garantía del proceso.

A.4) La garantía jurisdiccional. Los desarrollos precedentes arrojan como resultado la garantía jurisdiccional -componente del principio de legalidad- que se articula en cuatro garantías: 1) criminal, o *nullum crimen sine lege*, 2) penal, o *nulla poena sine lege*, 3) jurisdiccional, o *nemo damnatur nisi per legale iudicium* y 4) de ejecución, o las penas se ejecutan en el modo previsto en la ley (*nulla poena sine executione*)<sup>4</sup>.

Consecuentemente, delito, proceso y pena son términos correlativos no existiendo uno sin los otros.

A.5) La necesidad del proceso hace que las admisiones de los hechos efectuadas por las partes no pueden servir para determinar la existencia de los hechos mismos, de modo que quede vinculado el juzgador a tenerlos por existentes, porque, con ello, se estaría, en puridad de verdad, disponiendo de la pena. Serían las partes y no el juez, quienes aplicarían la ley penal.

B) El procedimiento preliminar (actividad preparatoria pública). Lleva por finalidad preparar el juicio y evitar juicios inútiles; por lo que debe quedar en claro que en él no se realiza actividad probatoria en sentido estricto; vale decir, actividad que pueda servir de fundamento para la decisión que debe pronunciarse en la sentencia. La actividad preliminar debe preparar la segunda fase, o verdadero juicio, y a dos niveles: 1) debe proporcionar a las partes las fuentes de prueba en las que han de basar su posterior acusación y defensa y proponer medios de prueba que han de producirse en la fase de juicio y 2) los actos de investigación han de servir para establecer si la segunda fase es realmente posible; es decir, si concurren suficientes elementos para que una persona llegue a ser sometida a verdadero juicio.

En cualquier caso, lo que importa es advertir que una cosa son los actos de investigación, propios de la fase preliminar, y otra los actos de prueba, exclusivos de la segunda, y que la sentencia solo puede dictarse con base en estos últimos.

Si bien el procedimiento preliminar no puede dejar de ser escrito, por razones obvias, la etapa de juicio es oral y pública por imperio de las normas de derechos fundamentales adoptadas por todos los países civilizados (Declaración Universal, 10 y 11.1, Pacto Internacional de Naciones Unidas, arts. 14.1 y 14.2, Declaración Americana, art. XXVI, etc.).

De acuerdo con tales disposiciones el proceso penal tiene que realizarse públicamente, con asistencia del público en general y, en especial, de los medios de comunicación social. La publicidad solo es posible si el proceso se realiza en acto concentrado y oral.

El *ser oída públicamente* o el *hallarse presente en el proceso* solo tiene sentido si se parte de un proceso oral; es decir, de la existencia de una audiencia concentrada en el tiempo y en la que se practican los medios de prueba, con base en los cuales se formará la convicción del juzgador, con independencia de los actos de investigación que se hubieren realizado en la fase preliminar.

En los textos citados se está partiendo del derecho de toda persona acusada de delito a ser juzgada delante del público y por medio de actos de los que todos pueden llegar a tener perfecto conocimiento, lo que solo puede suceder realmente si estos actos son orales.

Decir juicio oral es decir, también, juicio concentrado y con inmediación, lo que lleva necesariamente a que todo lo que pueda influir en la decisión judicial tiene que haberse practicado en presencia judicial, de modo que la decisión no puede atender sino a las alegaciones o a las pruebas hechas o practicadas ante el juez de sentencia y en audiencia pública. El procedimiento preliminar sirve para preparar el juicio oral, pero no puede servir para basar en él la sentencia.

<sup>3</sup> Montero Aroca: *Introducción al Derecho Procesal*, 2a. ed., Tecnos, Madrid, 1976, pág. 217.

<sup>4</sup> Gómez Colomer: *Constitución y Proceso Penal*, de Tecnos, Madrid, 1996, págs. 65 a 70.

C) Los principios relativos al titular de la jurisdicción. El juez que ha realizado la primera fase del proceso penal no puede, por consiguiente, ser el juez que decide la segunda fase, de modo que existe incompatibilidad entre instruir y juzgar.

Si quien instruye no puede juzgar: 1) no puede haber proceso si no hay acusación y ésta debe ser formulada por persona distinta de quien ha de juzgar, 2) no puede condenarse ni por hechos distintos de los acusados ni a persona distinta de la acusada.

D) Los principios relativos a la acción. La apertura del juicio oral solo puede decretarse si existe alguien ajeno al juzgador que sostenga la acusación, lo que supone instar la continuación del proceso, definiendo el objeto del mismo.

Decretada la apertura del juicio oral por el órgano jurisdiccional la delimitación del objeto del mismo queda en manos de los acusadores, sin que el tribunal sentenciador pueda aportar hechos al proceso, pues ello supone convertirlo en acusador.

La correlación entre acusación y sentencia atiende al principio de contradicción: el juez no podrá expedirse sobre lo no pedido si las partes no han tenido oportunidad de alegar y probar.

E) La fundamentación jurídica. En el caso que el juzgador estime aplicable una calificación jurídica distinta de la propuesta tanto por la acusación como por la defensa, deberá ofrecer a las partes la posibilidad de argumentar sobre la misma, dando así efectividad al derecho de defensa.

F) El objeto del proceso. Se delimita por los acusadores y vincula al tribunal el cual no puede ni condenar ni absolver por hecho distinto. Es inmutable, indivisible e indisponible.

G) El objeto del debate. El derecho de defensa en general y el derecho a ser informado de la acusación en particular, supone que el acusado tiene que tener conocimiento de todo lo que puede influir en la decisión judicial, tanto se trate de materiales de hecho como de derecho y, obviamente, también de la pena que contra él se pide, para que pueda alegar y probar en torno a los mismos: La plena efectividad de este derecho lleva a que los escritos de calificación provisional o acusación tengan que referirse a todos esos materiales, pues de lo contrario, se colocaría al acusado en situación de indefensión.

H) El derecho de defensa. Se concibe como un derecho de rango fundamental que consiste, básicamente, en la necesidad de que las partes sean oídas, en el sentido de que puedan alegar y probar para conformar la resolución judicial y de que conozcan y puedan rebatir todos los materiales de hecho y de derecho que puedan influir en la resolución judicial.

Su contenido esencial se refiere a la necesidad de ser oído, lo cual exige la presencia del acusado en el juicio oral o debate.

El ser oído no supone solamente la posibilidad de argumentar, sino que comprende los dos elementos básicos de todo proceso: de alegar y probar y de conocer todos los materiales de hecho y de derecho que puedan influir en la resolución judicial.

I) Valoración de la prueba. El juez debe expresar siempre en la sentencia la relación existente entre cada uno de los hechos que se estiman probados y el medio de prueba del que se ha desprendido la convicción judicial<sup>5</sup>.

J) El principio de igualdad. Esta Honorable Corte tiene establecido que: *«Está más allá de toda duda que el Estado tiene el derecho y el deber de garantizar su propia seguridad. Tampoco puede discutirse que toda sociedad padece por las infracciones a su orden jurídico. Pero, por graves que puedan ser ciertas acciones y por culpables que puedan ser los reos de determinados delitos, no cabe admitir que el poder pueda ejercerse sin límite alguno o que el Estado pueda valerse de cualquier procedimiento para alcanzar sus objetivos, sin sujeción al derecho o a la moral. Ninguna actividad del Estado puede fundarse sobre el desprecio a la dignidad humana»*<sup>6</sup>.

<sup>5</sup> Para la valoración de la prueba en el proceso penal: ver, caso Godínez Cruz, sentencia de 20 de enero de 1989, párr. 134.

<sup>6</sup> Caso Velásquez Rodríguez, sentencia de 29 de julio de 1988, párr. 154.

A su turno, su par el Tribunal Europeo sostuvo que: *A(...) en opinión de del Tribunal el propósito del artículo 17, en la medida en que se refiere a grupos o individuos, es hacer imposible para los mismos la extracción del Convenio de un derecho a comprometerse o a tomar parte en actos destinados a la destrucción, o que de cualquier manera perjudiquen los derechos y libertades recogidos en el Convenio; que consiguientemente nadie está facultado para favorecerse de las disposiciones del Convenio, en orden a realizar actos destinados a destruir los antedichos derechos y libertades; considerando que esta disposición, que tiene una visión negativa, no puede ser interpretada a contrario en el sentido de desposeer a las personas físicas de los derechos fundamentales de carácter individual garantizados en los artículos. 5 y 6 del Convenio (...)*<sup>7</sup>

## II

Suficiente le resultaría a la Comisión para llenar su cometido de alegar de bien probado, con remitirse a lo sentado por la Honorable Corte en el caso Loayza Tamayo donde, analizando el tipo de proceso a que son sometidos los acusados de los delitos de terrorismo o de traición a la patria, sostuvo que *estos procesos no alcanzan los estándares de un juicio justo*<sup>8</sup>. Y si esto lo dijo con relación a procesos que se apuran ante el fuero común, con mayor razón su tesis es aplicable al que se dirime ante el fuero privativo militar, dadas las características más restrictivas todavía de este último y cuyos jueces son funcionarios administrativos -de la administración militar, pero administración al fin- dependientes del Poder Ejecutivo.

Como, igualmente, recordar su pacífico criterio en el sentido que estos tribunales militares, por la dependencia de sus miembros con el poder ejecutivo a través de uno de sus órganos ministeriales, no se compadecen con el requisito de independencia que fija el art. 8.1 de la Convención como condición indispensable del debido proceso; doctrina de viejo de la Comisión cuya filosofía dice relación con similar postura del Tribunal Europeo para quien *solo merece el nombre de Tribunal un órgano que responde a una serie de otras exigencias -independencia con respecto al ejecutivo y a las partes encausadas, duración del mandato de sus miembros, garantías ofrecidas por el procedimiento- de las cuales varias figuran en el texto mismo del artículo 6.1 (...)*<sup>9</sup>.

Indudablemente que, encargadas las fuerzas armadas de combatir a los grupos armados irregulares media, en la especie, un interés público, o institucional, que conspira contra la imparcialidad del juez militar<sup>10</sup>.

Tampoco resulta superfluo añadir unos párrafos relativos a la noción de *Ajuez natural*. Este concepto implica algo más que el juez sea necesariamente preconstituido por la ley y no constituido *post factum* y de la prohibición de jueces extraordinarios o especiales, ya que, asimismo, impone la inderogabilidad y la indisponibilidad de las competencias; esto es, la reserva absoluta de ley y la no alterabilidad discrecional de las competencias judiciales<sup>11</sup>.

Precisamente, esto es cuanto ha sucedido en el presente caso, suceso reconocido expresamente por la representación del ilustrado gobierno del Perú durante la audiencia de recepción de pruebas. Efectivamente, el gobierno ha afirmado en tal oportunidad que la figura penal de *Atraición a la patria* es, en verdad, la forma agravada del delito de *Aterrorismo*; esto es, lisa y llanamente, *Aterrorismo agravado*. En consecuencia, la denominación dada *Brepito Atraición a la patria* lleva por única y exclusiva finalidad desplazar la competencia hacia el fuero privativo militar sustrayéndosela al juez natural. El *Anomen juris* empleado es el elemento encontrado para dar apariencia de legalidad a esta alteración discrecional, en el sentido de arbitraria, de la competencia judicial, pues no guarda relación alguna con la conducta delictual así denominada porque está claro que, si se la llamaba por su nombre *BAterrorismo agravado*- resultaba competente el fuero común u ordinario y no el militar. Y ésa no era la finalidad perseguida.

La Comisión tildó a este comportamiento del gobierno de *Afraude a la ley*. Esta adjetivación, así

<sup>7</sup> TEDH, caso Lawless, sentencia de 1 de julio de 1961, párr. 7. Fundamentos de Derecho.

<sup>8</sup> Sentencia de 17 de setiembre de 1997, párr. 68.

<sup>9</sup> TEDH, caso *Le Compte, Van Leuven y De Meyere*, sentencia de 28 de junio de 1981, párr. 55 y casos allí citados.

<sup>10</sup> Conf.: Ferrajoli: op. cit., pág. 582.

<sup>11</sup> Ver: Romboli: *All Giudice Naturale*, ed. Giuffré, Milano, 1981, págs. 10 a 11.

Pisani: *ALa Garanzia del Giudice Naturale nella Costituzione Italiana*, en *ARivista italiana di diritto e procedura penale*, 1961, págs. 416 a 417.

como otras que se utilizan en idéntico sentido, tales como razonabilidad, arbitrariedad, exceso, desviación o abuso de poder, constituyen los que ha dado en denominarse por la doctrina Principios jurídicos indeterminados y se erigen a guisa de valedores infranqueables por la actividad estatal limitativa de los derechos y libertades fundamentales, tanto internacional cuanto de derecho interno<sup>12</sup>.

Estos conceptos representan estándares axiológicos que pueden subsumirse en el de Razonabilidad de las leyes y se trata de un conjunto de principios al que deben ajustar su obrar tanto el juez, la administración y el legislador. Esta exigencia es una garantía constitucional de la libertad y una valoración vigente en todos los países constituidos sobre la ideología demoliberal<sup>13</sup>.

Es el medio general mediante el cual los tribunales pueden revisar la constitucionalidad de las leyes para que éstas no invadan la esfera de libertad garantizada por la constitución liberal al individuo. Es una fórmula clásica que apunta hacia los valores vigentes en una sociedad democrática. Toda ley que se dicta influye en algún grado en la libertad del individuo y le señala la valla de lo ilícito. La garantía del debido proceso no hace sino decirle al legislador: A Señor hasta aquí no está facultado para traer esa valla porque eso significa restringir demasiado la dosis de libertad jurídica que predica como esencia nuestra actual cosmovisión democrática<sup>14</sup>.

Ello no obstante, no puede pasar por alto el señalamiento de las violaciones que, en particular, se han cometido en el enjuiciamiento criminal que ahora la ocupa.

Para tal menester analizará separadamente las distintas fases del mismo, a saber: 1) La actuación de la policía administrativa, 2) La del juez militar instructor y 3) Las instancias militares superiores o de alzada. Y una característica dominante en todas ellas:

El secreto de las actuaciones. Del estudio de las constancias obrantes en el expediente abierto con motivo de la persecución penal incoada contra Castillo Petrucci y demás consortes de causa, surge que las actuaciones pertinentes se desarrollaron bajo total secreto.

Se llega a tal punto en esto que hasta el mismo Procurador Público del Estado -AP7025M01- se entera por los diarios, cuando, para la Convención, la publicidad del juicio es un derecho de todo acusado.

#### A). Actuación de la Policía Administrativa (DINCOTE).

##### A.1) Quid del atestado policial.

La presunción de inocencia ocasiona, en primer lugar, un desplazamiento de la carga de la prueba a las partes acusadoras a quienes incumbe exclusivamente (y nunca a la defensa) probar los hechos constitutivos de la pretensión penal<sup>16</sup> y, en segundo lugar, dicha actividad probatoria ha de ser suficiente para generar en el tribunal la evidencia de la existencia no solo de un hecho punible, sino también de la responsabilidad penal que en él tuvo el acusado<sup>17</sup>. Finalmente, tal actividad probatoria ha de sustentarse en auténticos actos de prueba obtenidos con estricto respeto a los derechos fundamentales y practicados en el juicio bajo la vigencia de los principios de igualdad, contradicción, inmediación y publicidad<sup>18</sup>.

El atestado policial tiene el genérico valor de denuncia, por lo que, en sí mismo, no se erige en un medio sino en un objeto de prueba. Por esta razón los hechos en él afirmados han de ser introducidos en el juicio oral a través de auténticos medios probatorios, como lo es la declaración del funcionario policial que intervino en el atestado, medio probatorio este último por el cual se ha de introducir necesariamente la declaración policial del detenido, pues nadie ha de ser condenado con el solo interrogatorio policial plasmado en el atestado<sup>19</sup>.

<sup>12</sup> Gordillo: (Y), III-13 y 14).

<sup>13</sup> Confr.: Linares (Y), p. 144; Aftalión, García Olano, Vilanova (Y), págs. 265 a 267.

<sup>14</sup> Aftalión, García Olano, Vilanova, op. cit. págs. 265 a 267.

<sup>15</sup> TEDH, casos Engel, sentencia de 8 de junio de 1976, párr. 89; Le Compte, Van Leuven y De Meyere, sentencia de 28 de junio de 1981, párrs. 59 y 61; Albert y Le Compte, sentencia de 10 de febrero de 1983, párrs. 34 y 35.

<sup>16</sup> SSTCEspaña 31/1981; 107/1983; 124/1983 y 17/1984.

<sup>17</sup> SSTCEspaña 141/1986; 150/1989; 134/1991 y 76/1993.

<sup>18</sup> SSTCEspaña 31/1981; 217/1989; 41/1991 y 118/1991.

<sup>19</sup> SSTCEspaña 47/1986; 80/1986; 161/1990 y 80/1991.

A la policía, más que realizar actos de prueba, lo que en verdad se le encomienda es a la averiguación del delito y el descubrimiento del delincuente; esto es, la realización de los actos de investigación pertinentes para acreditar el hecho punible y su autoría; vale decir, todas aquellas diligencias que se limiten a reflejar fielmente determinados actos o elementos fácticos de la realidad externa (croquis, fotografías, etc.).

Pero, que la policía esté obligada a custodiar las fuentes de prueba no significa que tales diligencias participen, en cualquier caso, de la naturaleza de los actos de prueba. Para que tales actos de investigación posean esta última naturaleza, se hace preciso que la policía haya de intervenir en ellos por estrictas razones de urgencia o de necesidad, pues no en vano la Policía actúa a prevención de la autoridad judicial. Una vez desaparecidas dichas razones de urgencia ha de ser el Juez de Instrucción quien, previo el cumplimiento de los requisitos de la instrucción preliminar (imposibilidad de reproducción en el momento del juicio oral, posibilidad de contradicción, para lo cual se le debe proveer de abogado al imputado y su introducción en el juicio oral), interroge a los testigos que manifiesten imposibilidad material de su comparecencia -presencia- a la llamada del juicio público (prueba sumarial anticipada), pueda dotar al acto de investigación policial del carácter jurisdiccional de acto probatorio, susceptible de poder fundamentar una sentencia de condena<sup>20</sup>

O sea, la prueba sumarial anticipada resulta apta para fundamentar una sentencia de condena siempre y cuando se observe el cumplimiento de determinados requisitos materiales (prueba de imposible reproducción en el momento del juicio público), subjetivos (la necesaria intervención del juez de Instrucción) y objetivos (la posibilidad de contradicción).

Nada de esto se ha respetado ni por la DINCOTE ni por el juez de instrucción militar ni por los tribunales de apelación del fuero militar. Con relación a la primera digase:

A.2) La Forma republicana de gobierno y la división de poderes. El proceso inquisitivo sigue vigente.

-- Depende del Poder Ejecutivo, por lo que su sola presencia en el proceso penal constituye una injerencia arbitraria en la actividad jurisdiccional, máxime si se tiene presente que, en la realidad de los hechos, se sustituye a la función jurisdiccional practicando, no ya el atestado, sino la instrucción sumarial, sirviendo su actuación de base -única base- a la sentencia.

En efecto, toda la actividad que ha desplegado -detenciones de personas, toma de declaraciones de testigos, de imputados, peritajes, allanamientos- es actividad propia, no ya de la policía judicial, sino del juez de instrucción; con lo que se conculca no solamente la letra y el espíritu de la Convención Americana en su art. 8 principalmente, sino también la forma republicana y democrática de gobierno a que alude el preámbulo de la Convención Americana -de indudable valor para interpretar su normativa, a tenor de los arts. 30 y 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados- adoptada, igualmente, por la Carta de la OEA y por la Constitución peruana (art. 33).

No hay proceso acusatorio, como lo quiere la Convención, sino inquisición pura y simple.

En la organización de las naciones -enseña Carrara- siempre se observa el fenómeno de que bajo los gobiernos despóticos la función de la policía se mezcla con el derecho punitivo y de que bajo los regímenes libres tanto ésta como aquélla se mantienen celosamente aparte<sup>21</sup>

A.3) La DINCOTE practica la instrucción sumarial. El derecho de defensa. Sigue la Inquisición.

-- Los arrestos, allanamientos y requisas las lleva a cabo sin orden judicial.

-- Las pericias las practica sin autorización judicial ni control de parte. Salvo la revisión médica, ninguna otra pericia era urgente o irreproducible en el juicio.

-- La defensa técnica recién toma intervención en oportunidad de prestar declaración su asistido. Es Defensa Oficial Asin rostro<sup>22</sup>.

-- No media comunicación libre y privada con el Defensor.

<sup>20</sup> SSTCEspaña 303/1993.

<sup>21</sup> Carrara: APrograma de Derecho Criminal, To. I, pág 21.

<sup>22</sup> Ver: fs. 120.

-- En oportunidad de declarar no les exhibe las pruebas de cargo.

Todo esto transgrede del derecho de defensa material y técnica.

El imputado no procesado es también titular del derecho a la defensa, de tal forma que procede instrumentar tal derecho, antes de su declaración, a cuantas personas hayan tenido, o podido tener, alguna participación en los hechos de la causa y siempre y cuando resulte efectivamente de las actuaciones que determinada persona, pese a no haber sido procesada, es considerada imputada o, cuando menos, *Asospechosa* de haber delinquido<sup>23</sup>.

Cualquiera sea el tipo de proceso, en todo caso, debe respetarse el contenido esencial de este derecho consistente en asegurar el conocimiento del acusado de los hechos que se le imputan y de los cargos que se le formulen<sup>24</sup>.

A.4) La incomunicación de los arrestados y otras circunstancias procesales.

-- Los arrestados permanecen incomunicados por 30 días aproximadamente y en dependencias de la DINCOTE<sup>25</sup>, lo cual configura trato cruel y inhumano infringiéndose el art. 5 de la Convención<sup>26</sup>.

-- El juez de instrucción militar recién es notificado de las aprehensiones, allanamientos, requisas y pericias 30 días después de practicadas<sup>27</sup>.

-- Los retenidos no son *Allevados* o *Aconducidos sin demora* ante el juez competente en flagrante violación del art. 7 convencional. La demora tolerable es aquella necesaria para preparar el traslado. Sobre el Particular el Tribunal Europeo de Derechos Humanos consideró que una detención de 4 días y 6 horas no correspondía a dicho requisito y, en consecuencia, violaba el art. 5.3 del Convenio de Roma<sup>28 29</sup>.

B). Actuación del juez de instrucción militar.

B.1) El juicio abreviado.

Antes de pasar a pormenorizar acerca de la actuación del juez de instrucción -y de sentencia a la vez- militar, permita la H. Corte efectuar algunas precisiones sobre las características del proceso seguido contra Castillo Petruzzi y sus consortes de causa.

El juez de Instrucción está siempre obligado a determinar dentro de la fase instructora, quién sea el presunto autor del delito a fin de citarlo personalmente de comparecencia, comunicarle el hecho punible cuya autoría se le imputa, ilustrarlo de la totalidad de los derechos que integran la defensa y tomarle declaración con el objeto de indagar, no solo dicha participación, sino también permitir que el imputado sea oído por la autoridad judicial y pueda exculparse de los cargos contra él existentes con independencia de que haya prestado declaración ante otras autoridades. De lo cual se infiere la lógica consecuencia que la acusación no puede, exclusivamente desde un punto de vista subjetivo, dirigirse contra persona que no haya adquirido previamente la calidad judicial de imputada, puesto que, de otro modo, se podrían producir acusaciones sorpresivas de ciudadanos con la consiguiente apertura contra ellas del juicio público, aun cuando no hubieran podido gozar de la más mínima posibilidad de ejercer su derecho de defensa a lo largo de la fase instructora. En este sentido, no hay que olvidar que una de las funciones esenciales de la instrucción es la de determinar la legitimación

<sup>23</sup> TCEspaña, 37/1989 (3).

<sup>24</sup> TCEspaña, 30/1989 (3).

<sup>25</sup> Ver: OEA. AG/RES.618 (XII-0/82) de 20 de noviembre de 1982. Amnistía Internacional, *Torture in the eighties*, Londres, 1984, pág. 249.

<sup>26</sup> La incomunicación: ya ha sido caracterizada por la Corte en el caso Suárez Rosero, sentencia de 12 de noviembre de 1997, párrs. 51 y 90. Allí consideró que una incomunicación de 36 días configura un supuesto de trato cruel, inhumano y degradante (id. párr. 91). Acerca de los criterios para distinguir entre tortura y tratos crueles, inhumanos y degradantes, ver: caso Loayza Tamayo, cit., párr. 57.

<sup>27</sup> Ver: CIDH *Segundo Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Suriname*, 1985, págs. 23 y 24.

<sup>28</sup> TEDH, caso Brogan and others, sentencia de 29 de noviembre de 1988, párr. 62.

<sup>29</sup> TEDH, casos Van del Sluijs, Zuiderveld y Klappe, sentencia de 22 de mayo de 1984, párr. 49; Duinhof y Duijf, sentencia de 22 de mayo de 1984, párr. 41; Mc Goff, sentencia de 26 de octubre de 1984, párr. 27. Fundamentos Jurídicos.

pasiva en el proceso penal, función que en el proceso común se realiza a través del procesamiento y que en el proceso penal abreviado, suprimido el procesamiento, dicha función debe llevarse a cabo mediante la previa imputación judicial.

Ahora, sí, los comentarios a la actuación del mentado magistrado.

B.2) A Justice must not only be done; it must also be seem to be done<sup>30</sup>.

-- En el auto de apertura de la instrucción dispone la detención de los imputados y el embargo de sus bienes<sup>31</sup> sobre la base del atestado policial.

-- Dispone, asimismo, la declaración de los testigos y la instructiva de los imputados.

Entre las garantías a que se refiere el art. 8 de la Convención se incluye, en forma expresa el derecho a un juez imparcial. Tal garantía aparece comprometida en aquellos supuestos en que las funciones instructora y juzgadora se asumen y desempeñan por una misma persona, titular o componente de un determinado órgano jurisdiccional.

El derecho a un juez imparcial excluye la posibilidad de acumulación en un mismo órgano judicial de funciones instructoras y decisorias simultánea o sucesivamente<sup>32 33</sup>. El haber estado en contacto con material de hecho necesario para que se celebre el juicio puede hacer nacer en el ánimo del juez sentenciador prejuicios y prevenciones respecto de la culpabilidad del imputado, quebrándose así la imparcialidad objetiva que intenta asegurar la separación entre la función= instructora y la juzgadora. Efectivamente, porque la actividad instructora comporta una actividad esencialmente inquisitiva, encaminada a preparar el juicio y practicada para la comprobación del delito y averiguación del delincuente, es que resulta necesario separar de la función decisoria no solamente la función de acusar sino también la de instruir, a fin de evitar la denominada *contaminación inquisitiva* y que el acusado sea juzgado por un órgano falto de independencia.

Y si es preciso acreditar, siquiera indiciariamente, que la actividad instructora llevada a cabo por el juez para averiguar el delito y sus posibles responsables pudo provocar en su ánimo prejuicios que efectivamente comprometan su imparcialidad, es común denominador que el presupuesto material que justifica la adopción de cualquier medida cautelar -penal o civil- que pueda disponer estriba en un fundado juicio de imputación que ha de formarse el juez de Instrucción sobre la participación del acusado en el hecho punible. La asunción por el juez de instrucción de dicho juicio de imputación puede hacer nacer en el juzgador cierto prejuicio sobre la responsabilidad penal del imputado que compromete, subjetiva y objetivamente, su imparcialidad para conocer de la fase de juzgamiento contra un acusado a cuyo respecto adoptó en la fase de instrucción cualquier género de medida cautelar<sup>34 35 36</sup>.

B.3) Obtención de los medios de prueba.

-- Toma las declaraciones testimoniales sin la presencia de los imputados o sus defensores y, por consiguiente, sin control de parte.

El TEDH tiene declarado, como principio general del derecho procesal penal, que los medios de prueba deben obtenerse ante el acusado en audiencia pública y en el curso de un debate contradictorio<sup>37</sup>.

<sup>30</sup> TEDH, caso Delcourt, sentencia del 17 de enero de 1970, párr. 31.

<sup>31</sup> Ver: fs. 568.

<sup>32</sup> TCEspaña 145/1988; 164/1988; 11/1989; 106/1989; 98/1990; 151/1991, etc.

<sup>33</sup> TEDH, caso Piersakc, sentencia de 1 de octubre de 1982, párrs. 30 y 31. El Tribunal consideró aquí que haber pertenecido al Ministerio Público e intervenido en las actuaciones administrativas del caso, lo inhibía para hacer, luego, como juez; caso Sramek, sentencia de 22 de octubre de 1984, párr. 42. El tribunal contaba entre sus miembros con una persona que mantenía subordinación funcional y de servicio con una de las partes; caso De Cubber, sentencia de 26 de octubre de 1984, párrs. 26 a 29. Un magistrado del tribunal correccional actuante había intervenido como juez de instrucción.

<sup>34</sup> TCEspaña, 320/93. Boletín de Jurisprudencia Constitucional 152, pág. 94 y Tribunal Constitucional. Jurisprudencia Sistematizada, 1989-1995, pág. 549 (3).

<sup>35</sup> TCEspaña 106/1989 (4).

<sup>36</sup> TCEspaña, 11/1989 (5).

<sup>37</sup> TEDH, Barberá, Messegué y Jabardo c/España, 6-12-88. A. No. 146, pág. 78.

**B.4) El derecho a guardar silencio.**

-- En el interrogatorio a los imputados los conmina a decir verdad.

Si el derecho lo es a no declarar, en general, no puede existir obligación a declarar de una manera determinada. El derecho al silencio no es sino una manifestación del estado de inocencia. No se puede imponer al acusado obligación ni carga alguna relativa a la declaración sino que, incluso, no puede permitirse que el juez extraiga conclusiones negativas del ejercicio del derecho al silencio.

En el proceso garantista, informado por la presunción de inocencia, el interrogatorio es el principal medio de defensa y tiene la única función de dar materialmente vida al juicio contradictorio y permitir al imputado refutar la acusación o decir argumentos para justificarse. Ya lo enunciada Hobbes: *Nemo tenetur se detegere*. De ella se siguen, entre otros corolarios, la prohibición de tomarle juramento, el derecho al silencio, la interdicción de toda violencia para arrancarle la confesión, la negación del papel decisivo de la confesión, el derecho del imputado a la asistencia y a la presencia del defensor en el acto del interrogatorio y la facultad del imputado de faltar a la verdad en sus respuestas<sup>38</sup>.

**B.5) El derecho de defensa en general.**

-- Concede 30 minutos o 1 hora a la Defensa para estudiar el expediente, y una vez que los imputados han declarado<sup>39</sup>.

-- La entrevista con el Defensor se considera una vez que el pupilo ha declarado y no conociéndose dónde está alojado<sup>40</sup>.

Al respecto, resulta ilustrativa esta resolución que provee el pedido de un abogado defensor: *A Lima 4 de enero de 1994, Por recibido, agréguese a los autos y estando a que aun no se ha dictado sentencia téngase presente lo expuesto en su oportunidad. Tómese razón@. NLO 1203. FRB 1522.*

-- El expediente se pone a disposición de los Defensores un día antes de pronunciarse la sentencia y por 30 minutos o 1 hora<sup>41</sup>. Indudablemente, no hay concesión del tiempo necesario para preparar la defensa<sup>42,43</sup>.

***Nulla probatio sine defensione*****B.6) La sentencia. Principio de congruencia.**

-- El juez dicta sentencia fundado en el atestado policial. El encabezamiento de su decisión del 7 de enero reza así: *A(...) fluye de la investigación policial conforme se ha llegado a determinar por el personal de la Dirección Nacional Contra el Terrorismo a través del análisis y estudio de documentos y otros de carácter subversivo contra todos los integrantes (...)*@.

-- La sentencia no se hace cargo del argumento de la Defensa relativo a que, según el art. 78 del Código de Justicia Militar, el delito de traición a la patria solo pueden cometerlo Atodo peruano por nacimiento o naturalización@<sup>44</sup>.

-- Tampoco se hace cargo de las demás argumentaciones de la Defensa.

El no dar respuesta motivada y fundada en Derecho a las cuestiones esenciales suscitadas por las partes a lo largo del proceso entraña una incongruencia vulneradora del derecho a la tutela judicial efectiva<sup>45</sup>.

Efectivamente, el art. 25 de la Convención Americana reconoce el derecho de toda persona a promover la actividad jurisdiccional y a obtener una resolución fundada en derecho que.

<sup>38</sup> Ferrajoli: op. cit., pág. 608.

<sup>39</sup> Ver: fs. 666 y 690.

<sup>40</sup> Ver: fs. 756.

<sup>41</sup> Ver: fs. 758; 767; 779; 800 y 834.

<sup>42</sup> Para la concesión del tiempo y medios adecuados para preparar la defensa: ver CorteIDH, caso Loayza Tamayo, sentencia de 20 de setiembre de 1997, párr. 46.

<sup>43</sup> Para la obstaculización del acceso al expediente y el derecho a ejercer la defensa en forma amplia y libre, ver: CorteIDH, caso Loayza Tamayo, cit., párr. 46, c, e, y, j.

<sup>44</sup> Ver: fs. 673 y 777.

<sup>45</sup> TCEspaña, 168/1988; 244/1988 y 5/1990.

naturalmente, no tiene que ser favorable sino congruente con lo pedido<sup>46</sup>.

La total falta de respuesta a la que realmente constituye la principal cuestión planteada por la defensa, entraña una incongruencia por omisión, una denegación técnica de justicia, una incorrección procesal que incide negativamente en el derecho a la tutela judicial efectiva

-- La sentencia condena a *Aislamiento celular y continuo* por un año, siendo que ello no es pena prevista en la ley penal, sino una modalidad de la ejecución de la pena privativa de la libertad, lo cual es completamente distinto a lo anterior circunstancia que impide confundirlos. Asimismo, como esto es una creación originaria del juez ya que no fue articulada con anterioridad por la parte acusadora, los acusados no tuvieron oportunidad de controvertirla. Se viola una vez más el derecho de defensa.

### C. Actuación de los tribunales superiores.

#### C.1) Preponderancia de la Policía Administrativa.

-- La DINCOTE sigue agregando pruebas y, para peor, sin vista a la Defensa<sup>47</sup>; prueba irrefutable de la preponderancia que adquiere la policía administrativa en esta especie de procesos.

Se trata de un testigo *Aencubierto* de cargo cuya declaración se refiere a un procesado que no estaba acusado y al que el tribunal de apelación no lo cita a ratificar su declaración ni tampoco le corre vista de esta prueba a la defensa. No consta, tampoco, en las actuaciones que el tribunal haya dispuesto la apertura del sobre que la contenía.

#### C.2) Testigos de cargo.

La sustitución del testigo de cargo por su declaración escrita, de un lado, priva al sentenciador del derecho a formarse un juicio sobre la veracidad o credibilidad del testimonio al no poder confrontarlo y de otro, y sobre todo, vulnera el art. 8 de la Convención que consagra el derecho que asiste al acusado a interrogar a los testigos de cargo, de cuyos términos nace la obligación de concederle una ocasión adecuada y suficiente de contestar al testimonio e interrogar a su autor<sup>48</sup>

#### C.3) *Reformatio in peius*.

-- Se condena a una persona que no venía acusada -Astorga Valdés-, y, para peor, sobre la base de una prueba testifical agregada en esa instancia de la cual no consta en el expediente la apertura del sobre que contenía la declaración ni de habersele corrido o dado vista al procesado.

Luego, se ha producido una reforma peyorativa violadora de la primera instancia, lo que significa una disminución de sus garantías especialmente grave y generadora de indefensión, ya que es la instancia en que se plantea el debate procesal y en la que existe una plena posibilidad de solicitar pruebas. En un sistema procesal de doble instancia, solo la existencia de esa primera instancia permite, además, que un eventual fallo condenatorio sea conocido por un tribunal superior, como requiere el art. 8 de la Convención y el 14.5 del Pacto de Nueva York<sup>49</sup>.

La interdicción de la reforma peyorativa constituye un principio general del derecho procesal que forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva consagrado por el art. 25 de la Convención, a través del régimen de garantías de los recursos y, en todo caso, de la prohibición convencional de la indefensión<sup>50</sup>.

La *reformatio in peius* es una modalidad de incongruencia procesal, cuya prohibición, aparte de un principio general de derecho procesal que se expresa con el adagio *quantum devolutum quantum appellatum*, dice relación con la prohibición de la indefensión<sup>51</sup>.

<sup>46</sup> TCEspaña, 145/1992 y 200/1992.

<sup>47</sup> Ver: fs. 856.

<sup>48</sup> TEDH, en general DELTA c/Francia, 19-12-90. A. párr. 181, pág. 36; ISGRO c/Italia, 19-2-91. A. párr.194, pág. 34; ASCH c/Austria, 26-4-91. A. párr. 203, pág. 27; en particular, sobre declaración de testigos *Aanónimos*, WINDISCH c/Austria, 27-9-90. A. párr. 166, pág. 26; KOSTOVSKI c/Holanda, 20-11-89. A. párr. 166, pág. 41; LUDI c/Suiza, 15-6-92. A. párr. 238, pág. 47.

<sup>49</sup> TCEspaña, 18/1989 (2).

<sup>50</sup> TCEspaña, 40/1990 (1).

<sup>51</sup> TCEspaña, 45/1993 (2).

D). La ejecución de la pena privativa de libertad y el art. 5.6 de la Convención.

De la declaración rendida por el testigo Zalazar durante la audiencia de recepción de pruebas dispuesta por la Honorable Corte, se desprende cómo se ejecuta la pena privativa de la libertad impuesta a quienes se encuentran culpables de los delitos de terrorismo o de traición a la patria.

Acercas de las consecuencias dañosas que causa a la salud física y psíquica ya la Corte tuvo ocasión de imponerse de ello en el caso Loayza Tamayo.

En esta oportunidad la Comisión pone de manifiesto otro aspecto de la misma cuestión y es el referente al sentido rehabilitador o resocializador que debe tener esta especie de pena según el art. 5 de la Convención.

Dicha finalidad impone, como lógica consecuencia, que la ejecución de la pena de prisión deba contemplar las condiciones personales de cada condenado; de ahí que se hable de *Atratamiento@* o, mejor aún de *Atratamiento individualizado@*. Ello conduce al estudio de la personalidad del penado de cuyas resultas se elabora un *Aprograma@* de tratamiento a cumplir por el condenado y se fijan períodos de seguimiento del mismo. el tratamiento y su control, por consiguiente, no es *Amasificado@* sino que atiende a las características personales de cada individuo.

Pues bien, en el caso presente es a todas luces evidente que en la ejecución de la pena impuesta no media finalidad resocializadora alguna, sino castigo puro y simple, aparte de la destrucción de la personalidad de quien la sufre que provoca, por sí sola, toda pena de larga duración<sup>52</sup>.

En consecuencia, se le niega a los condenados su derecho al tratamiento, como tampoco se evitan los efectos desocializadores que indiscutiblemente tiene el sistema penitenciario.

### III

El derecho a no tener miedo Ya el experto-testigo Dr. León Carlos Arslanian se refirió a *Alas tácticas intimidatorias y a las amenazas que ha utilizado la Dirección General de Inteligencia del Ministerio de Interior del Perú contra abogados defensores de los derechos humanos de las personas acusadas de terrorismo@* en el caso Loayza Tamayo. Esta afirmación se ha visto ya corroborada por la declaración del abogado defensor de Castillo en el caso que lleva su nombre. Una vez más en el presente asunto la Corte ha tenido oportunidad de conocer de ellas, mediante la deposición los defensores particulares de alguno de los encartados. Manifestaciones que no fueron, por otra parte, desvirtuadas por el ilustrado gobierno del Perú; lo cual, unido a la coincidencia esencial de todas ellas, nos llevan a la convicción de su veracidad.

Los señores abogados defensores han manifestado los hechos que los tuvieron por protagonistas; llevarlos vendados en un vehículo militar a una base militar cuya ubicación es conocida por todos, reuniones con sus asistidos en presencia de militares que *Arastrillaban@* sus armas y que podían oír cuanto conversaban con sus pupilos, retirarlos de la base con igual modalidad y abandonarlos en una plaza alejada con despliegue de soldados igualmente armados, conversaciones de la jerarquía castrense manifestando su asombro por que había tomado el caso, dada la personalidad del profesional, etc. En su alegato oral, la Comisión calificó a todo ello de *Aacción psicológica@*, porque, en verdad, constituyen *Atécnicas de persuasión@* empleadas para desalentarlos en su magisterio ya que no mediaba razón para tales comportamientos, infundiéndoles temor.

La Convención Americana alude al *Aderecho a no tener miedo@* -según lo ha designado la Comisión en una audiencia anterior- en el párrafo cuarto de su preámbulo donde, asimismo, se remite a la Declaración Universal (segundo párrafo de su preámbulo). A su turno, al fijar la regla de interpretación de los tratados, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados menciona expresamente al preámbulo como elemento a tener en cuenta en dicha labor.

Por consiguiente, la Comisión no puede dejar de señalar este marco fáctico dentro del cual se ha desarrollado el proceso seguido en sede interna a Castillo Petruzzi y demás encartados porque, dada su incidencia en la interpretación, el mismo colorea con matices propios el sentido y alcance de las normas que enumeran los derechos tutelados por la Convención. Por ello, a la luz esclarecedora de su preámbulo, el texto del art. 8 de la Convención debe interpretarse en el

<sup>52</sup> Ver: Gómez Colomer: *AConstitución y Proceso Penal@*, Tecnos, Madrid, 1996, págs. 58 y 59.

sentido que no puede mediar Adebido proceso@ si éste se desenvuelve en un clima de  
amedrentamiento semejante al descrito por expertos y testigos.

Es que solamente Asin temores@ -como enseñaba la vieja encíclica- cada cual puede Ahacer su  
parte@ en el proceso. Solo así se podrá realizar un cierto orden, una cierta seguridad, un cierto  
poder, justos.

Corresponde, entonces, que la Honorable Corte tome en consideración este ingrediente  
hermenéutico a la hora de aquilatar la validez del que se ha seguido en sede interna del Perú