

# La detención preventiva en Colombia, Perú y Bolivia\*

Kai Ambos<sup>1</sup>

**Sumario.** 1. Contexto y ubicación del problema. 2. La situación legal. A) General (derecho constitucional y penal) B) Legislación especial. a) Colombia. b) Perú. c) Bolivia. C. Síntesis de las conclusiones. 3. Problemas desde el punto de vista del Estado de derecho. A) La Convención Americana sobre Derechos Humanos como parámetro para el análisis. B) Falta de determinación del fundamento material de la injerencia, especialmente del concepto del "terrorismo". C) Métodos prohibidos de obtención de la declaración durante el encarcelamiento. D) ¿Comprobación de la conformidad a derecho del encarcelamiento por medio del *habeas corpus*? a) Significación del *habeas corpus* y situación legal. b) ¿Restricción admisible sobre la base del estado de excepción? 4. Conclusiones y recomendaciones.

El presente artículo analiza la detención provisional en Colombia, Perú y Bolivia desde el punto de vista del derecho positivo (II) y de la situación real de los derechos humanos (III), con especial consideración de la legislación en materia de terrorismo y drogas. En él se explicará que la detención provisional constituye una especie de "acción preparatoria" para posibilitar la prisión preventiva, la cual puede conducir fácticamente a un encarcelamiento durante años [la problemática de los llamados *presos sin condena* (I)].

Desde el punto de vista del *derecho positivo* se comprueba que en los países investigados la legislación especial (II.2.) agrava la legislación general (II.1.) mediante *presupuestos simplificados para la detención provisional y la prolongación del encarcelamiento*. Solamente en Perú es ya la legislación *general* la que prevé en el art. 2.20 g de la Constitución encarcelamiento hasta 15 días y el art. 79 C. P. P., incomunicación hasta 10 días. Perú registra también, con quince

días, la detención sin orden judicial más prolongada. En Colombia, sin embargo, este plazo —en caso de prolongación judicial, hasta 21 días— puede ser superado, mientras que en Bolivia solamente está permitida una prolongación de hasta 48 horas. También la *incomunicación* es en Perú, con 10 días, la más prolongada, delante de Colombia (5-10 días) y de Bolivia (48 horas).

Desde el punto de vista de la *situación jurídica real* la legislación descripta favorece prácticas de las fuerzas de seguridad, que —consideradas a la luz de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH, III 1.)— se revelan como criticables desde el punto de vista del Estado de derecho o, directamente, como evidentemente antijurídicas. La indeterminación del fundamento material de la injerencia, en particular la amplia definición de terrorismo en Colombia y Perú, conduce a arbitrarias *detenciones masivas* y a "desapariciones" de miembros de la oposición legal o de otras organizaciones, sin que a estas personas les puedan ser efectivamente comprobadas actividades terroristas o en relación con las drogas (III.2.). La ampliación temporal del encarcelamiento luego de una detención provisional viene acompañada de la aplicación de *métodos prohibidos de obtención de la declaración*, especialmente, de torturas. Estos abusos conducen, a su vez, a una gran desconfianza de la justicia frente a los resultados de la instrucción policial, ya que no pocas veces son el producto de actividades coactivas (III.3.). El recurso de *habeas corpus*, previsto constitucionalmente y en el derecho internacional (CADH) contra la detención provisional, es *restringido* considerablemente por la legislación especial. Esto constituye una lesión contra las garantías de la CADH y conduce a una pérdida inadmisibles de la efectividad de este recurso (III.4.).

En *conclusión*, desde el punto de vista del Estado de derecho, las reformas resultan ineludibles. En lo esencial, ellas deberían orientarse hacia dos objetivos: por un lado, se trata de limitar las posibilidades de detención de las fuerzas de seguridad en la legislación especial, a fin de que no tantas personas estén expuestas a posibles abusos; por otro lado, se debe asegurar al detenido una protección jurídica más eficiente. De ello se derivan exigencias legislativas concretas, las cuales, no obstante, no deben inducir a engaño, ya que el poder fáctico de las fuerzas de seguridad, especialmente de los militares, ha impedido hasta hoy reformas conforme al Estado de derecho, y las lesiones a los derechos humanos en el curso de las detenciones provisionales, continuarán produciéndose en tanto la doctrina militar de la 'seguridad nacional' ordene la destrucción de la 'subversión' por medio de una 'guerra sucia' (IV).

## 1. CONTEXTO Y UBICACIÓN DEL PROBLEMA

La detención provisional es el inicio de una privación de libertad que, mediante una prisión preventiva no comprobada judicialmente, puede convertirse en un encarcelamiento durante años. Este es el destino de los llamados "presos sin condena", que constituyen la mayor parte de los presos latinoamericanos. En el año 1991

\* Traducción de Patricia Ziffer.

<sup>1</sup> Abogado investigador del Instituto Max Planck de Derecho Penal Internacional, Freiburg/Br.; doctor en derecho de la Universidad de Munich.

en los establecimientos penitenciarios colombianos casi el 50% eran “presos sin condena”, y 73,2%, en los peruanos; la situación en Bolivia sería similar<sup>2</sup>.

La detención provisional constituye una especie de ‘acción preparatoria’ para posibilitar la prisión preventiva, siendo que los límites entre detención provisional y prisión preventiva resultan fluidos. Frente a este trasfondo, es comprensible que los ordenamientos jurídicos analizados en modo alguno emprendan una distinción normativa entre detención provisional y prisión preventiva que se corresponda con la Ordenanza Procesal Penal alemana (*Strafprozeßordnung* §§ 112 ff., 127). Esta distinción se vuelve, de todos modos, totalmente teórica, cuando, como todavía queda por demostrar, la duración de la detención provisional es ampliada considerablemente en la legislación especial y cuando, en la práctica, incluso los plazos amplios tampoco son respetados.

Tras estas cuestiones formales aparecen los problemas decisivos materiales y reales de los *presupuestos* de la detención provisional y de la *situación del detenido* entre la detención y su presentación ante el juez, o en su caso, su excarcelación. Si el Estado se encuentra, desde el punto de vista oficial, en “lucha contra el narcotráfico y el terrorismo” en “defensa de la democracia”<sup>3</sup>, como ocurre en Colombia<sup>4</sup> y Perú<sup>5</sup>, o por lo menos, también en una “guerra contra la droga”, como en

<sup>2</sup> En Colombia, al 30-10-91, de un total de 27.906 presos (25.893 hombres y 2013 mujeres), 13.136 se encontraban acusados y 14.770, condenados, de estos, 4222 en primera instancia y 10.548 en segunda instancia (Datos del Ministerio de Justicia, según BELTRÁN, Dirección de Presos - Ministerio de Justicia, entrevista, Bogotá, 10-1-92). En Perú, a agosto de 1991, de un total de 14.970 presos (13.608 hombres y 1362 mujeres), 10.955 no estaban condenados, de ellos 9987 hombres y 968 mujeres (INPE, Población penal por situación jurídica y sexo, Lima, separata, noviembre de 1991). Respecto de Bolivia, la cárcel de mujeres de La Paz proporciona las únicas cifras actuales; allí, en octubre de 1991, de un total de 211 detenidas, 17 (8,1%) estaba condenada (Ministerio del Interior, Migración, Justicia y Defensa Social), separata, La Paz, octubre de 1991). Según investigaciones de CARRANZA et al., en 1989 en Colombia 16.780 de un total de 31.077 presos, es decir, 54%, estaban detenidos sin condena firme; en Perú en 1986, 9560 de un total de 14.819, es decir, 65% y en Bolivia en 1982, 653 de 728, es decir, 89,7% [CARRANZA, 1990, pág. 11 (Tabla 2); CARRANZA / MORA / HOUED. / ZAFFARONI, 1988, pág. 5 (Tabla 1)]. Acerca de la situación carcelaria en general, vid. también Ambos, 1992.

<sup>3</sup> Vid. BARCO, 1990.

<sup>4</sup> La democracia constitucional colombiana se ve amenazada por dos frentes: por un lado, por un movimiento guerrillero todavía fuerte, el *Ejército de Liberación Nacional* (ELN, creado en 1965) y las *Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia* (FARC, 1966) [los otros grandes grupos guerrilleros *Ejército Popular de Liberación* (EPL, 1967), y *Movimiento 19 de Abril* (M19, 1970), en el curso de los años 80, con interrupciones, han abandonado las armas en el marco del proceso de pacificación]; por otro lado, por una “mafia de la droga”, formada por varias organizaciones, de las cuales el grupo más violento, el así llamado “Cartel de Medellín”, sin embargo, ha disminuido los atentados terroristas con la finalización de las extradiciones de narcotraficantes (art. 35 de la nueva Constitución de junio de 1991) (al respecto, vid. Ambos, 1991, c. p. 12 y mi artículo en *Die Tageszeitung*, Berlín, 3-12-91-11). Ambos conflictos tienen su origen en procesos históricos y ponen de manifiesto deficiencias estructurales y contradicciones del sistema político y socioeconómico colombiano, que pueden verse en: Comisión Internacional de Juristas / Comisión Andina de Juristas, 1990, pág. 68; PEARCE, 1990, pág. 49; MAYER, 1990; Americas Watch, 1990 y 1992a).

<sup>5</sup> La democracia constitucional del Perú se vio amenazada por un movimiento de guerrilla dividido pero fuerte [especialmente, *Sendero Luminoso* (SL)] y el *Movimiento Revolucionario Tupac Amaru* (MRTA) y se encuentra en una “guerra contra la droga” financiada por los Estados Unidos, contra

Bolivia<sup>6</sup>, no solo crea una legislación especial que facilita la detención provisional (vid. II.2.), sino que frecuentemente la aplica a través de sus fuerzas de seguridad (militares, policía o servicios de inteligencia) en forma tan generosa, que la legislación general (II.1.) pasa a un segundo plano. La aplicación mediante las fuerzas de seguridad expone así al detenido a métodos de obtención de la declaración que, generalmente orientadas<sup>7</sup> al objetivo de la defensa de la “seguridad nacional” y a una lucha eficiente contra la “subversión”, plantean importantes problemas desde el punto de vista del Estado de derecho (III). Tanto más urgente resulta la garantía de los recursos procesales, especialmente del derecho de *habeas corpus* (III.4.).

## 2. LA SITUACIÓN LEGAL

### A) General (derecho constitucional y penal)

En principio, las *Constituciones*<sup>8</sup> prohíben la *detención* realizada ilegítimamente, es decir, sin orden judicial (art. 23 Constitución colombiana en su antigua redacción [Const. col.] —28 n. red., 2.20 letra g Constitución peruana [Const. per.—, art. 9 de la Constitución boliviana [Const. bol.]). Junto a los delitos en flagrancia (art. 24 Const. col. ant. red., art. 32 n. red., art. 2.20 g Const. per., art. 10 Const. bol.), sin embargo, son exceptuadas las normas de leyes especiales o “casos de terrorismo, espionaje o tráfico ilegal de drogas” (art. 2.20 g Const. per.). Esta última regulación de la Constitución del Perú es la que llega más lejos en la materia, autorizando el arresto policial hasta 15 días en los casos mencionados, sin perjuicio

del cultivo y la comercialización de la coca. La lucha contra la subversión y el control de la droga, de este modo, se superponen parcialmente, vid. Latin American Bureau, 1985; DELEGORI, 1990; GORRITI, 1990; Americas Watch / Comisión Andina de Juristas, 1990, págs. 64 y ss.; Comisión Especial del Senado sobre las Causas de la Violencia y Alternativas de Pacificación en el Perú, 1989, así como mi artículo en *Die Tageszeitung*, Berlín, 8-1-92-11. El 7 de abril de 1992, sin embargo, el presidente Fujimori rompió el orden constitucional, disolviendo el Congreso y cesando la justicia (véase decreto-ley 25.418, en *Normas Legales*, TRUJILLO, núm. 191, abril 1992, pág. 177; cfr. además, Al, 1992 b, págs. 10 y ss.; AW, 1992 b, págs. 1 y ss.).

<sup>6</sup> Si bien Bolivia, ante la ausencia de una oposición armada importante, resulta, en comparación con Perú y Colombia, pacífica, como segundo productor de coca después de Perú juega igualmente un importante rol en la “guerra contra la droga” de los Estados Unidos, vid. Comisión Andina de Juristas, 1988; BEDREGAL / VISCARRA, 1989; NOHLEN, 1982, págs. 109 y ss. Vid. también mi artículo en *Die Tageszeitung*, Berlín.

<sup>7</sup> Vid. TOCORA, sin año, págs. 121 y ss.; WERZ, 1991, págs. 163 y ss. (175 y ss.); SPITTA, 1991, págs. 141 y ss.

<sup>8</sup> PEÑA P., R.E., Constitución Política de Colombia de 1886, Bogotá, 1990 (= Const. col.); el 6-7-91 fue promulgada una nueva Constitución (publicada en *El Espectador*, Bogotá, 8-7-91 y ahora también por Temis, Bogotá); Constitución Política del Perú del 12-7-79, Lima, 1979 (= Const. per.); República de Bolivia, Constitución Política del Estado (Ley del 2-2-67), La Paz, 1983 (= Const. bol.) [todas trad. del autor].

de la notificación al Ministerio Público y al juez competente, quienes, sin embargo, no están obligados a actuar en ninguna forma.

En principio, todo detenido en los términos del art. 2.20 g Const. per. o en flagrancia (art. 10 Const. bol.) debe ser presentado ante el juez dentro de 24 horas. La nueva Constitución colombiana (art. 28) dispone la presentación ante el juez dentro de 36 horas. Sin embargo, considerando las excepciones a este principio que todavía queda por señalar, su efectividad resulta dudosa.

La *incomunicación* está también, en principio, prohibida (art. 2.20 i Const. per., art. 9 Const. bol.), ello, no obstante, sin perjuicio de excepciones formuladas en forma indeterminada. Es admisible "en caso indispensable para el esclarecimiento de un delito" conforme regulación legal particular (Const. per.) o "en casos de notoria gravedad", pero no más de 24 horas (Const. bol.). La Constitución colombiana en su antigua redacción también callaba al respecto, mientras que la nueva prohíbe muy vagamente solo las "medidas de seguridad imprescriptibles" (art. 28). Teniendo en cuenta las excepciones indeterminadas de las Constituciones peruana y boliviana queda sin respuesta qué regulaciones ofrecen la protección más efectiva en la práctica.

Los Códigos de Procedimientos Penales (C. de P. P.)<sup>9</sup> concretan estas regulaciones, aunque, como ya se señalara, sin distinguir claramente entre detención provisional y prisión preventiva. Solamente el C. de P. P. colombiano diferencia detención en flagrante delito (*captura*, arts. 393 y ss. antigua redacción, 370 y ss. de la nueva, C. de P. P.) y otra detención provisional (*detención preventiva*, arts. 421 y ss. antigua redacción, 397 y s. de la nueva, C. de P. P.). El (nuevo) C. de P. P. peruano distingue la detención en flagrancia solamente de la detención provisional fundada en terrorismo, tráfico de drogas y espionaje (arts. 106 num. 8, 109). El C. de P. P. boliviano regula en forma conjunta todos los *fundamentos de la detención* bajo "detención preventiva" (art. 194).

Junto al caso de flagrancia se reconoce como fundamento una escala penal mínima junto con la sospecha fundada<sup>10</sup> y, en su caso, una serie de delitos considerados de especial gravedad (art. 421 num. 2 ant. red., 397 num. 3. n. red., C. de P. P. col.).

<sup>9</sup> En Colombia, en las reformas procesales penales de los últimos cuatro años fueron promulgados dos nuevos Códigos de Procedimiento Penal (C. de P. P.) (decreto 50 de 1987, en ORTEGA, 1990, págs. 123 y ss.; decreto 2700 del 30-11-91, en *Diario Oficial*, Bogotá, 30-11-91). El nuevo C. de P. P., que entró en vigencia el 1-7-92 (art. provisional I), introduce el sistema acusatorio (arts. 24, 320, 330, 333 y s., 352) y a este efecto crea una Fiscalía General de la Nación (vid. arts. 118-130 C. de P. P. y Estatuto Orgánico de la Fiscalía, decreto 2699 del 30-11-1991). En Perú, el 25-4-91 fue promulgado un nuevo C. de P. P., que igualmente introduce el sistema acusatorio (decreto legislativo 638, en redacción revisada en *El Peruano*, Lima, 1-6-91 y ahora también, RAMÍREZ, 1991). Entró en vigencia el 1-4-92 (art. 2 D. Leg. 638). En Bolivia continúa rigiendo el C. de P. P. del gobierno militar de Banzer (decreto-ley 10.426 del 23-8-72 en Harb, 1987, págs. 421 y ss.).

<sup>10</sup> Art. 421 (ant. red.) 397 num. 2 nuevo C. de P. P. col.: dos años y más; C. de P. P. per. (art. 46, num. 2); más de cuatro años, y "motivos suficientes para la consideración de la razonabilidad de la medida"; art. 194 del C. de P. P. bol.: más de dos años e "indicios manifiestos y graves".

La *excarcelación* se hace depender, en principio, de la gravedad del hecho expresada en su escala penal<sup>11</sup> o de la duración de la detención en relación con la pena esperada<sup>12</sup>. Sin embargo, con relación a los delitos codificados en leyes especiales se la exceptúa en forma expresa<sup>13</sup>, mediante la remisión a la legislación especial (art. 52 C. de P. P. per.) o, en última instancia, sobre la base de los límites de las escalas penales ya mencionadas (nota 9) (más detalladamente *infra*). La ampliación desproporcionada de la detención provisional debe ser contrarrestada mediante plazos determinados de exclusión. Conforme el art. 422 del C. de P. P. col. (ant. red.), luego del vencimiento de los plazos para la declaración del imputado (*indagatoria*, arts. 376 y ss. del C. de P. P.) y luego de aclarada su situación jurídica, esto es, luego de 8 días como máximo (art. 406: 48 horas; 413: 5 días) debe ser solicitada la disposición judicial de la prisión preventiva o la libertad por parte del director del establecimiento carcelario. Si ella no se produce dentro de las 12 horas de realizada la solicitud, el detenido debe ser puesto en libertad (art. 422, párr. 2). Conforme el art. 439 num. 4 (ant. red.), 425 (nueva red.) del C. de P. P. col., el imputado debe ser puesto en libertad en la fase instructoria si luego de 120 días de privación de libertad el juez no resolvió aún acerca del procedimiento principal por parte del juez competente (*calificación*, arts. 467 y ss. (ant. red.), 438 (nueva red. C. de P. P. col.).

La *incomunicación* es admitida según el art. 140 del nuevo C. de P. P. peruano con orden judicial hasta 10 días hábiles, debiendo estar fundada y garantizándose el contacto entre el detenido y el defensor. El nuevo C. de P. P. colombiano no permite la *incomunicación*.

#### B) Legislación especial

a) Colombia. Debido a la "violencia generalizada" y a "la acción criminal de grupos relacionados con el narcotráfico", recientemente "concretada (en)... la muerte violenta del procurador general de la nación (Hoyos)"<sup>14</sup> el gobierno dictó el decreto de estado de sitio 180/88 el 27-1-88<sup>15</sup>, mejor conocido como "Estatuto para la defensa

<sup>11</sup> Art. 441 num. 4 ant. red. C. de P. P. col. a contrario: menos de tres años: art. 49 del C. de P. P. per.: máximo de 6 años según ponderación judicial (num. 2); art. 182 num. 1 nuevo C. de P. P. per.: no más de cuatro años: art. 196 del C. de P. P. bol.: máximo de cuatro años.

<sup>12</sup> Art. 439 num. 2 ant. red., 415 num. 2 nueva red. C. de P. P. col.: pena total "merecida" ya cumplida; art. 182 num. 1 nuevo C. de P. P. per.: más de los dos tercios de la pena solicitada por el Ministerio Público: art. 196 num. 3 C. de P. P. bol.: mitad de la pena prevista.

<sup>13</sup> Vid., p. ej., art. 53 del nuevo Código de Ejecución Penal peruano del 31-7-91 (D. Leg. 654, en *El Peruano*, Lima, 1-8-91), que excluye expresamente la "liberación condicional" en casos de terrorismo y tráfico de drogas. En forma similar, art. 197 num. 3 del C. de P. P. boliviano con relación al terrorismo.

<sup>14</sup> Fundamentos del decreto 180/88, en Barco, 1990, pág. 437.

<sup>15</sup> El estado de sitio fue declarado por último el 1-5-84 por decreto 1038/84 y levantado solo después de la promulgación de la nueva Constitución el 4-7-91 por decreto 1686; rigió durante 35 años, entre 1949 y 1991 (GALLÓN, 1991 b, pág. 4). Durante su vigencia, el presidente puede tanto según la antigua como según la nueva Constitución (arts. 121 y 213 respectivamente) dictar decretos con fuerza de ley que suspendan la vigencia de leyes ordinarias. La nueva Constitución, que habla de *estado de*

de la democracia". Con él fue dictada una típica norma antiterrorista en nombre de la "guerra contra el narcotráfico"<sup>16</sup>. Fue adoptado parcialmente por la comisión formada en el curso hacia la nueva Constitución, la *Comisión Especial*, como legislación ordinaria<sup>17</sup>. Esto muestra la confusión, sintomática para la situación colombiana, entre lucha contra la 'subversión' y contra el narcotráfico mediante instrumentos jurídicos que ofrecen fundamento para la injerencia en los dos niveles.

Conforme el art. 40 a) las fuerzas de seguridad (militares, policía y servicios de inteligencia) pueden, entre otras facultades, "aprehender" a personas por sus "actividades terroristas" sin orden judicial. Según el art. 41 solo luego de 5 días deben informar al juez dentro de las 24 horas, es decir, en realidad, 6 días, y solo deben entregar al detenido luego de otros 5 —sin consideración del traslado—, pudiendo este último plazo ser nuevamente prolongado por el juez en 10 días (art. 42). Esto significa que el detenido puede permanecer hasta 21 días bajo arresto policial. Sin embargo, los arts. 40-42 del decreto 180/88 fueron modificados por la *Comisión Especial* (vid. nota 17). El decreto 2790/90 (Estatuto para la Defensa de la Justicia, EDJ), dictado en noviembre de 1990, modificado por decretos 99/91 (14.1), 390/91 y 1676/91, y adoptado en lo esencial por la *Comisión Especial*<sup>18</sup>, posibilita la detención provisional en delitos de "orden público" (art. 9), entre los cuales se cuenta también el terrorismo y el tráfico de drogas, hasta 18 días, y hasta 35, en caso de que se trate de más de cinco personas<sup>19</sup>.

*conmoción interior*, en lugar de *estado de sitio*, restringe en forma considerable las facultades del ejecutivo durante el estado de emergencia (vid. art. 214 y GALLÓN, 1991 a y 1991 b). A pesar de ello, ya fue declarado dos veces (decreto 1155 del 11-7-92 y...).

<sup>16</sup> El decreto contiene, entre otros, el "auxilio a las actividades terroristas" (art. 3), "omisión de informes sobre actividades terroristas" (art. 4), "concierto para delinquir" (art. 7), "instigación al terrorismo" (art. 8), "instrucción y entrenamiento" (art. 15), "secuestro" (art. 22), "extorsión" (art. 25), "atentados terroristas contra complejos industriales y otras instituciones" (art. 77) y "delitos... contra los funcionarios públicos" (cap. III), vid. AMBOS, 1989, págs. 71 y ss., con otras referencias; también CANCINO / MONROY / GRANADOS, 1990, págs. 69 y ss., con otras referencias.

<sup>17</sup> Según el artículo provisional 8° de la Constitución regían los decretos dictados en razón del estado de sitio durante un máximo de 90 días, esto es, como máximo hasta el 18-10-91, dentro de los cuales debían ser presentados por el gobierno a una *Comisión Especial Legislativa* (también llamada "*Congresito*") para posibilitar su revisión constitucional. Esta comisión, formada por los 36 miembros elegidos para la Asamblea constituyente, podía adoptar los decretos en su totalidad, que se convertían así en legislación ordinaria, o rechazarlos total o parcialmente (artículo provisional 6°). En este procedimiento fueron adoptados los arts. 1 y s., 4, 6-8, 12, 14-26, 28-36 del decreto 180/88 (art. 4 del decreto 2266/91, en *Derecho Colombiano*, Bogotá, núm. 359, noviembre de 1991, págs. 423-428).

<sup>18</sup> Arts. 3, 4-6 del decreto 2271/91 del 4-10 (en *Derecho Colombiano*, Bogotá, núm. 359, noviembre de 1991, págs. 444-476).

<sup>19</sup> Según el art. 26 del decreto 2790/90 en redacción del 99/91 el juez competente debe ser informado cinco días después de la detención, quien luego tiene otros 13 días —en caso de tratarse de más de cinco personas, hasta 30— hasta el esclarecimiento de la situación jurídica (art. 32 en la redacción de los arts. 6 y s. del decreto 1676/91).

Luego de una ola de atentados del Cartel de Medellín en agosto de 1989<sup>20</sup> fueron dictados el 18 de agosto numerosos decretos frente a "la acción persistente de grupos antisociales relacionados con el narcotráfico"<sup>21</sup>. Entre ellos, fue autorizada por el decreto 1859/89 la *incomunicación* hasta 7 días. El EDJ posibilita la *incomunicación* hasta 8 días; en caso de tratarse de más de dos personas, hasta 10, y de más de cinco, hasta 15 días<sup>22</sup>.

La *excarcelación* y la suspensión de la "libertad provisional" quedan, en principio<sup>23</sup>, excluidas (arts. 59 y s. EDJ en su redacción del decreto 99/91).

b) Perú. En Perú los problemas del terrorismo y de la droga son tratados desde el punto de vista normativo en forma separada.

El art. 4° de la ley 24.651 del 20-3-87 permite la *detención provisional* de autores o partícipes sospechosos de *terrorismo* hasta 15 días hábiles con noticia al *Ministerio Público* o al juez competente dentro de 24 horas. Mientras que la información al fiscal podía ser realizada según la ley 24.700 del 22-6-87 también por parientes o por organizaciones de derechos humanos (art. 2), según la ley 25.031 del 2-6-89 (art. 2) vigente, esto es ahora atribución solo de la policía. A diferencia de esto, continúa siendo ordenada la presencia del ministerio público para "defensa de la legalidad" y en "respeto por los derechos humanos" (idem). La liberación de prisión condicional queda excluida (ley 24.651, art. 5°).

En el curso del "autogolpe" del presidente Fujimori del 5 de abril de 1992 (vid. N.5), el 6-5-92 fue dictado un nuevo decreto para combatir el terrorismo<sup>24</sup>, el cual también contiene normas acerca de la *detención provisional*. Según el art. 12 c. del decreto mencionado, la policía puede proceder a la detención de los "presuntos implicados" hasta 15 días hábiles, debiendo ser informado —tal como con la anterior situación legal— dentro de 24 horas el fiscal o el juez penal competente. Conforme el art. 12 d. se posibilita una "*incomunicación absoluta* de los detenidos por el máximo de ley", cuando "las circunstancias lo requieran... para el mejor

<sup>20</sup> En el lapso de 48 horas fueron asesinados Carlos Valencia, magistrado del Tribunal Superior en Bogotá el 16-8-89, Valdemar Franklin Quintero, jefe de policía en Antioquia, y Luis Carlos Galán, senador liberal y candidato a presidente, ambos el 28-8, con lo cual fue declarada por el presidente Barco la "guerra contra la droga" que estaba teniendo lugar en ese momento.

<sup>21</sup> Fundamentación del decreto 1859/89 en BARCO, 1990, pág. 927.

<sup>22</sup> Según el art. 26 EDJ, luego de la detención, puede haber hasta 5 días hasta la primera audiencia judicial (*indagatoria*), a los cuales se pueden agregar 3, o, en su caso, 5 (dos o más personas) o 10 días (cinco o más personas) (art. 32 EDJ en su redacción del art. 6 del decreto 1676/91).

<sup>23</sup> La *excarcelación* es posible cuando el detenido ha cumplido en prisión preventiva el lapso correspondiente al delito o es mayor de setenta años; en lugar de la suspensión es posible en casos excepcionales el alojamiento en un establecimiento médico. Estas regulaciones constituyen una atenuación con respecto a la anterior situación legal, según la cual la *excarcelación* y la suspensión de la pena quedaban excluidas sin excepción (art. 4° decreto 1203/87 y art. 7° decreto 1860/89).

<sup>24</sup> Decreto-ley 25.475 del 6-5-92 en *Normas Legales, Revista de Legislación y Jurisprudencia*, Trujillo, núm. 192, mayo 1992, págs. 139 y ss.

esclarecimiento de los hechos". Además, el 27 de setiembre de 1992, Fujimori dictó un decreto según el cual el plazo de la detención preventiva en el caso de "traición a la patria" —es decir, "terrorismo"— se extiende a 30 días. Así, estos inculpados pasarán más tiempo en la estación policial que en el proceso judicial, siendo un procedimiento sumario según el Código de Justicia Militar<sup>24</sup> bis.

En la parte procesal todavía vigente de la "Ley de represión de tráfico ilícito de drogas" (decreto-ley 22.095 del 21-2-78) se prevé —al igual que en la legislación en materia de terrorismo— la *detención provisional* de "traficantes, cómplices o encubridores" hasta 15 días "con conocimiento del juez instructor" (art. 71 a).

El nuevo C. de P. P. adopta la duración de la detención de hasta 15 días para terrorismo, tráfico de drogas y espionaje (art. 109). El fiscal debe ser notificado por escrito dentro de 24 horas o "en el término de la distancia". El juez debe visitar al detenido, y especialmente, hacer revisar su estado de salud.

Según la ley 24.388 del 5-12-85 ("Ley de descriminalización") en principio no se garantizan la excarcelación, libertad condicional, condena de ejecución condicional, conmutación y disminución de pena<sup>25</sup>. El nuevo Código de Ejecución Penal<sup>26</sup> confirma esta tendencia y excluye expresamente (arts. 47, 48, 53) la "redención de la pena por el trabajo y la educación" (arts. 44-47), salida controlada (art. 48-52) y la libertad condicional (arts. 53-57) para terrorismo y tráfico de drogas.

c) Bolivia. Dado que en Bolivia no hay en este momento una situación seria de terrorismo, no hay una ley especial antiterrorismo. Sin embargo, existe como ley de drogas la "Ley del Régimen de la Coca y sustancias controladas" del 19-7-88 (ley 1008), que contiene regulaciones correspondientes. Conforme el art. 95, la policía puede "aprehender e incomunicar" a los sospechosos, salvo delitos en flagrancia en presencia del fiscal (art. 96). Los detenidos deben ser entregados dentro de 48 horas al juez competente (art. 97). De este modo, la *incomunicación* puede durar hasta 48 horas, a pesar de que el art. 9 Const. bol. autoriza solamente 24 horas. Queda excluida la excarcelación (art. 109).

### C) Evaluación resumida

Básicamente, la legislación especial agrava la legislación general mediante *presupuestos simplificados para la detención preventiva y prolongación de la detención*. Solamente en Perú es ya la legislación general la que prevé mediante el art. 2.20 g de la Constitución y ahora también el art. 109 del C. de P. P. una detención de hasta 15 días y el art. 140 del C. de P. P., *incomunicación* de hasta 10 días.

<sup>24</sup> bis IA 71/octubre 1992/págs. 6 y ss.

<sup>25</sup> En este ámbito fueron introducidas reformas anuales entre 1981 y 1985; ley 23.490 del 5-11-82, ley 23.689 del 11-10-83, ley 23.956 del 29-10-84, art. 2 de la ley 24.388 del 5-12-85, vid. RUBIO, 1988, págs. 14 y ss., 85 y s., 88.

<sup>26</sup> Código de Ejecución Penal = D. Leg. 654 del 31-7-91 en *El Peruano* del 1-8-91.

Perú presenta también la detención sin orden judicial más prolongada, hasta 15 días. En Colombia, sin embargo, este plazo puede ser superado con una prolongación judicial hasta 21 días, mientras que en Bolivia solamente están permitidas 48 horas.

También la *incomunicación* es, con 10 días, más prolongada en Perú que en Colombia (5-10) y Bolivia (48 horas).

La regulación peruana aparece algo atenuada por la presencia del fiscal, expresamente prevista, "en respeto por los derechos humanos" y por medio de la garantía del contacto con el defensor también durante la *incomunicación* (art. 140 C. de P. P.). La significación práctica de estos controles es, sin embargo, dudosa, si se piensa que es solamente la policía la que —normativa y fácticamente— puede informar de la detención provisional, y que en la mayoría de las zonas de excepción rurales los militares poseen el monopolio de la información. De este modo, los órganos judiciales están —también en Colombia y en Bolivia— totalmente sujetos a la disposición a cooperar de las fuerzas de seguridad. Por ello, no es sorprendente que según una investigación realizada en Perú<sup>27</sup> resulte "notorio el ausentismo de los representantes del Ministerio Público durante la investigación policial" y que la "mayoría de los acusados... no han visto al fiscal provincial durante todo su paso por la policía".

Ya el análisis normativo señala, de acuerdo con esto, importantes problemas desde el punto de vista del Estado de derecho que serán considerados con más detalle en lo que sigue.

### 3. PROBLEMAS DESDE EL PUNTO DE VISTA DEL ESTADO DE DERECHO

#### A) La Convención Americana sobre Derechos Humanos como parámetro para el análisis

La Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 sirve como parámetro para el análisis (CADH)<sup>28</sup> y, como "tratado internacional" en el sentido del art. 38 (1) a) del Estatuto de la Corte Internacional de La Haya, constituye una norma jurídica de derecho internacional y origina obligaciones de derecho internacional luego de la ratificación voluntaria de los Estados parte y de su entrada en vigencia<sup>29</sup>. Conforme el art. 74.2, la Convención Americana sobre Derechos Humanos entró en vigencia el 18-7-78, luego del depósito del undécimo instrumento de ratificación o incorporación<sup>30</sup>. Hasta febrero de 1991 había sido firmada por 23 de los 31 países de la OEA, y ratificada por 22<sup>31</sup>.

<sup>27</sup> MEJÍA, 1989, pág. 420.

<sup>28</sup> También Pacto de San José, Costa Rica, en español en Comisión Andina de Juristas, 1988, págs. 57 y ss. y en alemán en *EuGRZ* 80/435; también SIMMA / FASTENRATH, 1992, págs. 534 y ss.

<sup>29</sup> Vid. arts. 11 y ss., 24 y s. de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados de 1969; VERDROSS / SIMMA, 1984, §§ 70 y ss.; adviértase la distinción entre "vinculación" ("consent becomes irrevocable") y "entrada en vigencia" ("obligations are to be performed"), vid. ídem §§ 716 y ss., nota 37.

<sup>30</sup> Vid. THUN, 1989, pág. 60; KOKOTT, 1986, pág. 25, nota 109.

<sup>31</sup> Cronológicamente (ratificación): Costa Rica (8-4-70); Colombia (31-3-73); Venezuela (9-8-77); Honduras (8-9-77); Haití (27-9-77); Ecuador (28-12-77); República Dominicana (19-4-78); Guatemala

Su *vigencia estatal interna* y su *rango* dependen —como tratados de derecho internacional normales, en el sentido mencionado— del ordenamiento jurídico nacional<sup>32</sup>. En tal medida, la mayoría de los ordenamientos jurídicos latinoamericanos exigen, también Colombia, Perú y Bolivia, leyes especiales de transformación<sup>33</sup>, a las cuales se les otorga rango constitucional, supralegal o de ley<sup>34</sup>.

El tipo de *aplicabilidad de derecho interno* de las normas jurídicas de un tratado depende del carácter de estas. La aplicabilidad inmediata (*self-executing*), esto es, en el sentido originario del derecho internacional, sin el dictado de derecho nacional que las concrete, en principio, solo entra en consideración en el caso de normas que conceden derechos subjetivos y que se encuentran formuladas en forma suficientemente determinada<sup>35</sup>. Con relación a la CADH se sostiene, en tal medida, la opinión de que los derechos fundamentales y humanos contenidos en ella resultan inmediatamente aplicables<sup>36</sup>.

Aunque la detención provisional no está en principio prohibida, solamente está permitida bajo ciertos presupuestos, los cuales surgen del art. 7 CADH. En primer lugar, la privación de libertad debe estar legalmente determinada (7.2) y no puede ser arbitraria (7.3). Se le deben comunicar al detenido las razones de la detención (7.4) y debe ser llevado ante el juez “sin demora” y ser condenado o puesto en libertad dentro de un plazo “razonable” (7.5). Mientras que con respecto al derecho a la presentación ante el juez “sin demora” se ha establecido como

(25-5-78); Panamá (22-6-78); El Salvador (23-6-78); Grenada (18-7-78); Perú (28-7-78); Jamaica (7-8-78); Bolivia (19-7-79); Nicaragua (25-9-79); México (3-4-82); Barbados (27-11-82); Argentina (5-9-84); Uruguay (19-4-85); Surinam (12-11-87); Paraguay (24-8-89); Chile (21-8-90); Estados Unidos (solo firma) [Organización de los Estados Americanos, 1991, pág. 575 (Anexo A); también *Boletín de la Comisión Andina de Juristas*, núm. 23 diciembre de 1989, págs. 50 y ss.].

<sup>32</sup> VERDROSS / SIMMA, 1984, §§ 852 y ss. con otras referencias.

<sup>33</sup> Vid., por ejemplo, arts. 76 num. 18 Const. col.; 102 Const. per.; 59 num. 12 Const. bol.; 121 num. 4 Const. de Costa Rica; 138 num. 11 Const. nicaragüense.

<sup>34</sup> *Rango constitucional*: Perú (art. 105 para tratados de derechos humanos); *rango supralegal*: Costa Rica (art. 7), El Salvador (art. 144 y s.), Guatemala (el art. 46, que rige en materia de derechos humanos, les otorga rango supraconstitucional, vid. *infra*), Paraguay (art. 9), Honduras (art. 17), Perú (art. 101); *rango de ley*: Argentina (art. 31), México (art. 133), Uruguay (art. 6), Ecuador (arts. 3, 137), Venezuela, República Dominicana (art. 3), Bolivia, Chile, Cuba y Panamá no reconocen derecho de los tratados con vigencia de derecho interno. El que llega más lejos es el art. 46 de la nueva Constitución de Guatemala (1985): “...en materia de derechos humanos... los tratados ‘aceptados y ratificados’ tienen preeminencia sobre el derecho interno”, vid. TREJOS, 1991, págs. 65 y ss.; también MINVIELLE, 1988, págs. 72 y ss.

<sup>35</sup> VERDROSS / SIMMA, 1984, §§ 863 y ss., con otras referencias; JIMÉNEZ, 1988, pág. 34.

<sup>36</sup> O'DONNELL, 1988, págs. 45 y ss.; LLOBET, 1990, págs. 581 y ss.; MINVIELLE, 1988, págs. 75 y ss.; TREJOS, 1991, págs. 78, 81 y ss., estas últimas con referencia al dictamen de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y jurisprudencia del Tribunal Constitucional de Costa Rica. Vid. también art. 2 CADH). Diferente, el punto de vista oficial de los Estados Unidos, vid. JIMÉNEZ, 1988, págs. 40 y ss.; TREJOS, 1991, págs. 81 y ss.

regla de derecho internacional un lapso de 72 horas hasta “pocos días”<sup>37</sup>, falta con relación al plazo “razonable” una determinación positiva<sup>38</sup>. La Comisión de Derechos Humanos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (vid. art. 28 PIDCP), sin embargo, ha decidido en dos casos latinoamericanos con relación a la norma similar del art. 9 (3) PIDCP que la detención por algo más de un año, luego de lo cual el proceso fuera sobreesido por falta de pruebas, o durante seis meses hasta el inicio del procedimiento y otros dos años hasta la sentencia, van más allá de un plazo “razonable”<sup>39</sup>.

Las regulaciones aquí analizadas, en parte, no se corresponden con los plazos mencionados. En todo caso, una presentación ante el juez luego de 6 días en Colombia (art. 41 decreto 180/88) y el mero conocimiento o notificación en el Perú (ley 24.651, D.L. 22.095) no constituyen una presentación “sin demora” en los términos del 7.5. de la CADH. Con él se corresponden solamente las 48 horas según el art. 97 de la ley boliviana 1008, respecto de la cual, sin embargo, se critica su no aplicación práctica por parte de los jueces<sup>40</sup>.

Además de estos derechos puestos en peligro por la detención provisional, el arresto policial de las personas detenidas implica la posibilidad de lesiones jurídicas mediatas, tales como del derecho a la vida (art. 4 CADH), a un tratamiento digno (5), a un procedimiento justo (8) y al respeto de la esfera de privacidad (11) [también simultáneamente]. Por ello, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha establecido:

“Puesto que la detención lo priva a uno de la libertad, es de crucial importancia que...tales penas no pueden ser impuestas arbitrariamente a discreción o complacencia de la autoridad ejecutiva. A menos que los ciudadanos estén garantizados en el ejercicio de este derecho, *todos los demás derechos* quedan en precario. Mientras exista la posibilidad de la detención arbitraria, las demás barreras a la acción gubernamental se convierten en esperanzas vacías...” (el destacado me pertenece)<sup>41</sup>.

Teniendo en cuenta la importancia de la libertad personal en una democracia conforme al Estado de derecho, y la situación jurídica descrita, se debe concluir necesariamente que la detención provisional debe constituir la excepción y no la regla<sup>42</sup>, y que, por ello, debe estar sujeta a escritos presupuestos.

<sup>37</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos (72h) y Comisión de Derechos Humanos del PIDCP, vid. O'DONNELL, 1988, págs. 133 y ss.

<sup>38</sup> Vid. MINVIELLE, 1988, pág. 107; ZAFFARONI, 1986, págs. 146-147; TARUSELLI, 1989, págs. 73-79; MAIER, 1981, págs. 123-154.

<sup>39</sup> FALS BORDA c. Colombia (46/1979) y PIETROROIA c. Uruguay (44/78), citados según O'DONNELL, 1988, pág. 140.

<sup>40</sup> J. ALDERETE, *Interview*, La Paz, 25-10-90; PAREDES / MERCADO, *Interview*, La Paz, 1-11-90; vid. también US Department of State, 1991, págs. 517 y 1992, pág. 507: “En la práctica, muchos detenidos permanecen encarcelados por más de este periodo, sin que se le hayan formulado cargos” (traducc. del inglés).

<sup>41</sup> Citado según O'DONNELL, 1988, págs. 144 y ss.

<sup>42</sup> Vid. también art. 9 (3) pág. 2 PIDCP: “La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general”; en concordancia, O'DONNELL, 1988, págs. 141 y ss.

B) Falta de determinación del fundamento material de la injerencia, especialmente del concepto de "terrorismo"

La detención provisional, según la legislación especial aquí investigada, tiene lugar con fundamento en el delito de terrorismo o del de tráfico de drogas. De ello se sigue que el círculo de potenciales destinatarios de los fundamentos de la injerencia depende de las definiciones de terrorismo o de tráfico de drogas respectivamente utilizadas.

El estatuto antiterrorista colombiano (art. 1 decreto 180/88, nota 16), entiende por terrorista a aquel,

"que provoque o mantenga en estado de zozobra o terror a la población... mediante actos que pongan en peligro la vida, la integridad física o la libertad de las personas o las edificaciones..." o "mediante llamada telefónica, cinta magnetofónica, video, casete..."

La ley peruana 24.953, el nuevo C. P. de abril de 1991 (art. 319) y el decreto que lo modifica 25.475<sup>43</sup> describen como terrorista a aquello que

"provoca, crea o mantiene en estado de zozobra, alarma o terror en la población o en un sector de ella, realizando actos contra la vida, el cuerpo, la salud, la libertad, la seguridad personal o la integridad física... o contra el patrimonio, contra la seguridad de los edificios públicos... o cualquier otro bien o servicio, empleando métodos violentos... o cualquier otro medio capaz de causar estragos o grave perturbación de la tranquilidad pública..."

La indeterminación y la amplitud de estas definiciones se complementa con una expansión del derecho material, a través de la configuración de los tipos como delitos de peligro abstracto y de la criminalización de delitos de colaboración, preparación y organización, tal como ya se señalara en otra oportunidad<sup>44</sup>.

De este modo todo ciudadano activo políticamente termina por convertirse en un autor potencial en los términos del derecho penal del terrorismo y en un destinatario de sus medidas de coacción de derecho procesal penal, especialmente de la detención provisional y de la incomunicación.

Como consecuencia de la situación legal descrita, en Colombia fueron detenidas en el lapso de 10 días, luego del dictado de los decretos de agosto de 1989, más de 11.000 personas (!), las cuales en su mayoría debieron ser puestos en libertad poco tiempo después, ya que no se pudo confirmar respecto de ellas ni la sospecha de terrorismo ni la de tráfico de drogas<sup>45</sup>. Los ataques se dirigen contra la oposición legal de izquierda, especialmente, la Unión Patriótica, al igual que contra los movi-

mientos sindical y de derechos humanos. Así, en marzo de 1990 fueron detenidos en Cali (Departamento de Valle) numerosos dirigentes sindicales por sospecha de terrorismo, pero luego de la revisión judicial de la detención debieron ser nuevamente liberados<sup>46</sup>. En octubre de 1989 fueron detenidos cuatro miembros del Instituto Popular de Capacitación en Medellín, quienes también debieron ser liberados por orden judicial<sup>47</sup>. Tales detenciones, especialmente contra esta organización y contra los grupos que colaboran con ella, se repiten constantemente. Según el Departamento de Estado norteamericano, también en 1991, se comprobaron nuevamente "numerosos ejemplos de arresto o detención arbitraria"<sup>48</sup>. Según informes de testigos presenciales, la represión se dirige más contra el pueblo y contra las clases populares que contra el tráfico de drogas, y las fuerzas de seguridad abusan de los derechos que les fueron concedidos en el marco de la guerra contra la droga<sup>49</sup>.

En Perú se producen regularmente detenciones masivas bajo el reproche de "actividades subversivas". Según Amnesty International, "prácticamente todos los presos políticos... lo son bajo cargos de "terrorismo"<sup>50</sup>. Así, por ejemplo, en junio de 1989 fueron detenidas en el suburbio de Lima conocido como "zona roja", Villa El Salvador, 1200 personas, en abril de 1990, 2500 en Lima, a principios de mayo de 1991, luego de una ola de atentados de las organizaciones armadas Sendero Luminoso y Movimiento Revolucionario Tupac Amaru, 2500, y en junio de 1991, 150. También en las zonas rurales, especialmente en aquellas que se encuentran bajo estado de emergencia<sup>51</sup>, se informa acerca de detenciones masivas. Las detenciones selectivas se dirigen, al igual que en Colombia, contra la izquierda legal, sindicalistas y activistas de derechos humanos, al igual que contra las univer-

<sup>46</sup> Amnesty International, 1991, pág. 70, con otros casos. Cfr. también, AI 1992 a, págs. 91 y ss.; Americas Watch 1992 a, págs. 26 y ss.

<sup>47</sup> Comisión Andina de Juristas SC 1990a, pág. 110.

<sup>48</sup> US Department of State, 1992, pág. 539 (traducc. del original).

<sup>49</sup> Conversaciones y entrevistas durante una visita a las zonas afectadas (nororiental y noroccidental) de Medellín, septiembre de 1990 (al respecto, AMBOS 1991a, págs. 29 y ss.) y octubre de 1991 (al respecto, mi artículo en *Die Tageszeitung*, Berlín, 3-12-91), al igual que los informes de derechos humanos citados.

<sup>50</sup> Amnesty International, 1991, pág. 185; también US Department of State, 1991, pág. 741.

<sup>51</sup> Según el art. 231 de la Constitución el presidente puede decretar y prolongar el estado de emergencia por 60 días en caso de "perturbación de la paz o del orden interno, de catástrofe o graves circunstancias que afectan la vida de la Nación"; en la zona afectada el control es asumido por un "comando político militar" de las Fuerzas Armadas y los derechos fundamentales existentes son restringidos. A fines de 1990 se encontraban bajo estado de emergencia 88 de las 183 provincias del país, 25% de la población vivió todo el año bajo estado de emergencia y otro 35%, la mitad del año, o sea que en total se vieron afectados el 60% de los habitantes del Perú (aproximadamente 13,2 millones). A fines de 1991 el número de provincias en estado de emergencia se redujo a 59 —por primera vez desde 1980—, de las cuales 11 estaban en parte bajo estado de emergencia; 45% de la población peruana vivió bajo estado de emergencia [US Department of State, 1991, pág. 736; idem, 1992, pág. 708; con relación a las lesiones a los derechos humanos bajo estado de emergencia, Amnesty International, 1988; US Department of State, 1991, págs. 741 y ss.; idem, 1992, págs. 712 y ss.]. Sin embargo, con el golpe de estado del presidente Fujimori el 5-4-92, todo el país fue puesto bajo estado de emergencia (vid. nota 5 con otras referencias).

<sup>43</sup> Art. 2, 22 decreto-ley 25.475 del 6-5-92, en *Normas Legales, Revista de Legislación y Jurisprudencia*, Trujillo, núm. 192, mayo de 1992, págs. 139 y ss. (vid. nota 24).

<sup>44</sup> AMBOS, 1989, págs. 83 y ss., 102 y ss.

<sup>45</sup> Comisión Andina de Juristas SC 1990a, pág. 101; Americas Watch, 1990b, pág. 48; en el curso de estas acciones fueron allanados y ocupados, además, 467 terrenos, y secuestrados 1313 automóviles, más de 1000 armas, 28 yates, 346 aviones y 28.521 animales.

sidades, especialmente la *Universidad Mayor de San Marcos* y la *Universidad Nacional "Enrique Guzmán y Valle la Cantuta"*, cuyos miembros fueron víctimas de acciones de contrainsurgencia por última vez en abril de 1989 y en septiembre de 1990<sup>52</sup>. Algunos ejemplos del informe anual 1990/91 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, ante la cual de la totalidad de 86 casos, 51 fueron contra Perú<sup>53</sup>, muestran claramente esta tendencia:

\* Luego de que *O. Delgado Vera*, secretario general del Sindicato de Aduana, fuera citado, se le tomara declaración, y fuera nuevamente liberado por el teniente Solís Zevallos por sospecha de terrorismo el 9-12-88, fue seguido y detenido por miembros de la unidad policial antiterrorista DIRCOTE en Lima; la policía negó su detención, a pesar de lo cual desde entonces no volvió a aparecer.

\* Luego de una manifestación de campesinos el 9-2-89 en Pucallpa (Depto. de Ucayali), *Hugo Blanco G.* fue detenido y colocado bajo arresto del DIRCOTE en Lima. El 20-2-89 el fiscal competente comprobó que la acusación no se encontraba justificada, debido a que la sospecha resultaba insuficiente, de modo tal que Blanco debería haber sido puesto en libertad. En lugar de eso, fue trasladado de regreso a Pucallpa en un avión militar —la línea civil de aeronavegación *Aeroperú* se había negado al transporte, ante la resistencia de Blanco—. Se teme que haya sido asesinado allí por un grupo paramilitar.

\* El 15-I-89 N.P. Romo A., estudiante de derecho y miembro de la comisión de derechos humanos de Villa El Salvador (suburbio de Lima), fue detenido en Lima. La visa de entrada a Nicaragua en su pasaporte fue considerada por la policía como prueba suficiente para imputarle, entre otras cosas, "terrorismo".

En el ámbito del *derecho penal de drogas* el círculo potencial de destinatarios de la detención provincial es ampliado mediante dos "técnicas". Por un lado, se mezclan terrorismo y tráfico de drogas en el *narcoterrorismo* y ambos son tratados normativamente del mismo modo<sup>54</sup>. Por otro, se produce una expansión de los tipos de derecho material en la legislación en materia de drogas, similar a lo que ocurre con el terrorismo<sup>55</sup>. Así, el tipo básico del D.L. peruano 22.095 en redacción del D.Leg. 122 (1981) codifica doce acciones, desde "sembrar y cultivar", pasando por la producción, hasta el "vender y distribuir" drogas y el art. 296 C. P. con todo, siete, que van desde el cultivo hasta el tráfico. En forma similar, la ley bo-

liviana 1008 intenta abarcar todas las acciones a nivel de la producción y comercialización, aunque en preceptos separados (arts. 46 y ss.). Resultado de esta "sobrecriminalización" es un ámbito de aplicación de la detención provisional considerablemente ampliado. Desde el pequeño cultivador de coca, pasando por los *pisacoca*, que actúan en la elaboración de la coca en cocaína, hasta los intermediarios, cualquiera puede ser detenido por sospecha. Correspondientemente, con frecuencia se producen detenciones provisionales en las principales zonas coqueras, el Alto Huallaga (Perú) y la región de Chapare (Bolivia), las cuales, según las organizaciones de derechos humanos, si bien están formalmente fundadas, responden con frecuencia a la arbitrariedad policial y a acciones ciegas<sup>56</sup>. Algunos casos de la región coquera de *Chapare* muestran esto con claridad<sup>57</sup>.

\* El 15-8-90 a las 9.30 hs. el conductor de autobús Lucio López Claros fue detenido por la policía de drogas sin orden de detención, se le tomó declaración durante varias horas, luego su casa fue allanada, ingresándose también a habitaciones ajenas a ella, y por último, se le tomaron huellas digitales y se elaboró una declaración escrita.

\* El 26-7-90 a las 8 hs. Víctor Soria Galvarro fue detenido cuando regresaba a su hogar por la policía de drogas, luego de lo cual se llevó a cabo un allanamiento de su casa. Al realizarse el acta en la guardia se le expresó que sería dejado en libertad a cambio de US\$ 5000 que debían ser entregados por su hermana, una farmacéutica, en su farmacia. En caso de que denunciara esta "oferta", sería detenido nuevamente y puesto en prisión. Un día después, el 27-7, el bioquímico Gerardo Manrique observó como Hilda Soria Galvarro, la hermana de Víctor, entregaba en su farmacia US\$ 4000 a un hombre vestido de civil. Ante la pregunta de si esto correspondía a una compra de medicamentos, H. Soria G. respondió que era por "un asunto especial" que tenía que ver con su hermano.

\* El 14-2-91 la señora Julia Romero fue detenida en su domicilio en Cochabamba y este allanado, todo ello sin orden de detención o de allanamiento. Cuando su esposo se puso en contacto con la policía de drogas local, el teniente Torrico presente le pidió US\$ 1000 por la liberación de J. Romero. El esposo solamente pudo pagar US\$ 300, con lo cual Romero fue liberada.

### C) Métodos prohibidos de obtención de la declaración durante el encarcelamiento

La posibilidad de una detención de varios días en arresto policial o militar, especialmente si esto viene acompañado de la incommunicación del detenido, conlleva

<sup>52</sup> Americas Watch / Comisión Andina de Juristas, 1990, págs. 80 y ss.; Amnesty International, 1989; Amnesty International, 1991, págs. 182, 185; AI, 1992 a, págs. 213 y ss.; AI 1992 b, pág. 26; US Department of State, 1991, págs. 742 y ss.; US Department of State, 1992, págs. 712 y s.; Americas Watch, 1992 b, págs. 5 y s.; Comisión Andina de Juristas: *Informativo Andino* (Lima), especialmente num. 47/Octubre 90/7; 54/mayo 91/págs. 7 y s.; 55/junio 91/p.5.

<sup>53</sup> Vid. OEA, 1991, págs. 35 y ss. (27 y ss.); los casos descriptos se encuentran en las páginas 359 y ss. (O. Delgado), 362 y ss. (H. Blanco) y 378 y ss. (N.P. Romo A.).

<sup>54</sup> Así, en Colombia, mediante el decreto 180/88 ya tratado. En Perú, el gobierno de Fujimori ha atacado públicamente al "narcoterrorismo" en forma reiterada, e inclusive fue codificado penalmente —en el marco del lavado de dinero (D.Leg. 736).

<sup>55</sup> Esto se corresponde con la práctica internacional, vid. ALBRECHT., 1991, págs. 70 y ss.; MEYER, 1987, págs. 740 y ss.; ALBRECHT / VAN KALMTHOUT, 1989, págs. 429 y ss., todos con otras referencias.

<sup>56</sup> Americas Watch / Comisión Andina de Juristas, 1990, pág. 114; Federación de Campesinos del Alto Huallaga (FEDECAH): Comunicado 002, Uchiza, 12-10-90; vid. también GARCÍA SAYAN, D.: "las víctimas de la represión son los campesinos", entrevista en *La República* (Lima) del 8-10-90.

<sup>57</sup> Documentación de la Asamblea de Derechos Humanos de Cochabamba, visita, copias y entrevista con su presidente Padre F. Aguilló, Cochabamba, 29-10-90 y 26-11-91 (también AMBOS, 1991a, págs. 31 y s.). Vid. asimismo la toma de posición de la "Comisión Interinstitucional de Derechos Humanos", Cochabamba, 3-8-91, en donde se habla de una "serie de abusos de la UMOPAR".

el peligro de la aplicación de métodos prohibidos de obtención de la declaración por parte de las fuerzas de seguridad, dado que estas están interesadas en utilizar las posibilidades de detención ampliadas para la obtención de nuevas informaciones que sirvan para la lucha contra la "subversión". Esto no queda solamente en la aplicación de métodos prohibidos para la obtención de la declaración, especialmente de la tortura<sup>58</sup>, sino que la detención provisional sirve también como acción preparatoria para la así llamada "desaparición" de opositores del régimen<sup>59</sup>.

Con relación a la situación colombiana la sección colombiana de la Comisión Andina de Juristas comprueba, por esto:

"...el interés de mantener a los capturados detenidos e incomunicados, sin la asistencia de un abogado y por fuera de cualquier trámite jurisdiccional, salta los parámetros en los que se enmarca cualquier Estado de Derecho y constituye un marco de impunidad para la realización de torturas y desapariciones, práctica de común ocurrencia en Colombia"<sup>60</sup>.

Similar es la crítica formulada por la organización norteamericana de derechos humanos Americas Watch:

"Autorizar al personal de las fuerzas de seguridad a la detención en incomunicación por siete días hábiles es... invitar a la inflicción de torturas en el curso del interrogatorio. Desde que ninguna autoridad judicial es responsable por las circunstancias del prisionero durante la detención en incomunicación ...se crea un periodo muy peligroso durante el cual se puede hacer desaparecer al prisionero"<sup>61</sup>.

Los informes de derechos humanos y entrevistas con representantes estatales y no estatales de las organizaciones de derechos humanos ya citados prueban que estos temores resultan fundados<sup>62</sup>. Tal como señala el "Fiscal General de Derechos Humanos" y actual *Defensor del Pueblo*, J. Córdoba:

<sup>58</sup> Vid. también al respecto la "Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura", firmada el 9-12-85 en Cartagena (Colombia) por 20 Estados, y entrada en vigencia el 28-12-87, ratificada por (cronológicamente, estado a febrero de 1991): República Dominicana, Guatemala (ambas 29-1-87), México (22-6-87), Surinam (12-11-87), Chile (30-9-88), Argentina (31-3-89), Brasil (20-7-89), Paraguay (9-3-90 [OEA, 1991, pág. 587; texto en: Serie sobre Tratados, OEA, núm. 67]. El Congreso Peruano la ha ratificado el 14-12-90 (*Normas Legales* 173, diciembre de 1990, pág. 70).

<sup>59</sup> Esta táctica se origina en la "guerra sucia" durante la dictadura militar argentina, y se cuenta hoy entre el repertorio de la lucha contra las rebeliones de numerosas fuerzas de seguridad latinoamericanas, especialmente colombianas y peruanas. Cfr. los informes de derechos humanos de Amnesty International y de Americas Watch citados en la bibliografía, así como también WALDMANN, 1991, pág. 38, quien sostiene la correcta tesis de que esta técnica se origina en la idea de que "de esta forma se puede escapar al reproche de la opinión pública mundial" (traducc. del original); esto finalmente no ocurre, como lo prueba no en último término el surgimiento de numerosas organizaciones latinoamericanas de parientes de desaparecidos nacionales —ASFADES (Col.), ASOFAMD (Bol.)— y suprarregionales (*Federación Latinoamericana de Asociaciones de Familiares de Detenidos-Desaparecidos* = FEDEFAM).

<sup>60</sup> Comisión Andina de Juristas SC, 1990, págs. 101 y ss. (105).

<sup>61</sup> Americas Watch, pág. 45 (traducc. del original).

<sup>62</sup> Vid. US Department of State, 1991, pág. 553: "...existen informes confiables de que la policía y las fuerzas de seguridad golpea y tortura a los detenidos, especialmente en el período que sigue inmediatamente a la detención" (ídem, 1992, pág. 539); o Amnesty International, 1991, pág. 67: "fue reportada la tortura de detenidos políticos mantenidos ilegalmente en instalaciones del ejército".

"La legislación extraordinaria ha abierto algunos espacios para las Fuerzas Armadas y la policía... evitando los controles propios del estado de derecho tales como la actividad de los fiscales del *Ministerio Público* o de la Procuraduría de Derechos Humanos, quienes realmente no pueden asistir a las declaraciones ni recibir las informaciones necesarias... en muchos casos hemos constatado que las fuerzas de seguridad han aprovechado estas facultades ... definitivamente han permitido a las fuerzas de seguridad violar los derechos humanos, principalmente en los siguientes ámbitos: mediante la tortura, que ha adquirido mayor importancia y que se practica en las declaraciones de ausencia del defensor y del fiscal... por medio de tratamientos muy sutiles, que normalmente no dejan huellas, ... violencia psíquica y a veces también física; además existen numerosos casos de detenciones ilegales, es decir, sin orden previa y sin que se trate de un delito cometido en flagrancia..."<sup>63</sup>.

En Perú, donde la detención provisional está admitida constitucionalmente hasta 15 días (2.20 g), también se reprocha a las fuerzas de seguridad la utilización sistemática de torturas durante las declaraciones y el hacer 'desaparecer' luego al detenido:

"Grupos de derechos humanos formulan la imputación de que los sospechosos de subversivos tenidos por el gobierno son habitualmente torturados...; esto es confirmado por abogados y otras personas familiarizadas con la policía y el sistema judicial. El ministerio público advirtió que la mayoría de los detenidos por autoridades militares mostraban signos de maltratos o torturas"<sup>64</sup>.

"Las personas que luego de una detención 'reaparecen' ...describen numerosas torturas durante las declaraciones ... Cuando son descubiertos los cuerpos de los 'desaparecidos', estos muestran muchas huellas de tortura"<sup>65</sup>.

Sin embargo, la mayoría de los detenidos 'provisionales' no vuelven a aparecer, sino que permanecen 'desaparecidos'. De este modo "desaparecieron" en Perú entre 1983 y 1991 más de 5000 personas luego de una detención (provisional) fundada en la mayoría de los casos en actividades subversivas<sup>66</sup>. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, por ello, ha condenado al Perú en los casos mencionados en la forma que sigue:

<sup>63</sup> *Entrevista*, Bogotá, 16-11-90; similar H. Pinzón (CNPDH), *entrevista*, Bogotá, 17-9-90; Jesús María Valle, *entrevista*, Medellín, 14-9-90; vid. también Americas Watch, 1990, págs. 98 y ss.; Comisión Internacional de Juristas / Comisión Andina de Juristas, 1990, págs. 119 y ss. Amnesty International, 1988a, así como la respuesta del gobierno colombiano: Presidencia de la República, 1988.

<sup>64</sup> US Department of State, 1990, pág. 74; similar, ídem, 1992, pág. 712: "...son comunes los cargos de trato brutal de los detenidos" (traducc. del original). También Amnesty International, 1991, pág. 184: "La tortura y el maltrato como medios de interrogación e intimidación de los detenidos políticos son reportadas con frecuencia" (traducc. del original).

<sup>65</sup> Americas Watch / Comisión Andina de Juristas, 1990, págs. 84 y ss.; F. Soberón (APRODEH), *entrevista*; Lima, 10-10-90; C. Chávez (entonces defensor del pueblo), *entrevista*, Lima, 10-10-90.

<sup>66</sup> Vid. US Department of State, 1991, págs. 740 y ss.; Amnesty International, 1991, págs. 83 y ss.; IA 58, Lima, septiembre de 1991, pág. 7. Sin embargo, durante 1991 se redujo la cantidad de desaparecidos (vid. US Department of State, 1991, pág. 711).

“...tal hecho configura una grave violación al derecho a la vida, la integridad personal, derecho a la libertad personal y al derecho a las garantías judiciales (arts. 4, 5, 7, 8 de la CADH) (por parte del estado peruano)”<sup>67</sup>.

En Bolivia, debido a la ausencia de una oposición armada seria, tales lesiones flagrantes a los derechos humanos son informadas con menor frecuencia. A pesar de ello, también aquí los fundamentos de injerencia demasiado generosos favorecen las lesiones a los derechos humanos por parte de las fuerzas de seguridad en el marco de la detención provisional, como lo muestra un reciente caso: a fines de 1990, por lo menos doce de los secuestradores del empresario Lonsdale fueron torturados brutalmente durante las declaraciones, otros de los detenidos no quisieron admitir los maltratos por temor a las represalias amenazadas<sup>68</sup>. Según un informe de la Washington Office on Latin America, una organización norteamericana de derechos humanos no estatal, en la primera mitad de 1991 proliferaron las lesiones a los derechos humanos de los órganos estatales de seguridad<sup>69</sup>. Según el Departamento de Estado norteamericano, existen “alegos de tortura, cargos dignos de crédito de crueldad y tratamiento degradante de los detenidos...”<sup>70</sup>.

Estos abusos por parte de las fuerzas de seguridad han conducido a una gran desconfianza de la justicia, especialmente de los jueces, respecto de los resultados de la instrucción policial. Según una investigación de Mejía, las actas de declaraciones policiales no respetan principios esenciales en materia probatoria y numerosos procedimientos debieron ser sobreesidos debido a falta de pruebas, incluido el recurso a confesiones obtenidas por medio de violencia y coacción<sup>71</sup>. Por ello, además de los déficits formales y técnicos, especialmente los medios prohibidos de obtención de la declaración aplicados por la policía son responsables de que la mayoría de los jueces —95-98% en Perú<sup>72</sup>— no confíe en los resultados de la instrucción policial y que numerosas denuncias policiales terminen en sobreesimientos o absoluciones.

#### D) ¿Comprobación de la conformidad a derecho del encarcelamiento por medio del habeas corpus?

a) Significación del *habeas corpus* y situación legal. Desde el punto de vista de los abusos posibles y efectivos con posterioridad a la detención provisional, aparece como ineludible para el Estado de derecho el control judicial de la

<sup>67</sup> OEA, 1991, págs. 35 y ss., p.e. págs. 279 y s.

<sup>68</sup> IA 55 / junio 1991 / p. 2; respecto de este caso, también Amnesty International, 1991, pág. 45; US Department of State, 1991, págs. 515 y ss.; respecto de anteriores lesiones a los derechos humanos, Comisión Andina de Juristas, 1988a, págs. 76 y ss.

<sup>69</sup> Según IA 55 / junio 1991 / págs. 1 y s.

<sup>70</sup> US Department of State, 1992, pág. 507.

<sup>71</sup> MEJÍA, 1989, págs. 407 y ss. (417 y ss.); también entrevistas y conversaciones con jueces, entre otros juristas, especialmente E. SAAVEDRA, Bogotá, 19-9-90; J. ALDERETE, La Paz, 25-10-90; PAREDES / MERCADO, La Paz, 1-11-90.

<sup>72</sup> MEJÍA, 1989, págs. 411, 418 y s.

conformidad a derecho de la detención. Tal control puede ser logrado por medio del recurso de *habeas corpus*, el cual se remonta al Acta de *habeas corpus* inglesa de 1679, y que resulta comparable con el examen de la detención de los §§ 117 y ss. StPO. Por medio de él, las detenciones arbitrarias en la vía administrativa, especialmente la policía, pueden ser prohibidas mediante la posibilidad de un control judicial de la juricidad de la medida, o en su caso, limitadas, o cuando menos ‘reparadas’ a posteriori —por medio de la confirmación de la conformidad a derecho de la detención o la liberación del detenido—<sup>73</sup>. De allí que la CADH prevea en su art. 25 que el *habeas corpus* “constituye un recurso sencillo y rápido” para la protección frente a la detención arbitraria y que no pueda ser ni “restringido ni abolido” si está previsto por los ordenamientos jurídicos nacionales (art. 7 num. 6, vid. también art. 8 de la Declaración General de los Derechos Humanos, 2 num. 3 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos = PIDCP). Dado que las Constituciones referidas contienen tales regulaciones (arts. 23 a red./ 28 n. red. Const. col., 295 Const. per., 18 Const. bol.) la restricción normativa o fáctica del *habeas corpus* resulta en principio inadmisibles.

A pensar de ello, en todas las legislaciones especiales se encuentran limitaciones al *habeas corpus*.

En Colombia el *habeas corpus* fue limitado por el decreto 182/88 del 27-1-88, pudiendo ser impuesto a partir de él solamente ante jueces de una instancia superior (*jueces superiores*), y no ya ante cualquier juez de primera instancia conforme al art. 456 del C. de P. P. a pesar de que aquellos tienen su asiento solamente en las ciudades más grandes y no funcionan durante la vacancia judicial. Por otro lado, la decisión judicial se hizo depender temporalmente de la del *ministerio público*, con lo cual se la dilata innecesariamente<sup>74</sup>. Aunque la Corte Suprema de Justicia, en el marco del control constitucional conforme el art. 121 Const., negó una limitación del *habeas corpus* mediante el decreto 182/88<sup>75</sup>, el (nuevo) gobierno comparte la opinión aquí sostenida, y ha atenuado las restricciones al *habeas corpus* permitiendo su interposición también ante el juez penal más “próximo” (art. 62 decreto 99/91). Sin embargo, el decreto 1156 del 11-7-92, dictado sobre la base del primer Estado de Comoción Interior (véase acta 15), excluyó el derecho a un *habeas corpus* para los detenidos de “orden público” (particularmente narcotráfico y terrorismo!), declarando inaplicable el art. 15 del nuevo C. de P. P.

En Perú, el *habeas corpus* es incluso expresamente excluido —tanto en la legislación en materia de terrorismo (6ª disposición complementaria de la ley 24.700) como de drogas (art. 71 DL 22.095)—. A esto se agrega que la jurisprudencia considera suficiente para la detención provisional una mera sospecha fundada en

<sup>73</sup> Vid. FIX-ZAMUDIO, 1989, págs. 139 y ss., con otras referencias.

<sup>74</sup> Así también los votos en disidencia de MANTILLA, SAAVEDRA, MARTÍNEZ en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 3-3-88 respecto de la constitucionalidad, en BARCO, 1990, págs. 491 y ss. (496 y ss.); concordantemente, VELÁSQUEZ, 1989, págs. 242 y ss.; AMBOS, 1989, págs. 108 y ss.; MATYAS, 1988, págs. 96 y ss. (98).

<sup>75</sup> Sentencia del 3-3-88 (idem), en BARCO, 1990, págs. 491 y ss. (494).

terrorismo o tráfico de drogas<sup>76</sup>, lo cual ha conducido a una criticable pérdida de efectividad del derecho de *habeas corpus*. Según una investigación de EGUIGUREN / MARAVÍ<sup>77</sup>, entre 1983 y 1990, de los recursos de *habeas corpus* interpuestos contra detenciones provisionales solamente fue declarado admisible en el 9,5% de los casos impugnados, y en los casos de incomunicación, en solamente 4,3%. Esto se explica, según la investigación, en que el control judicial se limita a la duración de la detención, sin revisar la conformidad a derecho formal y material de la restricción de la libertad.

En *Bolivia*, aunque no existe una restricción normativa expresa del *habeas corpus*, los jueces señalan que su efectividad práctica es escasa<sup>78</sup>.

b) ¿Restricción admisible sobre la base del estado de excepción? En todo caso puede justificarse una limitación del *habeas corpus* en que Colombia y Perú se encuentran en estado de excepción —estado de sitio según art. 121 ant. red. / *conmoción interior* según arts. 213 y s. n.red. Const. col. y estado de emergencia según el art. 231 Const. per. respectivamente (notas 15, 51)— y en que para la restauración del orden público es necesaria (también) una suspensión del *habeas corpus*, lo cual en el caso del Perú solamente es válido para una parte del territorio (nota 51). La Constitución colombiana posibilita al ejecutivo la suspensión de leyes (y garantías) que resulten “incompatibles” con el “estado de sitio” (art. 121 a.red.) o la “conmoción interior” (213 n.red.). La Constitución peruana permite —como en el caso de terrorismo y narcotráfico— la detención provisional hasta 15 días (art. 231 en relación con el 2.20 g). Esto ha conducido en ambos países a una amplia restricción del *habeas corpus* por medio de la jurisprudencia. En *Colombia*, la *Corte Suprema de Justicia* ha afirmado la constitucionalidad del decreto 182/88 (formal) con la referencia a su *ratio* (“restauración del orden público”), negando una restricción material del *habeas corpus*. En *Perú*, la jurisprudencia mayoritaria sostiene la opinión conocida como *tesis negativa*, según la cual el establecimiento del estado de emergencia constituyen ‘cuestiones políticas no judiciales’, que no permiten el control judicial de la restricción de la libertad mediante el *habeas corpus*<sup>79</sup>.

Sin embargo, argumentos de naturaleza dogmático-jurídica y de práctica jurídica hablan en contra de estas opiniones.

El punto de vista que subyace a las jurisprudencias colombiana y peruana, en cuanto a que la vigencia y aplicación del *habeas corpus* impide la restauración

<sup>76</sup> De otra opinión la doctrina mayoritaria, que exige la flagrancia, vid. EGUIGUREN, 1990, págs. 108 y ss.

<sup>77</sup> EGUIGUREN / MARAVÍ, 1991, págs. 9 y ss. (15 y ss.); cifras para el período 1983-87 se encuentran también en EGUIGUREN, 1990, págs. 89 y ss.; también Amnesty International, 1991, pág. 183: “En las zonas de emergencia el *habeas corpus* no fue suspendido, pero los tribunales generalmente no implementan este derecho...”.

<sup>78</sup> PAREDES / MERCADO, entrevista, La Paz, 1-11-90.

<sup>79</sup> Vid. EGUIGUREN, 1990, pág. 113.

del orden público, y que por ello se debe negar un examen de su conformidad a derecho material, resulta cuestionable desde la perspectiva del Estado de derecho. El texto de la CADH no aclara indubitablemente esta cuestión, a pesar de la prohibición de restricción del art. 7 num. 6 mencionada, ya que el art. 27 que regula el estado de excepción solamente prohíbe expresamente la suspensión de los derechos de los arts. 3-6, 9, 12, 17, 18, 20, 23 (art. 27 num. 2), pero no los derechos que garantizan el *habeas corpus* (art. 7 num. 6 y 25). Se plantea por tanto la cuestión de la relación existente entre la regulación del estado de emergencia (art. 27) y el art. 7 num. 6 como así también 25. En tal medida, el Tribunal Interamericano de Derechos Humanos ha establecido en dos dictámenes el rol fundamental del *habeas corpus* y la imposibilidad de su supresión que de ello se sigue. En la *Opinión Consultiva* 8/87 se dijo:

“...es esencial la función que cumple el *habeas corpus* como medio para controlar el respeto a la vida e integridad de la persona, para impedir su desaparición o la indeterminación de su lugar de detención, así como para protegerla contra la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”.

De ello sigue, que el *habeas corpus* (y los otros procedimientos de los arts. 25.1 y 7.6 de la CADH).

“no pueden ser suspendidos conforme al art. 27.2 porque constituyen garantías judiciales indispensables para proteger derechos y libertades...”<sup>80</sup>.

En la *Opinión Consultiva* (OC) 9/87 se reforzó este punto de vista y se resolvió:

“...deben considerarse como garantías judiciales indispensables... el *habeas corpus* o cualquier otro recurso efectivo entre los jueces o tribunales competentes, destinado a garantizar el respeto a los derechos y libertades cuya suspensión no esté autorizada por la misma Convención”<sup>81</sup>.

Con esto se corresponde también la opinión de la Comisión de Derechos Humanos del PIDCP (art. 28), que considera incompatible con la pretensión de un control de la conformidad a derecho de la detención la exclusión del *habeas corpus* en ciertas situaciones de excepción, tal como la detención por razones de seguridad nacional<sup>82</sup>.

La necesidad de un control (también) de derecho material de la detención provisional, especialmente de su vinculación con las causas del estado de excepción y su proporcionalidad<sup>83</sup>, se sigue, además, de razones de práctica jurídica. Según la

<sup>80</sup> Opinión Consultiva OC-9/87 del 30-1-87, §§ 35, 42 y s., en OEA, 1988a, págs. 17 y ss. (26 y s., 29); al respecto también GARCÍA SAYAN, 1988, págs. 53 y ss.; concordantemente, EGUIGUREN, 1990, págs. 113 y ss.; también O'DONNELL, 1988, págs. 135 y ss.; acerca de la pretensión a un recurso eficiente, idem, págs. 191 y ss.

<sup>81</sup> Opinión Consultiva OC-8/87 del 6-10-87, § 41, en OEA, 1988b, págs. 13 y ss. (23 y s.).

<sup>82</sup> Vid. el pedido de dictamen de la Comisión del 10-10-86, en OEA, 1988a, págs. 13 y ss.; también GARCÍA SAYAN, 1988, pág. 136.

<sup>83</sup> Así, la tesis del “control judicial parcial”: más amplia, la tesis del “control judicial amplio o completo”, que exige adicionalmente el control de la juridicidad del estado de excepción, vid. EGUIGUREN, 1990, págs. 113 y ss.; vid. también los votos en disidencia de MANTILLA, SAAVEDRA, MARTÍNEZ en la sentencia respectiva de la Corte Suprema colombiana (nota 70).

investigación peruana de EGUIGUREN / MARAVÍ ya citada, claramente la mayoría de los *habeas corpus* (41,2%) interpuestos entre 1983 y 1990 lo fueron por detenciones provisionales<sup>84</sup>. Como ya se señalara más arriba, en todos los países se conocen casos en los cuales la policía detuvo a personas bajo la imputación de actividades terroristas o delitos de drogas, para abusar con métodos prohibidos de obtención de la declaración de los plazos de detención e instrucción más prolongados para la obtención de información que surgen de la legislación especial. El *habeas corpus* adquiere, por ello, una especial importancia justamente en el caso de la incomunicación:

“...torturas y apremios... suelen ocurrir especialmente durante prolongados períodos de incomunicación, en los cuales el detenido carece de medios y recursos legales para hacer valer sus derechos. Es precisamente en estas circunstancias cuando el recurso de *habeas corpus* adquiere su mayor importancia”<sup>85</sup>.

A fin de impedir abusos de los órganos estatales de seguridad o, al menos, limitarlos, resulta imprescindible un amplio control judicial de la detención, lo cual puede ser intentado mediante el *habeas corpus*. Este examen es especialmente necesario durante el estado de excepción, en particular con respecto a los derechos humanos no suprimibles del art. 272 CADH. Las limitaciones del *habeas corpus* referidas, según esto, van en contra de las normas de la CADH citadas.

#### 4. CONCLUSIONES

Teniendo en cuenta los abusos de la detención provisional posibles y efectivos que se producen como consecuencia de la legislación especial vigente, en particular para eliminar la oposición política y social, resultan ineludibles reformas conforme al Estado de derecho en el nivel normativo. Tales reformas deberían orientarse en lo esencial a dos objetivos: por un lado, se trata de limitar posibilidades de detención de las fuerzas de seguridad que surgen de la legislación especial, a fin de que no tantas personas se vean expuestas (III 2) a la posibilidad de abusos; por otro lado, se debe garantizar al detenido una protección jurídica más eficiente.

De ello resultan, en particular, las siguientes exigencias de *lege ferenda*:

\* Mayor determinación y concreción de los presupuestos o fundamentos de la detención provisional, mediante una formulación más estricta de los tipos de terrorismo y tráfico de drogas respectivamente (III 2) y detenciones solo fundadas en una sospecha concreta y vehemente<sup>86</sup>.

<sup>84</sup> EGUIGUREN / MARAVÍ, 1991, págs. 14 y s. 868 del total de 2019, luego siguen, libertad individual (13,8%), integridad personal (8%), detención en incomunicación (5,4%), derecho de defensa ????

<sup>85</sup> Presidente de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, citado según OC 8/87 (nota 68) § 36 (OEA, 1988, pág. 27); también en GARCÍA SAYAN, 1989, pág. 59; O'DONNELL, 1988, pág. 139.

<sup>86</sup> Vid. en esta medida el art. 202 del Código Procesal Modelo para Iberoamérica elaborado en 1988 por BERNAR /DE LA RÚA / PELLEGRINI / MAIER: el decreto de la *prisión preventiva* (!) exige, según este, “convicción suficiente” de la “probabilidad” de que el imputado es autor o participe así como el peligro concreto de fuga u obstrucción; la aprehensión solamente es admisible en casos de flagrancia, persecución del autor u orden judicial (arts. 200 y s.), vid. Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, 1989.

\* Inmediata notificación a los órganos judiciales (fiscal o juez) —como máximo dentro de las 48 horas— o a los parientes o amigos del detenido; la dilación culpable de tales notificaciones debería estar amenazada con sanciones.

\* En general, especialmente en Colombia y Perú, plazos de arresto más breves; los prolongados plazos previstos hacen caer en abusos (III, 3), y ciertamente, tampoco hacen más eficiente la lucha contra el delito, ya que una gran parte de los detenidos debe ser liberado ya por la policía, ya por sobreseimiento del procedimiento (III, 2), y, por lo demás, los abusos pueden producir la solidarización de parte de la población.

\* Eliminación de la incomunicación completa, ya que esto deja totalmente expuesto al detenido a la arbitrariedad estatal, sin resultar particularmente útil para la lucha contra el delito; en esa medida el art. 79 del C. de P. P. per. contiene un *standard* mínimo al garantizar el contacto entre detenido y defensor.

\* Garantía irrestricta del *habeas corpus* en el sentido de las normas de la CADH, esto es, control completo de derecho material de la conformidad a derecho de la detención (III 4); en caso de una considerable prolongación de los plazos de detención también resulta pensable el control de la detención en razón de la función.

Tales exigencias normativas, que tan bien suenan, no deben engañar en cuanto al hecho de que el poder fáctico de las fuerzas de seguridad, especialmente de los militares, ha impedido la introducción de reformas acordes con el Estado de derecho. Por lo demás, la sola introducción de leyes conforme al Estado de derecho no evitará las lesiones a los derechos humanos en el curso de la detención provisional en tanto la doctrina militar de la ‘seguridad nacional’ continúe imponiendo la destrucción de la ‘subversión’ por medio de una ‘guerra sucia’<sup>87</sup>.

#### BIBLIOGRAFÍA

- ALBRECHT, H. J. / VAN KALMTHOUT, A. (comp.): *Drug policies in Western Europe, Freiburg/Br.*, (Kriminologische Forschungsberichte aus dem MPI für ausländisches und internationales Strafrecht), 1989.
- ALBRECHT, H. J.: *Suchtgiftgesetzgebung im internationalen Vergleich, Forensia Jahrbuch*, tomo 2, Berlin/Heidelberg, 1991, págs. 69-88.
- AMBOS, K.: *Terrorismo y ley. Análisis comparativo: RFA, Gran Bretaña, Perú y Colombia*, Lima, (CAJ), 1989.
- AMBOS K. (1991a): “Anden. Der Krieg ohne Öffentlichkeit”, en *Lateinamerika Nachrichten* 202/Abril 1991/ págs. 29 y ss.
- AMBOS K. (1991b): “Derechos Humanos y persecución penal en América Latina”, en *Boletín de la Comisión Andina de Juristas*, Lima, núm. 31, diciembre, 1991, pág. 142 y en *Nuevo Foro Penal*, Medellín, núm. 53 (1991), pág. 101.
- AMBOS K. (1991c): “USA-Kolumbien: Ende der Auslieferung?”, en *Neue Kriminalpolitik* 4/91, pág. 12.

<sup>87</sup> Vid. TOCORA, sin año, págs. 121 y ss.; WERZ, 1991, págs. 163 y ss. (175 y ss.); SPITTA, 1991, págs. 141 y ss., este último con cita de K. SCHMITT: “Los partisanos solo pueden ser combatidos en la manera de los partisanos”.

- AMBOS, K.: "Auf dem Weg zur Hölle. Lateinamerikanische Gefängnisse von innen", en *Lateinamerika Nachrichten* 217/218, julio/agosto 1992, pág. 80.
- AMERICAS WATCH / COMISION ANDINA DE JURISTAS (AW/CAJ): *Una guerra desesperada: Los Derechos Humanos en el Perú después de una década de democracia y violencia*, Lima, 1990.
- AMERICAS WATCH: *The 'drug war' in Colombia. The neglected tragedy of political violence*, Nueva York, 1990.
- AMERICAS WATCH (1992a): *Murder and Reform in Colombia. The violence continues*, Nueva York, 1992.
- AMERICAS WATCH: *Perú. Civil Society and Democracy under fire*, Nueva York, 1992.
- AMNESTY INTERNATIONAL: *Caught between two fires*, Londres, noviembre, 1989.
- AMNESTY INTERNATIONAL: *Colombia. Serie Documentos*, 1988a.
- AMNESTY INTERNATIONAL: *Menschenrechtsverletzungen in den Gebieten unter Ausnahmezustand*, Frankfurt, 1988b.
- AMNESTY INTERNATIONAL: *Report 1991*, Londres, 1991.
- AMNESTY INTERNATIONAL (1992a): *Report 1992*, Londres, 1992.
- AMNESTY INTERNATIONAL (1992b): *Human Rights during the government of Pres. A. Fujimori*, Londres, 1992.
- BARCO V.: *En defensa de la democracia y las libertades ciudadanas: La lucha contra el narcotráfico y el terrorismo en Colombia*, Bogotá, 1990.
- BEDREGAL, G./VISCARRA, R.: *La lucha boliviana contra la agresión del narcotráfico*, La Paz, 1989.
- CANCINO /MONROY / GRANADOS: *La legislación de emergencia y la justicia penal*, Bogotá, 1990.
- CARRANZA, E.: "Situación y perspectivas penitenciarias en América Latina y el Caribe, en *Alternativas a la prisión en América Latina y el Caribe*, Costa Rica, (ILANUD), 1990.
- CARRANZA /MORA / HOUED /ZAFFARONI: "El preso sin condena" en *América Latina y el Caribe*, San José (ILANUD), 1988.
- COMISIÓN ANDINA DE JURISTAS (CAJ): *Bolivia: Neoliberalismo y derechos humanos*, Lima, 1988a.
- COMISIÓN ANDINA DE JURISTAS - SECCIONAL COLOMBIANA (CAJ-SC): "Las otras caras de la guerra a la mafia", en *Informativo Legislativo y Jurisprudencial*, Bogotá, febrero 1990, págs. 101 y ss.
- COMISIÓN ANDINA DE JURISTAS: *Normas internacionales sobre derechos humanos*, Lima, 1988b.
- COMISIÓN ESPECIAL del Senado sobre las causas de la violencia y alternativas de pacificación en el Perú: *Violencia y pacificación*, Lima, (DESCO / CAJ), 1989.
- COMISIÓN INTERNACIONAL DE JURISTAS / COMISIÓN ANDINA DE JURISTAS: *Violencia en Colombia*, Lima, 1990.
- DEGREGORI, C. I.: *Sendero Luminoso*, Lima (IEP), 1990.
- EGUIGUREN, F.: *Los retos de una democracia insuficiente*, Lima (CAJ), 1990.
- EGUIGUREN, F. /MARAVÍ, M.: "Análisis de las principales tendencias cuantitativas en la jurisprudencia de Hábeas Corpus en el Perú" (1983-1990), en *Boletín de la CAJ*, núm. 28/marzo 1991 /págs. 9 y ss.
- FIX-ZAMUDIO, H.: "Die Verfassungskontrolle in Lateinamerika", en HORN, H. R. / WEBER, A.: *Richterliche Verfassungskontrolle in Lateinamerika*, Spanien und Portugal, Baden Baden, 1989, págs. 129 y ss.

- GALLÓN, G. (1991a): *Un estado en su sitio*, versión preliminar, Bogotá, (CINEP-informe de investigación 2), 1991.
- GALLÓN, G. (1991b): *Del estado de sitio al estado de excepción*, Bogotá, (CAJ-SC), octubre 1991.
- GARCÍA SAYAN, D.: *Hábeas Corpus y Estados de Emergencia*, Lima, 1988.
- GORRITI, G.: *Sendero Luminoso*, Lima, 1990.
- HARB, B.: *Código Penal boliviano*, La Paz, 1987.
- INSTITUTO IBEROAMERICANO DE DERECHO PROCESAL: *Código Procesal Modelo para Iberoamérica*, Argentina, 1989.
- JIMÉNEZ, E.: "La Convención Americana como Derecho interno", en *Normas vigentes en materia de derechos humanos en el sistema interamericano*, Uruguay, 1988, págs. 27 y ss.
- KOKOTT, J.: *Das interamerikanische System zum Schutz der Menschenrechte*, Heidelberg (MPI für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht), 1986.
- LATIN AMERICAN BUREAU: *Perú: Paths to Poverty*, Londres, 1985.
- LLOBET, J.: "Indemnización al absuelto que sufrió prisión preventiva", en *Ciencias Penales* (Costa Rica), núm. 2 (1990), págs. 23 y ss.
- MAIER, J.: *Cuestiones fundamentales sobre la libertad del imputado*, Argentina, 1981.
- MATYAS, E.: "Colombia: Estatuto de Defensa o vía crucis de la democracia", *Boletín de la CAJ*, núm. 18/julio 1988, págs. 96 y ss.
- MAYER, H.: *Kolumbien: Der schmutzige Krieg*, Hamburg, 1990.
- MEJÍA, M. B.: "La ley y los procesos por narcotráfico", en LEÓN F. / CASTRO DE LA MATA, R., *Pasta básica de cocaína*, Lima (CEDRO), págs. 407 y ss.
- MEYER, J.: "Rechtsvergleichender Querschmitt", en MEYER, JÜRGEN (comp.): *Betäubungsmittelstrafrecht in Westeuropa*, Freiburg, 1987, págs. 729 y ss.
- MINVIELLE, B.: "Convención Americana sobre Derechos Humanos", en *Doctrina Penal*, Argentina, núm. 41, 1988, págs. 64 y ss.
- NOHLEN, D. y otros: *Bolivien*, en Idem/Nuscheler, Franz (comp.): *Handbuch der Dritten Welt*, tomo 2 (Südamerika), Hamburg, 1982, 2ª ed., págs. 109 y ss.
- O'DONELL, D.: *Protección internacional de los derechos humanos*, Lima, (CAJ), 1988.
- ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS (OEA): *Informe Anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 1987, Washington D.C., 1988a.
- ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS (OEA): *Informe Anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 1988, Washington, D.C., 1988b.
- ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS (OEA): *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1990-1991*, Washington D.C., 1991.
- ORTEGA T., JORGE: *Código Penal y Código de Procedimiento Penal (decreto 50 de 1987)*, Bogotá, 1990.
- PEARCE, J.: *Colombia. Inside the labyrinth*, Londres (Latin American Bureau), 1990.
- PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA: *La lucha contra la violencia y la impunidad: un empeño democrático*, Bogotá, 1988.
- RAMÍREZ, R.: *Códigos de Procedimientos Penales*, Lima, 1991.
- RUBIO C., M.: *Legislación peruana sobre drogas a partir de 1920*, Lima, (CEDRO), 1988.
- SIMMA B./FASTENRATH U.: *Menschenrechte. Ihr internationaler Schutz*, Munich, 3ª ed., 1992.

- SPITTA, A.: "Partisanen kann man nur auf Partisanenart bekämpfen". Über die ideologischen Wurzeln und Rechtfertigungen der "guerra sucia" in Lateinamerika (insbesondere in Argentinien), en TOBLER, H. P./WALDMANN, P. (comp.): *Staatliche und parastaatliche Gewalt in Lateinamerika*, Frankfurt, 1991, págs. 133 y ss.
- TARUSELLI, C.: "Aplicación del criterio 'razonabilidad' en causas donde se ha procesado por delitos inexcusables", en *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, núm. 1, 1989.
- THUN, K.: "Das 'Verschwindenlassen' von Menschen vor dem Interamerikanischen Gerichtshof für Menschenrechte", en *Lateinamerika. Analysen-Daten Dokumentation*, Hamburg, núm. 6, 1989, 11/12, págs. 59 y ss.
- TOCORA, F.: "Política criminal y dictaduras militares de seguridad nacional en América Latina", en *Capítulo Criminológico*, núm. 14, Venezuela, págs. 121 y ss.
- TREJOS, G.: "La Convención Americana sobre Derechos Humanos en la jurisprudencia de la Sala constitucional de Costa Rica", en *Revista de Derecho Constitucional*, 1, San José (Corte Suprema de Justicia), enero/abril, 1991, págs. 65 y ss.
- US DEPARTMENT OF STATE: "Country Reports on Human Rights Practices for 1989", Washington D.C., febrero 1990, resumen en español en *Boletín de la CAJ*, núm. 25 (junio 1990), págs. 101 y ss. (111).
- US DEPARTMENT OF STATE: *Country Reports on Human Rights Practices for 1990*, Washington D.C., febrero 1991.
- US DEPARTMENT OF STATE: *Country Reports on Human Rights Practices for 1991*, Washington D.C., febrero 1992.
- VELÁSQUEZ, F.: *La actual política criminal en materia de tráfico y consumo de drogas en Colombia*, Medellín, 1991 (disertación en la Conferencia sobre política en materia de drogas en Málaga, España, mayo 1991).
- VELÁSQUEZ, F.: *Las drogas*, Medellín, 1989.
- VERDROSS, A./SIMMA B.: *Universelles Völkerrecht*, Berlín, 1984, 3ª ed.
- WALDMANN, P.: "Staatliche und parastaatliche Gewalt: ein vernachlässigtes Forschungsthema", en TOBLER/WALDMANN (comp.): *Staatliche und parastaatliche Gewalt in Lateinamerika*, Frankfurt, 1991, págs. 163 y ss.
- ZAFFARONI, E.: *Sistemas penales y derechos humanos en América Latina* (Informe Final), Argentina, 1986.