

Los Caminos de la justicia penal
y los derechos humanos

Francisco Macedo | coordinador

Los Caminos de la Justicia Penal y los Derechos Humanos



idehpucp

INSTITUTO DE DEMOCRACIA Y DERECHOS HUMANOS

PONTIFICIA **UNIVERSIDAD CATÓLICA** DEL PERÚ. **90 AÑOS**

Los caminos de la justicia penal y los derechos humanos

Primera edición: abril de 2007

Tiraje: 1000 ejemplares

Francisco Macedo (coordinador)

© Agencia Canadiense para el Desarrollo Internacional (ACDI), 2007
Calle Libertad 130, Lima 18 - Perú (sección de Cooperación de la Embajada de Canadá)
Teléfono: (51 1) 444-4015 / Fax: (51 1) 242-1649
www.occ.org.pe

© Agencia Suiza para el Desarrollo y la Cooperación (COSUDE), 2007
Avenida Salaverry 3242, Lima 27 - Perú
Teléfono: (51 1) 264-5001 / Fax: (51 1) 264-1387
www.cosude.org.pe

© Cooperación Alemana al Desarrollo (GTZ), 2007
Avenida Los Incas 172, piso 6, Lima 27 - Perú
Teléfono: (51 1) 421-1333 / Fax: (51 1) 421-4540
www.gtz.de

© Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP), 2007
Calle Tomás Ramsey 925, Lima 17 - Perú
Teléfono: (51 1) 261-5859 / Fax: (51 1) 261-3433
www.pucp.edu.pe/idehpucp

© Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), 2007
Avenida Benavides 786, Lima 18 - Perú
Teléfono: (51 1) 264-5001 / Fax: (51 1) 264-1387
www.pnud.org.pe

Diseño de cubierta: Christine Giese
Diagramación de interiores: Gráfica Delvi

Derechos reservados. Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio, total o parcialmente, sin permiso expreso de los editores.

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N.º 2007-03766

Impreso en el Perú - Printed in Peru

Índice

<i>Salomón Lerner Febres</i> Presentación	11
<i>Francisco Macedo</i> Introducción	15
PARTE I. LA APLICACIÓN DEL DERECHO SUSTANTIVO PARA EL PROCESAMIENTO DE VIOLACIONES DE DERECHOS HUMANOS	23
<i>Eduardo Bertoni</i> Autoría mediata por aparatos organizados de poder: antecedentes y aplicación práctica	25
<i>Yván Montoya</i> El derecho internacional y los delitos	37
<i>Juan Hernández</i> La persecución penal de las graves violaciones del derecho internacional humanitario	61
<i>María Clara Galvis y Katya Salazar</i> La jurisprudencia internacional y el procesamiento de violaciones de derechos humanos por tribunales nacionales	71
<i>Luis Huerta</i> La aplicación de jurisprudencia constitucional para el juzgamiento de violaciones de derechos humanos	93
<i>Iván Meini</i> Los delitos contra la humanidad en el ordenamiento legal peruano	111

<i>Wilfredo Pedraza</i>	
La imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad y otras violaciones de derechos humanos	141
<i>Iván Meini</i>	
Notas sobre el derecho penal del enemigo y los derechos humanos	151
PARTE II. LA AGENDA PROCESAL PARA LA JUDICIALIZACIÓN DE VIOLACIONES DE DERECHOS HUMANOS	165
<i>Douglass Cassel</i>	
Las mejores prácticas para el procesamiento judicial de las violaciones de derechos humanos	167
<i>Víctor Cubas</i>	
La actividad probatoria en los procesos por violación de derechos humanos	175
<i>Ronald Gamarra</i>	
Juez natural y procesos por delitos contra los derechos humanos	183
PARTE III. POLÍTICA JUDICIAL Y POLÍTICA INSTITUCIONAL EN EL JUZGAMIENTO DE VIOLACIONES DE DERECHOS HUMANOS	195
<i>María José Guembe</i>	
Juzgar los crímenes en las transiciones a la democracia	197
<i>Walter Albán</i>	
Actuales riesgos para la judicialización de los casos de la CVR y la lucha contra la impunidad	211
<i>Pablo Talavera</i>	
La experiencia judicial en el procesamiento de las violaciones de derechos humanos	221

EPÍLOGO	
<i>Javier Ciurlizza</i>	
Reflexiones sobre la justicia aplicable a las violaciones de derechos humanos en el Perú	233
Colaboradores	241

Presentación

El Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú fue creado como un espacio universitario de reflexión en torno a temas fundamentales para la vigencia de los derechos humanos y el fortalecimiento del Estado de derecho en nuestro país. A lo largo de sus tres años de funcionamiento, ha constituido una de sus principales preocupaciones el seguimiento de las recomendaciones de la Comisión de la Verdad y la Reconciliación (CVR), no solo por la envergadura y la trascendencia de dicha investigación, sino por considerar que sus sugerencias constituyen una guía importante para construir entre nosotros una nación reconciliada.

Entre los diversos temas que ha abordado, uno que ha merecido su especial interés ha sido el de las condiciones en las que se desarrollan los procesos judiciales por violaciones de los derechos humanos. Sin perjuicio de los esfuerzos de supervisión desplegados por la Defensoría del Pueblo, o del trabajo realizado por los abogados vinculados a organismos de derechos humanos, el IDEHPUCP ha querido contribuir, desde una mirada académica y de formación de capacidades, a que los procesos judiciales en marcha se realicen en consonancia con los estándares más altos en materia de derechos humanos.

Construyendo justicia: verdad, reconciliación y procesamiento de violaciones de derechos humanos fue la primera publicación que, siguiendo esta línea, presentamos en junio de 2005 como parte de un proyecto de formación y difusión apoyado por Oxfam y por el Ministerio de Cooperación de Gran Bretaña. Allí afirmábamos que una de las principales dificultades para la consecución de justicia era la orientación formalista de nuestros magistrados, así como la carencia de políticas adecuadas de atención a las víctimas.

Los talleres desarrollados en diversos lugares del país, los seminarios y las investigaciones conjuntas, nos dieron elementos suficientes para arrojar un diagnóstico inicial de la situación de los procesos judiciales, diagnóstico que fue plasmado en el libro *Procesamiento de violaciones de derechos humanos en el*

Perú: características y dificultades. En aquella publicación, de abril de 2006, identificamos las zonas de entrapamiento que impedían un eficaz acceso a la justicia por parte de las víctimas; esbozamos asimismo los retos sustantivos y procesales que enfrentaban tanto el Poder Judicial como el Ministerio Público, y reconocimos considerables avances con miras a la instalación de un sistema especializado en el área de derechos humanos.

Luego, en *El legado de la verdad: la justicia penal en la transición peruana*, investigación que editamos conjuntamente con el Centro Internacional para la Justicia Transicional (ICTJ), analizamos la compleja agenda que el derecho, como ciencia y como arte, tiene frente a casos masivos de violaciones de los derechos humanos, poniendo particular énfasis en los límites que la justicia penal presenta respecto a la noción integral de la justicia y al análisis debido con relación a sus actores, dentro de un proceso que es básicamente jurídico pero que posee un innegable contenido ético.

El camino transitado hasta ese momento en el marco del proyecto apoyado por la cooperación internacional nos devolvió al texto del *Informe Final* de la CVR, donde se sostiene que la justicia no puede ser entendida solo como el ejercicio eficaz de la pretensión punitiva del Estado, o la mera aplicación de figuras delictivas, sino que ella engloba diferentes dimensiones que deben ser contempladas simultáneamente. Las reparaciones a las víctimas constituyen una de esas dimensiones, así como también las reformas institucionales, especialmente en el campo de la administración de justicia. Esto último a la luz de que, como se muestra en el Informe de la CVR, la combinación de instituciones débiles con autoritarismo corrupto produjo una de las crisis institucionales más graves que ha padecido nuestro país a lo largo de su historia republicana.

La publicación que presentamos ahora, la cuarta en abordar el tema de la judicialización, representa, pues, una síntesis de los esfuerzos que el IDEHPUCP ha desplegado a lo largo de su existencia por brindar herramientas conceptuales y prácticas a los operadores jurídicos. A través de 14 ensayos rigurosamente documentados —cuyo cuidado y coordinación ha estado a cargo de Francisco Macedo en colaboración con los investigadores Pedro Villanueva, Inés Martens y Rosmery Huamán—, destacados consultores nacionales e internacionales describen, por un lado, los diferentes obstáculos jurídicos que enfrenta la consecución de justicia en casos de violaciones de derechos humanos, y bosquejan, por otro, propuestas serias y concretas para superarlos.

Una detenida lectura de sus páginas, más allá de los tecnicismos jurídicos inevitables en estos temas, nos deja la sensación de que los avances produci-

dos no son pocos. Nuestros magistrados se hallan mejor preparados que hace cuatro años para encarar dilemas complejos y el derecho internacional ha dejado de ser una herramienta exótica para ser hoy una referencia ineludible en los procesos. A que ello sea así han contribuido diversos factores, entre ellos la jurisprudencia (incipiente aún, es cierto) de la Sala Penal Nacional, las sentencias del Tribunal Constitucional (algunas de ellas de avanzada y de impecable elaboración) y la labor de abogados debidamente formados que impulsan mejores procesos. De especial significación ha sido la sentencia dictada contra la cúpula de Sendero Luminoso, que no solo es sólida en sus argumentos jurídicos, sino que representa una prueba palpable de que es posible y deseable que, en democracia, se utilice al máximo el debido proceso al momento de juzgar a quienes se declaran enemigos de dicho sistema.

No obstante lo mencionado, los desafíos que se tienen por delante son enormes. El último informe de la Defensoría del Pueblo revela que el 50% de los casos supervisados se encuentran aún en etapa de investigación preliminar y que solo el 5% han culminado con sentencia definitiva. Existen 197 personas con mandato de detención, pero solo en 45 casos esa orden ha sido cumplida, lo que se condice con lo señalado en esta publicación respecto a las resistencias a cumplir las órdenes judiciales. El tema de la defensa legal sigue, por su parte, en suspenso: la mitad de los procesados no cuenta con dicho patrocinio y más del 60% de las víctimas tampoco. Queda claro, por lo demás, que las disposiciones adoptadas por el Ministerio de Defensa para dotar a los miembros de las fuerzas armadas de abogados debieron ser complementadas con el establecimiento de un sistema de defensa legal para las víctimas a cargo de la Defensoría del Pueblo.

Los consultores internacionales que nos acompañan en esta publicación, así como el estudio de experiencias comparadas, nos advierten que los procesos de judicialización por violaciones de los derechos humanos toman muchos años y que, tal como ha ocurrido con los casos chileno y argentino, existe cierto desgaste natural y, con ello, la tentación a retornar a los tiempos de impunidad. No se trata, empero, de recurrir a las cárceles para resolver problemas sociales que presentan múltiples ramificaciones. Para ningún ciudadano consciente y responsable es motivo de satisfacción que un miembro de las fuerzas armadas o de la Policía sea detenido, más aún cuando se sabe que quienes terminan finalmente apresados son los reclutas y subalternos y no los responsables por autoría mediata. Sin embargo, la justicia, en su dimensión judicial, constituye un derecho irrenunciable de aquellas personas a las que se

les arrebató la vida, la esperanza y el derecho a soñar con un país mejor. El IDEHPUCP, al tiempo de cerrar este proyecto, quiere recordar con este libro que el respeto de ese derecho es una exigencia definitiva, impostergable, para hacer de nuestra nación una sociedad verdaderamente reconciliada.

SALOMÓN LERNER FEBRES
Presidente del IDEHPUCP
Lima, marzo de 2007

Introducción

El término *justicia* contempla múltiples acepciones y significados. Teóricamente, se alude a diversas modalidades de justicia: *restaurativa*, *compensatoria*, *histórica* y *retributiva*. El trabajo que ha venido desarrollando el Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP) en relación con la aplicación de justicia en derechos humanos se ha concentrado en la denominada *justicia retributiva*. La *justicia retributiva o penal* —cabe recordar— es aquella que contempla la imposición de castigos impersonales, proporcionales a las ofensas cometidas e individualmente definidos por la agresión de bienes valiosos para la sociedad y, por ello, protegidos jurídicamente. Se basa en la persecución de quienes dañan tales bienes jurídicos y, por tanto, derechos o libertades de otros individuos o grupos, para, en función de la potestad punitiva del Estado, sancionarlos.¹

El interés del IDEHPUCP por contribuir con la mejora en la aplicación de la *justicia penal* para casos de violaciones de derechos humanos se sostiene en una premisa que, previamente, recogiera la Comisión de la Verdad y Reconciliación:² la reconciliación de los grupos e individuos que integran la sociedad peruana no será posible sin la consecución de la justicia.³

¹ Cf. BLOOMFIELD, David, Teresa BARNES y Luc HUYSE (eds.). *Reconciliation After Violent Conflict*. Estocolmo: International Idea, 2003.

² Cf. COMISIÓN DE LA VERDAD Y RECONCILIACIÓN. *Informe Final*. Lima: CVR, 2003, t. IX, pp. 30-31.

³ «Sin una aplicación eficaz de la *justicia retributiva* a las violaciones de los derechos humanos es quimérico pensar en la factibilidad y viabilidad de la edificación de relaciones o la reconstrucción de los deteriorados vínculos de los integrantes de la sociedad peruana. Sin que se investigue, persiga, y sancione las vulneraciones de los derechos y libertades fundamentales no es posible referirse ni apuntar a la reconciliación.

Otra razón que conduce a considerar plausible la afirmación de que, en el Perú, la reconciliación no podrá concretarse sin *justicia retributiva* es la consideración de que esta última reconoce y reivindica los derechos de los afectados. En una sociedad en la que gran parte de sus miembros no disfrutaron de una ciudadanía universal efectiva, la *justicia retributiva* se torna imprescindible». MACEDO, Francisco. «Justicia retributiva y reconciliación en el Perú. Paradojas de la aplicación de la justicia penal ante casos de violaciones de derechos humanos». En Félix Reátegui (coord.). *Transformaciones democráticas y memorias de la violencia en el Perú*. Colección Documentos de Trabajo. Serie Reconciliación, n.º 2. Lima: IDEHPUCP, 2006.

Sobre la base de tal premisa, el Instituto ejecutó en el año de su creación —2004— el proyecto Capacitación en Acceso a la Justicia y Procesamiento de Violaciones de Derechos Humanos, que ofreció cursos, talleres y seminarios para jueces, fiscales, abogados defensores y promotores de derechos humanos en Ayacucho, Huánuco, Cusco y Lima. El proyecto culminó con la edición y difusión del texto *Construyendo justicia: verdad, reconciliación y procesamiento de violaciones de derechos humanos*,⁴ primera publicación del Instituto sobre judicialización de vulneraciones de derechos fundamentales.

Convencidos de la pertinencia del trabajo realizado y de la imperiosa necesidad por continuarlo y extenderlo, se diseñó e implementó entre octubre de 2005 y abril de 2007, el programa Fortalecimiento de la Política de Procesamiento Penal de Violaciones de Derechos Humanos. Esta iniciativa, bastante más ambiciosa que la anterior, procuraba efectuar un aporte más concreto y tangible a la lucha contra la impunidad de los perpetradores de vulneraciones de derechos fundamentales.

El programa se inició con una investigación de campo sobre el estado de los órganos que han recibido el encargo de judicializar las violaciones de los derechos de la persona. La investigación, marcada por la impronta interdisciplinaria característica del IDEHPUCP, recurrió a herramientas metodológicas de las ciencias sociales para intentar aprehender un objeto de estudio esencialmente jurídico. Además de estudiar expedientes y la legislación y jurisprudencia relevante, se conformaron grupos focales con jueces, fiscales y agentes policiales, y se hicieron entrevistas *semidirigidas* a autoridades judiciales y políticas, y a representantes de víctimas de violaciones de derechos fundamentales. Todo ello con el propósito de efectuar una investigación que tomase en cuenta las agencias estatales y no estatales vinculadas con la administración de justicia en derechos humanos.

Los resultados de las averiguaciones fueron publicados en el reporte *Procesamiento de violaciones de derechos humanos en el Perú: características y dificultades*,⁵ y fueron el punto de referencia para las acciones de capacitación. El conocimiento de los obstáculos que enfrentaban las personas e instituciones que asumían —y asumen— la compleja responsabilidad de judicializar las violaciones de derechos fundamentales permitió la formulación y dictado de tres

⁴ MACEDO, Francisco (ed.). *Construyendo justicia: verdad, reconciliación y procesamiento de violaciones de derechos humanos*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2005.

⁵ INSTITUTO DE DEMOCRACIA Y DERECHOS HUMANOS DE LA PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ. *Procesamiento de violaciones de derechos humanos en el Perú: características y dificultades*. Lima: IDEHPUCP, 2006.

cursos cortos en Lima y Ayacucho, que abordaron los temas que se habían identificado como problemáticos en pos de dotar a los operadores judiciales de las herramientas necesarias para afrontarlos.

El programa no solo llevó a cabo intervenciones de investigación y fortalecimiento de capacidades. También se consideraron medidas de impacto público como la creación de un espacio en internet que brindara información útil para quienes laboran en los órganos judiciales encargados de procesar las violaciones de derechos humanos y facilitara la comprensión de la materia para otras personas interesadas, el periódico envío de jurisprudencia a los operadores judiciales y la celebración del seminario internacional El Procesamiento Judicial de las Violaciones de Derechos Humanos en el Perú, que contó con la participación de destacados juristas peruanos y extranjeros, los cuales presentaron sus perspectivas respecto de las mejores formas de juzgar eficazmente los delitos que implican afectaciones de los derechos de las personas, e intercambiaron ideas y pareceres con magistrados, docentes y abogados peruanos.

Como se puede apreciar en la breve reseña presentada, las actividades del programa Fortalecimiento de la Política de Procesamiento Penal de Violaciones de Derechos Humanos estuvieron signadas por la vocación de poner al alcance de jueces, fiscales y abogados distintas alternativas para propender a la efectiva judicialización de las violaciones de derechos fundamentales y, de esa manera, aportar a la realización de la *justicia retributiva* en derechos humanos en nuestro país.

El libro *Los caminos de la justicia penal y los derechos humanos* es el más reciente esfuerzo del IDEHPUCP por contribuir —desde la perspectiva académica propia de la institución y en el ámbito del proyecto Fortalecimiento de la Política de Procesamiento Penal de Violaciones de Derechos Humanos— con el exitoso juzgamiento en sede judicial de las vulneraciones de los derechos de las personas.

Con un objetivo didáctico, el texto recoge 14 ensayos de expertos peruanos y extranjeros relativos a las diferentes dificultades que se confabulan contra la eficiencia del servicio que procesa penalmente las violaciones de derechos humanos. *Los caminos de la justicia penal y los derechos humanos* presenta ejes temáticos que agrupan los artículos en tres grandes rubros: problemas en la aplicación del derecho sustantivo, obstáculos procesales y trabas de índole político-judicial o político-institucional.

La primera parte, «La aplicación del derecho sustantivo para el procesamiento de violaciones de derechos humanos», presenta ocho ensayos elabora-

dos para esbozar respuestas a situaciones problemáticas relacionadas con la utilización del derecho penal para investigar, perseguir y —eventualmente— sancionar las violaciones de derechos humanos.

En primer término, Eduardo Bertoni escribe sobre el empleo de la *autoría mediata por aparatos organizados de poder* para la judicialización de violaciones de derechos fundamentales y la posibilidad de sancionar a los mandos que ordenaron cometer los delitos. Para ilustrar tal construcción teórica, dicho autor compara la situación que vive el Perú con la que atravesó su país, Argentina, y proporciona información importante para un mayor entendimiento del tema.

En «El derecho internacional y los delitos», Yván Montoya nos ofrece un exhaustivo ensayo sobre las formas en que se incorporan los preceptos, normas y jurisprudencia del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho penal internacional en el derecho interno sin que se vulneren las garantías que corresponden a procesados e inculpadados.

Por su parte, Juan Hernández aborda los retos que conlleva la utilización del derecho penal para sancionar las violaciones del derecho internacional humanitario y, con tal fin, analiza los rasgos del conflicto armado no internacional que asoló nuestro país en las dos últimas décadas del siglo xx.

El ensayo de María Clara Galvis y Katya Salazar presenta con sumo detalle los instrumentos del derecho internacional —tratados, convenciones, declaraciones, sentencias— que establecen y sostienen las responsabilidades asumidas por el Perú ante la comunidad internacional por las violaciones de derechos humanos.

Es importante tener en consideración la relevancia de la jurisprudencia vinculante que está produciendo el Tribunal Constitucional del Perú para permitir que el Estado peruano cumpla con sus obligaciones de garantizar los derechos de las personas. Por ello, resulta de interés leer el sistemático repaso que realiza Luis Huerta en su texto «La aplicación de jurisprudencia constitucional para el juzgamiento de violaciones de derechos humanos».

Iván Meini se adentra en el estudio de la tipificación de los delitos que implican violaciones de derechos humanos. En «Los delitos contra la humanidad en el ordenamiento legal peruano», Meini precisa la noción de delito de lesa humanidad, observa y comenta las normas penales peruanas que contienen violaciones de derechos humanos.

Posteriormente, Wilfredo Pedraza se detiene a fundamentar las razones que defienden la tesis —suscrita por el IDEHPUCP— de la imprescriptibilidad

de las violaciones de derechos fundamentales. Para ello, señala la jurisprudencia supranacional, constitucional y judicial relevante.

En el último texto de la primera parte, Iván Meini nos presenta un interesante ensayo sobre las relaciones entre el derecho que cautela los derechos humanos y el denominado *derecho penal del enemigo*, tema central del debate jurídico penal de la actualidad.

«La agenda procesal para la judicialización de violaciones de derechos humanos», segunda parte del libro, aborda los temas de naturaleza procesal penal que mayor controversia generan para el juzgamiento de los atentados contra los derechos humanos.

Douglass Cassel inicia esta segunda parte con un ensayo que da cuenta de las prácticas que permitirían una exitosa judicialización de las violaciones de derechos humanos, las que ha identificado a lo largo de su destacada trayectoria. El texto del jurista estadounidense se titula «Las mejores prácticas para el procesamiento judicial de las violaciones de derechos humanos».

Luego, el ex fiscal de los casos *La Cantuta* y *Barrios Altos*, Víctor Cubas, presenta un alegato sobre la actividad probatoria ante violaciones de derechos fundamentales basado en su experiencia profesional y una emotiva invocación para los magistrados que conocen los casos.

Ronald Gamarra, en «Juez natural y procesos por delitos contra los derechos humanos», despeja las dudas sobre aspectos relacionados con la competencia judicial para los casos de vulneraciones de derechos fundamentales. En particular, explica la incompetencia del fuero militar para conocer casos de tales características y se pronuncia sobre la estructura judicial empleada para procesarlos.

La tercer parte, «Política judicial y política institucional en el juzgamiento de violaciones de derechos humanos», se inicia con un ensayo de María José Guembe, quien se refiere ampliamente a los factores que inciden sobre la acción jurisdiccional pero que tienen directa vinculación con el ejercicio del poder. Tal como Bertoni, Guembe nos ofrece una perspectiva comparada del tema para lo cual toma como base la experiencia de su natal Argentina.

Posteriormente, Walter Albán expone con precisión los elementos de naturaleza política que vienen dificultando la lucha contra la impunidad en el Perú, como el declive de la voluntad política y los problemas originados por la organización de los aparatos judicial y fiscal.

El presidente de la Sala Penal Nacional, Pablo Talavera, en el penúltimo ensayo del libro, hace un esfuerzo de sistematización y expone las tendencias

jurisprudenciales que ha desarrollado dicha instancia judicial en el ejercicio de sus facultades jurisdiccionales.

Finalmente, Javier Ciurlizza, director de proyectos del IDEHPUCP, concluye el libro con un esbozo de balance —en sus palabras, «siempre provisional»— sobre la judicialización de las violaciones de derechos humanos en nuestro país y pone de manifiesto la posición de nuestra institución.

Tenemos la esperanza de que *Los caminos de la justicia penal y los derechos humanos* resulte tan interesante para los lectores como para nosotros ha sido diseñarlo y elaborarlo y, sobre todo, que sea útil para los jueces, fiscales, y abogados involucrados cotidianamente con el cometido de respetar, promover y garantizar los derechos fundamentales de la persona.

Dado que el programa Fortalecimiento de la Política de Procesamiento Penal de Violaciones de Derechos Humanos concluye con la entrega de esta publicación, es indispensable reconocer el aporte de quienes estuvieron vinculados con la ejecución del proyecto.

El constante apoyo de Salomón Lerner Febres, desde la presidencia del Instituto, ha sido fundamental para su adecuado desarrollo. La participación de Javier Ciurlizza como director del proyecto, involucrado en cada una de las actividades, ha sido imprescindible.

La dedicación, compromiso y capacidad profesional de Pedro Villanueva, Inés Martens y Rosmery Huamán, junto con la sapiencia e interés de nuestros consultores Luis Huerta, Elizabeth Salmón, Wilfredo Pedraza y Félix Reátegui, nos permiten afirmar que el programa cumplió sus objetivos. El respaldo de Walter Albán fue, también, muy importante, así como el soporte de Humberto Ordóñez en Ayacucho.

Párrafo aparte merecen las agencias cooperantes, cuya confianza en el trabajo del IDEHPUCP y la confluencia en el objetivo de aportar a la protección judicial de los derechos humanos se constituyeron en elementos vitales para la labor emprendida. Nuestro agradecimiento para la Agencia Canadiense para el Desarrollo Internacional (ACDI), la Cooperación Alemana al Desarrollo (GTZ), la Agencia Suiza para el Desarrollo y la Cooperación (COSUDE) y el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD).

Es menester expresar nuestra gratitud, también, a las personas e instituciones que tuvieron relación con la puesta en práctica de las actividades del proyecto, como Pablo Talavera y los integrantes de la Sala Penal Nacional y los Juzgados Penales Supraprovinciales —y su administradora, Nereyda López—, César Prado y los integrantes de la Corte Superior de Justicia de Ayacucho,

Walter Vásquez Vejarano, Francisco Távara, Luz del Carmen Ibáñez, los integrantes de las Fiscalías Penales Nacionales y las Fiscalías Penales Supraprovinciales, Alfonso Cornejo y los representantes del Ministerio Público en Ayacucho, Adelaida Bolívar, Allan Wagner, Rómulo Pizarro, José Burneo, Iván Meini, José Coronel, Ciro Alegría, Yván Montoya, César Azabache, Ronald Gamarra, Víctor Cubas, Douglass Cassel, Eduardo Bertoni, María José Guembe, Juan Hernández, María Clara Galvis, Katya Salazar, Víctor Cubas, Rómulo Pizarro, María Isabel Hasembank, Iris Jave, Aída Ugarte, Orieta Pérez, Claudia Romero, Kyra Hamann, y ASFADEL, CONDECOREP, COFADER, AJOHVISOP, ANFASEP, JUVENTUD ANFASEP, FROBAJEV, sus representantes y miembros.

FRANCISCO MACEDO
Coordinador del proyecto
Lima, marzo de 2007

Parte I

La aplicación del derecho sustantivo
para el procesamiento de violaciones
de derechos humanos

Autoría mediata por aparatos organizados de poder: antecedentes y aplicación práctica

Eduardo Bertoní

1. Introducción

El juicio que condenó a los integrantes de las juntas militares argentinas por las atrocidades cometidas durante su gobierno ha sido largamente comentado y existe abundante bibliografía al respecto.¹ En este trabajo solo pretendo remarcar algunos aspectos vinculados con la imputación de los responsables y que pueden ser relevantes para la discusión en el Perú, sobre todo a partir de las recomendaciones efectuadas por la Comisión de la Verdad y Reconciliación (CVR). Describiré cómo fue posible interpretar la legislación vigente en Argentina de forma tal que se abrió paso a la *autoría mediata* como criterio de imputación. Seguidamente, haré un repaso de las soluciones que, a problemas similares, se dieron con posterioridad en el ámbito de tribunales penales internacionales hasta llegar a la elaboración del Estatuto de Roma que creó una Corte Penal Internacional permanente. Finalmente, realizaré unas reflexiones dogmáticas básicas que pueden servir para la interpretación de la legislación penal en el Perú a la hora de abordar los juicios por violaciones de derechos humanos.

* Este trabajo reproduce algunas de las ideas plasmadas en tres artículos que he publicado previamente. El primero, en coautoría con Alberto Bovino. *Autoría y participación*. Guatemala: Fundación Myrna Mack, 1998; *Obediencia debida: ¿a quién? Nueva doctrina penal*. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2000/B. El más reciente, «La responsabilidad de comandantes y superiores: problemas teóricos de imputación y la implementación del Estatuto de Roma en el caso argentino». En José Antonio Guevara y Tarciso dal Maso (comps.). *La Corte Penal Internacional: una visión iberoamericana*. México D. F.: Porrúa, 2005.

¹ Un excelente trabajo histórico sobre el juicio puede revisarse en AA. VV. *El libro del diario del juicio*. Buenos Aires: Perfil, 1985.

2. La atribución de responsabilidad penal a las juntas militares en Argentina

En Argentina, los jueces se encontraron ante un caso en el cual los jefes militares no habían *estado presentes* cuando se cometían los hechos que se tuvieron por probados. Posiblemente, hoy en el Perú ocurra lo mismo. En el caso argentino, los jueces debieron justificar la responsabilidad penal de los titulares de las juntas militares y, para ello, interpretaron los conceptos de autoría y participación que derivaban de la legislación vigente en Argentina al momento de los hechos. En otras palabras, para arribar a un fallo condenatorio, no hubo una modificación legislativa *ex post facto* que hubiera tenido graves problemas de aceptación en vista de las garantías que emergen del principio de legalidad.

El capítulo VII de la sentencia trata precisamente sobre *la participación* de los enjuiciados. El primer punto es una referencia a los hechos que se tuvieron por probados. Los jueces señalaron que:

Según ha quedado acreditado en la causa, en una fecha cercana al 24 de marzo de 1976, día en que la Fuerzas Armadas derrocaron a las autoridades constitucionales y se hicieron cargo del gobierno, algunos de los procesados en su calidad de comandantes en jefe de sus respectivas fuerzas, ordenaron una manera de luchar contra la subversión terrorista que básicamente consistía en: a) capturar a quienes pudieran resultar sospechosos de tener algún vínculo con la subversión, de acuerdo con los informes de inteligencia; b) conducirlos a lugares situados dentro de unidades militares o bajo su dependencia; c) una vez allí, interrogarlos bajo tormentos, con el fin de obtener la mayor cantidad de datos posible acerca de otras personas involucradas; d) someterlos a condiciones de vida inhumanas, con el objetivo de quebrar su resistencia moral; e) efectuar todo lo descrito anteriormente en la clandestinidad más absoluta, para lo cual los secuestradores debían ocultar su identidad y realizar los operativos preferentemente en horas de la noche, las víctimas debían permanecer totalmente incomunicadas, con los ojos vendados y se debía negar a cualquier autoridad, familiar o allegado, la existencia del secuestrado y la de eventuales lugares de alojamiento; f) amplia libertad de los cuadros inferiores para determinar la suerte del aprehendido, que podía ser luego liberado, puesto a disposición del Poder Ejecutivo Nacional, sometido a proceso militar o civil, o bien eliminado físicamente.

Los hechos enunciados debían ser realizados en el marco de las disposiciones legales existentes sobre la lucha contra la subversión, pero de-

jando sin cumplir aquellas reglas que se opusieran a lo expuesto anteriormente. Además, integraba el sistema ordenado la garantía de impunidad que se aseguraba a los ejecutores, por vía de lograr que los organismos legales de prevención del delito no interfirieran en la realización de los procedimientos, negando y ocultando la realidad de los hechos ante los pedidos de los jueces, organizaciones, familiares y gobiernos extranjeros, efectuando remedos de investigaciones sobre lo que ocurría, y utilizando al poder estatal para persuadir a la opinión pública local y extranjera de que las denuncias eran falsas y que respondían a una campaña orquestada de desprestigio al gobierno. También ha quedado demostrado en este juicio, que las órdenes impartidas dieron lugar a la comisión de un gran número de delitos de privación ilegal de la libertad, a la aplicación de tormentos y a homicidios. Asimismo, se ha evidenciado que en la ejecución de los hechos, los subordinados cometieron otros delitos que no estaban directamente ordenados, pero que podían considerarse consecuencia natural del sistema adoptado.

Luego de haberse determinado estos hechos, los jueces —punto VII.2 de la sentencia— abordaron directamente la cuestión de la atribución de responsabilidades:

Se trata ahora de establecer si los procesados que emitieron tales órdenes son o no responsables, y en su caso bajo qué forma, de los delitos que imputa la Fiscalía, teniendo especialmente en cuenta que ninguno de ellos ha realizado personalmente las acciones prescriptas en los respectivos tipos penales.

La acusación atribuía responsabilidades en condición de autores mediatos. Fundamentalmente, la Fiscalía entendía que la calidad de autor mediato derivaba tanto del texto del artículo 514 del Código de Justicia Militar argentino,² como de la última parte del Código Penal argentino —que extiende la pena prevista a quienes hubieran determinado a otro a cometer el delito—.³ Posteriormente, revisaré los fundamentos que conducen a la autoría mediata en este tipo de casos.

² Código de Justicia Militar de Argentina. Artículo 514: «Cuando se haya cometido delito por la ejecución de una orden de servicio, el superior que la hubiere dado será considerado cómplice del inferior, cuando este se hubiera excedido en el cumplimiento de la orden».

³ Código Penal de la República de Argentina. Artículo 45: «Los que tomasen parte en la ejecución del hecho o prestasen al autor o autores un auxilio o cooperación sin los cuales no habría podido cometerse, tendrán la pena establecida para el delito. En la misma pena incurrirán los que hubiesen determinado directamente a otro a cometerlo».

Por su parte, el planteo de las defensas fue:

- a) Que el Código Penal Argentino no se adecua a la teoría del dominio del hecho como criterio fundamentados [sic] de la autoría, sino a la teoría formal-objetiva,⁴ punto de vista que conduce a que solo puede ser considerado autor quien haya «ejecutado» la acción típica.
- b) Que la legalidad del delito y de la pena perderían estabilidad si se pudiera definir a la autoría fuera de los contornos del tipo.
- c) Que la autoría mediata resulta inaplicable cuando el instrumento es responsable, pues allí no puede decirse que quien está detrás del autor directo tiene el dominio del hecho.
- d) Que la teoría del aparato organizado⁵ de poder fue concebida para un supuesto fáctico distinto del que se juzga en esta causa y que ha sido muy resistida por la doctrina, por problemas que genera su aplicación a todas las personas que se encuentran entre el que ordenó y el ejecutor.
- e) Que tampoco los procesados son instigadores de los delitos cometidos, pues habría que sujetarse a los principios de la accesoria de la participación, los que se encuentran ausentes, en el caso.

El punto VII.6 de la sentencia, bajo el subtítulo «El camino a seguir», señala que:

[...] a juicio del Tribunal, para establecer el modo de participación de los procesados carece de importancia el determinar la eventual responsabilidad de los ejecutores. Ello así, pues sean o no responsables quienes realizaron personalmente los hechos, los enjuiciados mantuvieron siempre el dominio sobre éstos y deben responder como autores mediatos de los delitos cometidos.

La lectura del fallo permite afirmar, entonces, que, luego de una extensa compilación de las teorías más relevantes sobre la autoría y la participación, los jueces llegaron a la conclusión de la imputación de responsabilidad en calidad de autores mediatos.

Para la afirmación de ese carácter de responsabilidad, se utilizó la normativa vigente. En aquel momento, todavía estaba lejos la creación de una Corte Penal Internacional, cuyo estatuto, el Estatuto de Roma, adoptó alguno de estos criterios. Repasaré en lo que sigue cómo evolucionaron tales criterios en el campo del derecho penal internacional hasta llegar a dicho estatuto.

⁴ Cf. la nota 3.

⁵ Esta teoría es una de las formas de la autoría mediata. Cf. ROXIN, Claus. *Problemas actuales de las ciencias penales y la filosofía del derecho*. Buenos Aires: Ediciones Pannedille, 1970, pp. 59 y ss.

3. La responsabilidad de comandantes y superiores en el derecho penal internacional y los tribunales penales internacionales

Con posterioridad a la Primera Guerra Mundial, una comisión creada por los aliados para adjudicar responsabilidad a los oficiales alemanes, entendió que ello podía llevarse a cabo mediante una combinación de distintos factores: poder de intervención, conocimiento de los crímenes que realizaban los subordinados y la omisión de actuar ante tales circunstancias. Sin perjuicio de que en Estados Unidos y en Japón esta idea no fue bien recibida, lo cierto es que los juicios realizados en Alemania reconocieron la existencia de tales deberes y obligaciones para los comandantes.

La cuestión, después de la Segunda Guerra, siguió el rumbo apuntado aunque con algunas diferencias entre lo que ocurrió en el Tribunal Militar de Nüremberg y el de Tokio. En el primero, se responsabilizó por su directa actuación a los oficiales nazis, mientras que en Tokio la responsabilidad se dirigió tanto a militares como a civiles por no prevenir la ocurrencia de atrocidades ejecutadas por sus subordinados. Se tuvo en cuenta, especialmente, lo ocurrido con los prisioneros de guerra y con el sistemático exterminio de civiles. En estos juicios quedó clara la idea de que los comandantes no solo tenían el deber de respetar las leyes de la guerra sino que, además, tenían la obligación de hacerlas respetar por sus subordinados.

Los juicios que continuaron en Europa⁶ sentaron las bases sobre la posibilidad de responsabilizar a quien tuviera el poder de hecho sobre los subordinados, cuando estos —claro está— habían cometido delitos.

Lo llamativo es que, pese a toda esta jurisprudencia, no se adoptó en los convenios suscritos entonces ninguna norma clara al respecto. Prueba de ello es la falta de mención a la responsabilidad de los superiores en el Convenio de Ginebra de 1949. Hay quienes sostienen que, justamente, esta falta de *normativización* de los principios adoptados por los tribunales, provocó un desinterés en la cuestión que duró, por lo menos, hasta 1977, cuando se introdujeron los artículos 86 y 87 en el Protocolo adicional I a los Convenios de Ginebra.

La responsabilidad del superior por los actos de los subordinados es retomada con renovado vigor por los tribunales para la ex Yugoslavia (TPY) y Ruan-

⁶ Cf. *U.S. vs. Von Leeb* (High Comander case) —1950—; *U.S. vs. List* (Hostage case) —1951—; *U.S. vs. Weizsacker* (Ministries case) —1952—, todos citados por BANTEKAS, Ilias. «The Contemporary Law of Superior Responsibility». *American Journal of International Law*, vol. 93, 1999, p. 573.

da (TPR). Respecto del primero, es bueno aclarar que, hasta el caso *Èelebiæi*, los cargos imputados siempre fueron por directa participación de determinadas personas, ya que así era más fácil la prueba y, en consecuencia, la condena.

Pero las discusiones del Tribunal en los casos *Èelebiæi*,⁷ y *Blaškiæ*⁸ llevaron a que algunos de los principios ya asentados por la jurisprudencia en tiempo de la posguerra se plasmaran en el artículo 28 del Estatuto de Roma.

Resulta interesante describir sintéticamente cuál fue el criterio del TPR en los dos casos citados y en el caso *Kordic*.⁹ Centraré la atención en tres aspectos generales que atraviesan, en mayor o menor medida, todas las decisiones mencionadas.

En primer lugar, para que se pueda adjudicar la responsabilidad al superior por actos que no ha cometido directamente, se debe partir de la base de la existencia del deber de evitar tales actos, o de sancionarlos después de cometidos. Regulaciones expresas sobre esos deberes se encuentran en el artículo 86 del Protocolo I de los Convenios de Ginebra, y en las disposiciones de los tribunales para la ex Yugoslavia y Ruanda.

En el caso *Blaškiæ*, la Cámara de Juicio enfatizó que las obligaciones de prevenir o sancionar no le dan al acusado la posibilidad de elegir alguna de las dos. Obviamente, indicó la Cámara, cuando el acusado sabía o tenía motivos para saber que los subordinados estaban cometiendo crímenes, debería acreditar que tomó todas las medidas a su alcance para que esos actos no se realizaran. El deber de sancionar, dijo la Cámara de Juicio en el caso *Kordic*, consiste en la obligación de investigar los actos y de denunciarlos ante las autoridades competentes, si el superior no tiene el poder, por sí mismo, para sancionar.

En segundo lugar, la responsabilidad del superior se asienta sobre una relación de subordinación con quienes efectivamente ejecutan los actos ilícitos. La cuestión que se ha planteado es cómo tiene que ser tal subordinación, en el sentido de si debe existir una subordinación establecida por reglas, o si tiene que existir una subordinación de hecho. La concepción de *subordinación de jure* fue aplicada por el TPR en el caso *Akayesu*, quien era la cabeza de la administración comunal y la persona designada para el mantenimiento y recupera-

⁷ Cf. INTERNATIONAL CRIMINAL COURT FOR THE FORMER YUGOSLAVIA. *Prosecutor vs. Zejnir Delalic Zdravko Mucic* también conocido como «Pavo», Hazim Delic Esad Landzo también conocido como «Zenga», caso *Èelebiæi*. En <<http://www.un.org/icty/celebici/trialc2/judgement/index.htm>>.

⁸ Cf. INTERNATIONAL CRIMINAL COURT FOR THE FORMER YUGOSLAVIA. *Prosecutor vs. Tihomir Blaskic*. En <<http://www.un.org/icty/blaskic/trialc1/judgement/index.htm>>.

⁹ Cf. INTERNATIONAL CRIMINAL COURT FOR THE FORMER YUGOSLAVIA. *Prosecutor vs. Dario Kordic y Mario Cerkez*. En <<http://www.un.org/icty/kordic/trialc/judgement/index.htm>>.

ción de la paz. Más complicada resulta la determinación del poder de hecho respecto de los subordinados: debe acreditarse poder de influencia hacia los subordinados, capacidad de implementar órdenes, y decisión sobre distribución de tareas entre ellos.

En el caso *Èelebiazi*, la Cámara de Apelaciones definió como superior, en los términos del artículo 7.3 del Estatuto a «quien posee el poder o la autoridad, tanto *de jure* como *de facto*, para prevenir los crímenes de los subordinados o para penar a los autores de tal crimen después de que fuera cometido». Concluyó, además, que «el poder o autoridad para prevenir o penar los crímenes no proviene solamente de la autoridad *de jure* que surge de una designación oficial». De esa manera se explicaba que los superiores *de facto* podían ser responsables si tenían real y efectivo poder de control sobre las acciones de los subordinados.

Siguiendo los enunciados de este fallo, la Cámara de Juicio en el caso *Kordic* expresó que, «en otras palabras, no solo las personas que tienen formalmente una posición de dirección, sino también las que tienen efectivamente la dirección debido a estructuras informales, con el poder de prevenir y penar la comisión de crímenes ejecutados por personas que estaban de hecho bajo su control, pueden ser responsabilizados sobre la base de su autoridad superior».

En cuanto a la relación que debe verificarse entre superior y subordinado, la Cámara de Juicio y la de Apelaciones establecieron, en el caso *Èelebiazi*, que tal relación puede ser directa o indirecta: directa, en el sentido de la existencia de una organización jerárquica e, indirecta, en el sentido de que es innecesaria la existencia formal de una organización y que lo que se debe tener en cuenta es el poder real de control entre superior y subordinado.

Respecto de este tema, y, específicamente, de que los civiles puedan ser responsabilizados en atención de los principios de *responsabilidad del superior*, en *Kordic*, la Cámara de Juicio entendió que aquellos podían ser responsabilizados si se demostraba que poseían el poder necesario de control sobre los autores directos. Concluyó el Tribunal que «en suma, solamente incurren en responsabilidad los superiores, ya sea *de jure* o *de facto*, quienes claramente están en una cadena de comandos, en forma directa o indirecta, con el poder real de control o sanción de los actos de los subordinados».

Asimismo, las decisiones de los tribunales han evaluado el aspecto subjetivo al adjudicar responsabilidad. Se ha tenido en cuenta un abanico de posibilidades que van desde el conocimiento directo de los actos que realizan los subordinados hasta la presunción de conocimiento de tales actos; esta última

presunción, a veces fue formulada con el estándar *había razones para conocer* los actos de los subordinados.

En *Èelebiazi*, la Cámara de Juicio y la de Apelaciones se pronunciaron a favor del estándar *había razones para conocer*, pero aclararon que había que darle el mismo alcance que el que tenía el artículo 86 del Protocolo 1 de los Convenios de Ginebra: «tenía información que le hubiera permitido concluir». Ello se aclaró en *Kordic*: se debe entender que el superior tenía *razones para conocer* cuándo estaba en posesión de suficiente información que le permitía advertir que, probablemente, sus subordinados estaban cometiendo actos ilícitos.

Veamos ahora cómo trata el Estatuto de Roma las cuestiones vinculadas con la responsabilidad de superiores ante hechos cometidos por subordinados.

El artículo 28 del Estatuto dispone la responsabilidad de los jefes y otros superiores en dos secciones. El párrafo (a) trata la responsabilidad de los jefes militares. El párrafo (b) detalla la responsabilidad de los jefes civiles. Este último párrafo es novedoso, y es consecuencia de la experiencia recogida en los últimos tribunales internacionales, especialmente el que juzga los crímenes de guerra ocurridos en Ruanda.

Los jefes militares pueden ser responsables por los crímenes que cometan sus soldados, si conocían o debían haber conocido que estos crímenes se estaban cometiendo y, si por negligencia, no tomaron las medidas necesarias para prevenir o impedir la comisión de tales delitos. Esta es en realidad una regulación complicada, difícil de ser encuadrada en una categoría dogmática determinada. Pareciera que la imputación es lo que algunos reconocen como una *omisión impropia*: el jefe tiene una especial posición de garantía, que lo obliga a actuar cuando conoce los abusos. Entonces, de ser así, el artículo recoge los requisitos característicos de esta elaboración dogmática: situación de riesgo para el bien jurídico, advertida —esto también es complicado en el régimen del Estatuto— por quien tiene una especial posición de garante frente al bien, y omisión de actuar. El problema es que, para el Estatuto, la conducta omisiva puede ser de tipo imprudente.

En el caso de los superiores no militares, los elementos de la ofensa son los mismos que los detallados antes, con la excepción de aquel relacionado con el conocimiento de la comisión del crimen. Los civiles a quienes se refiere esta disposición son los líderes políticos, hombres de negocios y altos mandatarios. Los jefes militares están sujetos a estándares más estrictos según el derecho internacional humanitario, debido a la estructura militar y la necesidad de mantener la disciplina militar que hacen esta medida necesaria y conveniente.

Vale la pena resaltar que la presencia de una jerarquía de poder es una condición necesaria para determinar la responsabilidad de un superior. Sin embargo, el poder no deriva solamente de la posición oficial de la persona acusada. El factor determinante es el ejercicio efectivo de autoridad y control sobre las acciones de los subordinados. El control puede ser otorgado oficialmente o simplemente ejercido de hecho.

4. Apuntes teóricos relevantes para la discusión en el Perú

En el juicio llevado adelante en Argentina fue debatida la distinción dogmática entre autores y partícipes, y la interpretación del Código Penal a favor de responsabilizar penalmente como autores mediatos a los integrantes de las juntas militares. Este podría ser objeto de debate en el Perú por lo que, brevemente, esbozaré algunos criterios que pueden servir para superarlo.

El criterio esencial de distinción entre autores y partícipes de un hecho punible puede ser establecido, al menos en sus líneas estructurales, por el legislador al organizar las reglas de la parte general de cualquier Código Penal. Esta decisión legislativa, no obstante, puede no agotar todos los aspectos del tema por lo que es posible complementar la ley, al menos, con tres soluciones interpretativas posibles: a) *la teoría formal-objetiva*; b) *la teoría material-objetiva*; y c) *la teoría subjetiva*.

La primera de estas teorías, *la teoría formal-objetiva*, responde a un concepto extremadamente restringido de autor que interpreta cada uno de los tipos penales de la parte especial de manera muy formal. En este marco, autor es quien ejecuta por sí mismo, directa y personalmente el hecho típico.

La teoría material-objetiva es la segunda de estas opciones y se vincula con lo que se ha conocido —en especial en doctrina— como el concepto del *dominio del hecho*. Así, el concepto de autor se refiere a quien domina la realización del hecho descrito como supuesto típico de determinada figura penal.

La tercera posición sobre el tema, denominada *teoría subjetiva*, distingue entre autores y partícipes desde el punto de vista del ánimo del interviniente en la realización del hecho. Es autor quien se cree autor porque percibe el hecho como propio, y es partícipe quien solo cree que su comportamiento constituye un mero aporte al hecho ilícito ajeno, al hecho que depende de *otro*.

La teoría formal objetiva es claramente conflictiva a la hora de analizar los tipos penales que describen conductas que pueden ser cometidas mediante un instrumento —mediante una tercera persona— en principio no responsa-

ble penalmente, ajena al hecho. A partir de la necesidad de atender este tipo de casos, comenzó a desarrollarse, lentamente, el concepto de autoría mediata, por medio del cual se afirmaba que también podía ser considerado autor aquel que, aunque no hubiese obrado por sí mismo, utilizara una tercera persona como instrumento para cometer el hecho. Es claro que, de seguirse la *teoría formal-objetiva* a rajatabla, estos casos no podrían ser considerados de autoría en sentido estricto, salvo que, como ya ha ocurrido, se otorgue un significado diferente al concepto de *ejecución* del hecho.

La idea inspiradora de *Franz vs. Liszt*, probablemente, pretendía superar este inconveniente cuando definía al autor que se vale de otro como aquel que se sirve de otro hombre como instrumento para cometer el acto de ejecución. Desde esta línea de pensamiento, se acepta que la ejecución del hecho típico que describe el legislador es algo más que la que propone la *teoría formal-objetiva*, abriendo paso así a la solución de casos que, de otro modo, quedarían en una laguna de punibilidad inadmisibles.¹⁰ Por esta razón, los autores y la jurisprudencia que defienden la *teoría formal-objetiva* en Alemania, España y Argentina admiten, sin discusión, la autoría mediata como categoría de la autoría, a pesar que se trate de casos en los que el *autor mediato* no realiza por sí mismo el tipo penal.

El concepto de autoría mediata plantea un dilema a cualquier teoría que pretenda distinguir entre autores y partícipes. Sobre esto, Sancinetti¹¹ ha afirmado:

[...] la autoría mediata no requiere una definición legal que *habilite* esta forma de imputación de un hecho ajeno, como si fuera propio; porque la interpretación de los tipos penales es lo que permite concluir si un cierto hecho cometido por un hombre *a través de otro*, realiza el tipo legal. Si la prohibición de matar es directamente aplicable a quien induce a otro en error sobre el carácter mortífero de su propio hecho, o si esto no es lo mismo que matar, es una cuestión de hermenéutica, de interpretar la significación del tipo penal respectivo, que no se simplifica en absoluto por el hecho de que en la parte general se incluya una regla como: «autor mediato es quien comete el hecho por medio de otro» [...] Brevemente, la imputación por autoría mediata no encuentra su problema principal en la inserción de un precepto en la parte general.

¹⁰ Nos referimos, especialmente, al autor mediato que realiza la conducta típica mediante la intervención de otro sujeto, penalmente no responsable, cuyo comportamiento manipula o controla. Es decir, nos referimos a casos en que el autor mediato tiene el dominio del hecho, dominio que alcanza al comportamiento del *autor* directo no responsable penalmente.

¹¹ SANCINETTI, Marcelo. *Teoría del delito y disvalor de acción*. Buenos Aires: Hammurabi, 1991, pp. 631 y ss.

Apuntaba previamente que la autoría mediata —y también la coautoría— pone en crisis algunos intentos de distinguir entre autores y partícipes. La pregunta consistiría, entonces, en determinar si existe una real necesidad de formular esa distinción.

En principio, la diferenciación es importante por dos consecuencias prácticas que derivan de ella: en primer lugar, todos los aspectos relacionados con la escala penal aplicable; en segundo término, la cuestión referida a la *accesoriedad*, entendida como la dependencia de la punibilidad del hecho del partícipe respecto del ilícito del autor.

Respecto de la primera cuestión, cualquier persona no formada en derecho, intuitivamente, tendería a suponer que si alguien es autor debe corresponderle una escala penal de mayor gravedad que a quien no lo es. Sin embargo, este problema —práctico— es más aparente que real, porque, en mi país como en muchos otros latinoamericanos, el marco penal es coincidente, al menos para los autores, los instigadores y los cómplices necesarios.

Parecería, por lo tanto, que el esfuerzo debiera dirigirse no tanto a distinguir entre autor y partícipe, sino, antes bien, entre cooperación necesaria y cooperación no necesaria, a las que se les otorga marcos punibles diferentes. En verdad, la distinción entre autor y partícipe involucra otro problema: la dificultad para distinguir al cómplice necesario del coautor. Lo más importante es, en palabras de Bustos Ramírez, que coautor es «aquel autor que tiene el dominio de la realización del hecho, conjuntamente con otro u otros autores, con los cuales hay un plan común y una distribución de funciones en la realización de mutuo acuerdo».¹²

Resta analizar la segunda consecuencia práctica que hace necesaria la distinción entre autores y partícipes (cómplices e instigadores): *a*) el carácter autónomo que el autor tiene en la realización del hecho punible; y *b*) el carácter dependiente de la punibilidad del partícipe respecto del ilícito del autor. En otras palabras, la distinción determina cuál de los sujetos es el destinatario de la norma principal —por ejemplo, no dirijas tu acción a matar— y cuál de los sujetos es autor de la norma derivada de la anterior, que prohíbe la instigación o la colaboración en el ilícito ajeno. El problema no se presenta por la pena que se ha de aplicar, sino por las condiciones jurídicas que debe tener el hecho principal —el hecho del autor—.

¹² BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Manual de derecho penal español: parte general*. Barcelona: Ariel, 1984.

Bockelmann, en una clásica monografía de hace más de cuarenta años decía que «la participación es necesariamente accesoria, es decir, dependiente de la existencia de un hecho principal; esa accesoriadad no es producto de la ley, ella está en la naturaleza misma de la cosa».¹³

Pero esta dependencia puede significar dos cosas. Por un lado, que ya es posible hablar de participación si hay comienzo de ejecución del hecho principal; por el otro —al parecer, tal como Bockelmann planteaba la discusión—, la accesoriadad puede estar dirigida a exigir que el hecho principal del autor haya alcanzado cierto grado de desarrollo en el marco de la estructura de la teoría del delito —*accesoriadad externa*—. Así, mencionaremos que solo puede ser punible el hecho del partícipe si el hecho del autor es típico —*accesoriadad mínima*—; o si es típico y antijurídico —*accesoriadad limitada*—; o si es típico, antijurídico y culpable —*accesoriadad máxima o extrema*—; o, por último, si es típico, antijurídico, culpable y punible —*hiperaccesoriadad o accesoriadad interna*—. La primera de las cuestiones sobre el concepto de accesoriadad es lo que Welzel denominó *accesoriadad externa* de la participación; la segunda fue llamada *accesoriadad interna*.

Si bien, en algunas legislaciones, la inducción —instigación— y la cooperación —complicidad— son entendidas como casos de autoría, de todos modos debe resolverse el problema de la accesoriadad apuntado, no para distinguir entre autor y partícipe sino para determinar cuándo el inductor y el cooperador son punibles, porque sus conductas siguen ligadas a un hecho que les resulta ajeno.

El fundamento de la punibilidad del partícipe para quienes abrazan la *accesoriadad máxima* estriba en lo que se ha conocido como la *teoría de la corrupción*: lo ilícito de la participación se explica en que el partícipe ha inducido al autor o colaborado con él para que se haga acreedor de una pena. El problema principal de la *accesoriadad máxima* consiste en que se abriría una puerta hacia la impunidad de quienes instiguen a aquel que nunca será culpable —por ejemplo, un inimputable—.

Sin embargo, este posible planteo de impunidad se resuelve una vez aceptada la autoría mediata: quien induzca a un inculpable responderá como autor mediato del hecho cometido por el autor material que no cumple los presupuestos de la culpabilidad. La autoría mediata ofrece, de nuevo, una respuesta aceptable.

¹³ BOCKELMANN, Paul. *Relaciones entre autoría y participación*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1960.

El derecho internacional y los delitos

Yván Montoya

1. Introducción: el proceso de criminalización de la violación de los derechos humanos

Tradicionalmente se ha concebido el derecho internacional de los derechos humanos como un sistema de garantías para reducir la violencia del Estado respecto de sus miembros. La dignidad humana, principio y fundamento de los derechos humanos, se convierte en una barrera infranqueable donde la violencia penal no puede penetrar.¹

Sin embargo, hace relativamente poco tiempo se ha tomado conciencia de algo que era escasamente visible: la noción de que el sistema punitivo —internacional e interno— resulta un instrumento idóneo para la protección de los derechos humanos.² En ese sentido, la sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Velásquez Rodríguez* ha reconocido no solo una obligación negativa de los Estados de respetar los derechos humanos proclamados en el Pacto de San José sino, además, una obligación positiva de los Estados para la prevención, individualización y san-

¹ WOLTER, Jürgen. «Derechos humanos y protección de bienes jurídicos en un sistema europeo del derecho penal». En *Fundamentos de un sistema europeo del derecho penal. Libro Homenaje a Claus Roxin*. Barcelona: Bosch, 1995, p. 37, indica textualmente: «Los derechos humanos recogidos en nuestras constituciones, y en las convenciones de derechos humanos, constituyen límites infranqueables de un derecho penal europeo. Dada una lesión del contenido de dignidad humana y del contenido nuclear de los derechos fundamentales, incluido el de legalidad, el derecho penal queda excluido en todos sus niveles sistemáticos con respecto al autor y a los intereses represivos».

² SHABAS, William. «Justice pénal internationale: dissuasion et lutte contre l'impunité». En *Institut International de Droits de l'Homme. Vingt huitième Session d'Enseignement Institut International de Droits de l'Homme. Recueil des Tours*. Estrasburgo, 1997, p. 123, sobre el punto refiere lo siguiente: «la noción de que la justicia represiva puede igualmente promover los derechos del hombre no era, al menos hasta muy recientemente, más que implícito». Igualmente, MIR PUIG, Santiago. «Los derechos humanos ante la criminología y el derecho penal». En *IV Curso de verano en San Sebastián*. Bilbao, s. a.

ción de los hechos constitutivos de violaciones de los derechos humanos.³ Jürgen Wolter es de la misma opinión cuando señala que «en la medida en que se trate de posiciones extremas de la dignidad humana, el Estado está obligatoriamente llamado a armarse jurídico-penalmente».⁴

Desde los primeros años de codificación de los derechos humanos se ha notado la influencia que han tenido en los sistemas penales internos, al prescribirse los deberes de penalización en casos de graves violaciones de los derechos humanos⁵ e incluirse normas penales especiales que sancionan determinadas prácticas violatorias de estos derechos.⁶

Es por ello que pueden considerarse *pioneras* las expresiones de Kart Vasak cuando, en 1974, evidenció un proceso de criminalización de los derechos humanos, proceso que a juicio nuestro continúa.⁷ En efecto, luego de una primera etapa de *definición* de los derechos, esto es, del reconocimiento y descripción de los derechos humanos de todos —vida, integridad personal, libertad, patrimonio, entre otros—, y pasando, posteriormente, por su personalización

³ Cf. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Serie C, n.º 4. Sentencia del 29 de julio de 1988. Fundamento 166.

⁴ WOLTER, Jürgen. «Derechos humanos y protección de bienes jurídicos en un sistema europeo del derecho penal», p. 49.

⁵ Cf. AMBOS, Kai. *El nuevo derecho penal internacional*. Lima: ARA Editores, 2004, p. 57 y ss. Este autor concluye que existe un deber de penalización convencional en materia de tortura establecido por los artículos 2.1 y 4.2 de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes (CCT); y los artículos 1 y 6 de la Convención Americana para Prevenir y Sancionar la Tortura (CAPST). Respecto de estas mismas prácticas y de las ejecuciones extrajudiciales, el citado autor deduce también un deber de penalización a partir de los deberes de respetar y asegurar los derechos humanos recogidos en los convenios generales de derechos humanos —artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; y artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos— y de la tutela judicial efectiva —artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 2.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos—. En el caso de la Convención Americana, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) reiteradamente, en numerosas sentencias, ha deducido el referido deber de penalización. Por citar: la sentencia del 29 de julio de 1988 para el caso *Velásquez Rodríguez*, la sentencia de reparaciones del 27 de noviembre de 1998 para el caso *Castillo Páez*, la sentencia del 8 de marzo de 1998 para el caso *Paniagua y Morales*, la sentencia del 14 de marzo de 2001 para el caso *Barrios Altos*, entre otras.

⁶ Puede mencionarse la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio —artículo v—, la CCT —artículos 2 y 4.1—, la CAPST —artículo 6—, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (CIDFP) —artículo IV—, el Convenio Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial —artículo 4—, entre otros instrumentos internacionales.

⁷ Cf. VASAK, Karel. «Le droit international des droits de l'homme». En *Académie de Droit International. Recueil des cours*, 1974, t. IV, p. 393. El trabajo de Vasak puede considerarse innovador en este punto dado que tradicionalmente se han considerado los derechos humanos como instrumento de control de la intervención del Estado frente al individuo. Por su parte, William SCHABAS en *Justice pénale internationale: dissuasion et lutte contre l'impunité*, pp. 123 y ss., recoge dentro de esta tendencia la sentencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos para el caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, donde se reconoce, como se ha mencionado, una obligación positiva de intervenir a fin de reprimir la muerte de ciudadanos por terceros.

—la especialización en el reconocimiento de derechos de determinados grupos de personas, como la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, el Convenio sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer de 1981, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer de 1994, el Convenio OIT n.º 87 relativo a la Libertad Sindical y a la Protección del Derecho de Sindicación de 1948, entre otros—, se advierte el lógico proceso hacia una criminalización de su vulneración. Es decir, se persigue ahora no solo la responsabilidad internacional del Estado por la vulneración de sus obligaciones frente a la comunidad internacional, sino la individualización de los hechos atentatorios de los mencionados derechos y la correspondiente sanción, en el ámbito interno o internacional, de los perpetradores.

Karel Vasak describe el proceso de criminalización mediante la observación de la práctica de los órganos políticos de las Naciones Unidas. Estos siguen un proceso de estigmatización internacional —consuetudinario o convencional— de las graves prácticas violatorias de derechos humanos y proporcionan, para los casos extremos, una serie de elementos como la reiterancia o sistematicidad que las califican como *crímenes internacionales* y demandan su sanción efectiva. Así ha ocurrido con prácticas como el genocidio, el *apartheid*, la tortura, la detención, la desaparición o las ejecuciones extrajudiciales. Todos estos crímenes han encontrado su más consensuada elaboración en el Estatuto de la Corte Penal Internacional aprobada por la Conferencia de Plenipotenciarios el 17 de julio de 1998.⁸ Sin embargo, cabe precisar que este proceso de criminalización no es uniforme. Existen otras normas de derecho internacional⁹ que demandan la criminalización de tales prácticas

⁸ El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (en adelante, Estatuto de Roma) fue aprobado por el Perú mediante resolución legislativa 27518 y ratificada por decreto supremo 34-2002-RE del 9 de octubre de 2001. El Estatuto entró en vigor luego de que 60 países expresaron su ratificación al documento el 1 de julio de 2002. Cabe advertir el carácter *sui generis* del Estatuto de Roma. Se trata de una convención que define crímenes internacionales pero solo para establecer la competencia *ratione materiae* de la Corte Penal Internacional, órgano creado por dicho instrumento. Tampoco hay en el Estatuto una norma que expresamente prescriba la obligación de los Estados parte de incorporar los crímenes ahí contemplados en su legislación interna. Esta obligación ha sido deducida indirectamente del principio de complementariedad que se recoge en el artículo 17. Sobre este aspecto Cf. LIROLA DELGADO, Isabel y Magdalena MARTÍN MARTÍNEZ. *La Corte Penal Internacional*. Barcelona: Ariel, 2001, pp. 8 y 9. Igualmente, sobre la imposibilidad de fundamentar en el Estatuto la jurisdicción de los tribunales internos, cf. GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel. «Elementos comunes de los crímenes contra la humanidad en el Estatuto de la Corte Penal Internacional y la necesaria tipificación de estos crímenes en el derecho penal español». En *El derecho penal internacional*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2001, pp. 17 y 18.

⁹ Cf. la nota 1.

violatorias de los derechos humanos sin la exigencia de que se produzcan necesariamente como parte de un ataque sistemático o reiterado. Por ejemplo, la práctica de la tortura en la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (CCT) o el delito de desaparición forzada de personas en la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (CIDFP).¹⁰ A todas estas prácticas prefiero denominarlas *delitos contra los derechos humanos* y no *crímenes de lesa humanidad*.

De cualquier manera, ambas infracciones internacionales constituyen graves formas de violación de los derechos humanos: los crímenes de lesa humanidad por lo reiterado y sistemático de la práctica; y los delitos contra los derechos humanos porque constituyen violaciones graves de estos derechos que se producen en el ejercicio abusivo del poder del Estado.¹¹ Si entendemos el derecho penal internacional como el conjunto de normas de derecho internacional público —convencional o consuetudinario— que demandan sanción punitiva a determinadas prácticas violatorias de derechos humanos para proteger bienes jurídicos que interesan al orden internacional,¹² entonces, los crímenes de lesa humanidad y los delitos contra los derechos humanos forman parte del derecho penal internacional. En los dos casos, la norma internacional demanda una sanción punitiva por parte de un Estado a un individuo. Sin embargo, de manera subsidiaria y solo para los casos de determinados crímenes internacionales —crimen de genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra—, las normas internacionales prevén un Tribunal Penal Internacional como la Corte Penal Internacional prevista en el Estatuto de Roma —anteriormente funcionaron los Tribunales *Ad Hoc* para el juzgamiento de los crímenes en la ex Yugoslavia, 1993, y Ruanda, 1994.

¹⁰ Extensamente, sobre los deberes de penalización que se deducen de los tratados internacionales sobre derechos humanos y del derecho consuetudinario, cf. AMBOS, Kai. *El nuevo derecho penal internacional*, pp. 57 y ss.

¹¹ Cf. AMBOS, Kai. *El nuevo derecho penal internacional*, pp. 48 y 49.

¹² Cf. GIL GIL, Alicia. *Derecho penal internacional. Especial consideración del delito de genocidio*. Madrid: Tecnos, 1989, pp. 27 y 28. Cabe advertir que no existe consenso sobre la denominación de esta disciplina. Efectivamente, para algunos —Cf. HURTADO POZO, José. *Manual de derecho penal. Parte general*. Lima: Grijley, Pontificia Universidad Católica del Perú y Universidad de Friburgo, 2005, pp. 233 y 234— el derecho penal internacional tendría por objeto las normas de derecho penal interno que regulan generalmente la aplicación de la ley penal en el espacio y problemas de jurisdicción. Estos autores prefieren denominar nuestra disciplina derecho internacional penal. De opinión contraria es Alicia Gil Gil, quien en su obra *Derecho penal internacional. Especial consideración del delito de genocidio*, p. 23 nos convence con argumentos de que es preferible denominar esta disciplina derecho penal internacional. Añade además que Hans Jescheck en su *Tratado de derecho penal* emplea el término *Völkerstrafrecht* que debiera traducirse como «derecho penal internacional» y no como «derecho internacional penal».

En el presente trabajo interesa analizar los alcances para el derecho penal interno de todas aquellas normas del derecho penal internacional que comprenden las estrictamente incriminatorias, así como las sustanciales y procesales conexas con ellas.

2. El principio de legalidad y la recepción interna del derecho penal internacional

2.1. La relación entre el derecho internacional y el derecho interno

La relación entre estos dos ámbitos de regulación jurídica depende de la perspectiva que se emplee. Esta puede ser internacional o nacional —interna o doméstica—.

Desde la perspectiva internacional, no queda duda alguna en la doctrina y en la normativa internacional de que dicha relación se resuelve teniendo presente la prevalencia del derecho internacional sobre el derecho nacional¹³ —monismo con prevalencia del derecho internacional—. Así, el artículo 27 del Convenio de Viena de 1969 o derecho de los tratados prescribe que las obligaciones o compromisos internacionales adoptados por un Estado no pueden ser eludidos invocando normas de derecho interno, las que resultan inválidas si quieren ser utilizadas en el ámbito del derecho internacional.

El problema se suscita en la perspectiva del derecho interno. Desde esta perspectiva, el debate entre las tesis monistas y las tesis dualistas cobra sumo interés con vistas a explicar la relación entre el derecho internacional y el derecho interno. La tesis monista es aquella según la cual «la razón de la validez del orden jurídico nacional se encuentra determinada por el derecho internacional»¹⁴ y la tesis dualista es aquella según la cual el derecho internacional no tiene validez directa en el derecho nacional en tanto este no lo haya interiorizado mediante un mecanismo previsto en el ordenamiento jurídico interno. En otras palabras, la tesis monista parte de la concepción unitaria del sistema internacional y del orden jurídico estatal, lo que implica que la norma de derecho internacional deba incorporarse en el derecho interno de manera

¹³ SALMÓN, Elizabeth. *Las obligaciones internacionales del Perú en materia de derechos humanos*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2002, p. 103.

¹⁴ SAGUES, Néstor Pedro. «Mecanismos de incorporación de los tratados internacionales sobre derechos humanos al derecho interno». En *Retos de la judicialización en el proceso de verdad, justicia, reparación y reconciliación*. Lima: Coordinadora Nacional de los Derechos Humanos, 2003, p. 88.

automática.¹⁵ La tesis dualista parte de una concepción contraria: que el sistema internacional y el orden jurídico interno son órdenes jurídicos distintos y separados, de lo que se deduce la necesidad de un mecanismo especial, adicional a la ratificación o adhesión al tratado, para incorporar el derecho internacional en el derecho interno.

El Perú, en materia de tratados sobre derechos humanos, parece inclinarse por una tesis monista moderada, en la cual el derecho internacional se recibe de manera automática y, en principio, el derecho internacional de los derechos humanos goza de la más alta jerarquía normativa dentro de nuestro ordenamiento: la jerarquía constitucional. Evidentemente, el debate sobre la jerarquía del derecho internacional convencional en nuestro derecho interno se encontraba zanjado en la Carta Magna de 1979, dado que el artículo 105 prescribía que los tratados relativos a derechos humanos tenían jerarquía constitucional y no podían ser modificados sino por el procedimiento establecido para la reforma de la Constitución. El debate se reabrió con motivo de la supresión de este dispositivo en la Constitución de 1993, sin embargo, la sentencia del Tribunal Constitucional (TC) del 25 de abril de 2006 ha determinado institucionalmente la jerarquía constitucional de los tratados sobre derechos humanos —fundamento 25 a 34—. Nuestro Tribunal Constitucional deduce esta jerarquía tanto del artículo 3 como del artículo 57 y la cuarta disposición final y transitoria de la Constitución.¹⁶

Sin embargo, a pesar de la concepción prevalente del derecho internacional —perspectiva internacionalista— o de la jerarquía constitucional que les reconoce nuestro TC, la aplicabilidad inmediata de una norma internacional, convencional o consuetudinaria, podría encontrarse impedida en el derecho interno. Como sostiene Sagues, es preciso distinguir entre normas de derecho internacional autoaplicativas —*self executing*— y normas no autoaplicativas —*non self executing*—.¹⁷ Las primeras no necesitan de otras normas para hacer cumplir internamente la norma internacional que se enuncia. Las segundas sí requieren de una norma interna de desarrollo que permita que el derecho o la norma reconocida por el derecho internacional se ejecute en el derecho nacional o doméstico.¹⁸

¹⁵ SALMÓN, Elizabeth. *Las obligaciones internacionales del Perú en materia de derechos humanos*, p. 105.

¹⁶ La referida sentencia recuerda la doctrina del TC en el sentido de que los tratados sobre derechos humanos son derecho válido, eficaz e inmediatamente aplicable al interior del Estado.

¹⁷ SAGUES, Néstor Pedro. «Mecanismos de incorporación de los tratados internacionales sobre derechos humanos al derecho interno», p. 94.

¹⁸ Cf. SALMÓN, Elizabeth. *Las obligaciones internacionales del Perú en materia de derechos humanos*, p. 106.

En nuestra consideración, las normas internacionales de derechos humanos de carácter incriminatorio son, en general, no autoaplicativas, esencialmente en virtud de las exigencias y alcances del principio de legalidad penal. En efecto, se trata de un principio fundamental del Estado de derecho que se encuentra reconocido en el artículo 2. 24.d. de la Constitución Política y en el artículo II del Título Preliminar del Código Penal. Tal como se ha redactado este principio y teniendo en cuenta la forma en la cual ha sido reconocido por la literatura penal y la jurisprudencia del TC, impediría una recepción inmediata de normas del derecho penal internacional que impliquen nuevos ámbitos de incriminación de conductas.

2.2. El principio de legalidad como límite a la aplicación inmediata del derecho penal internacional de carácter incriminatorio

2.2.1. El principio de legalidad

El principio de legalidad, a decir de nuestro TC, constituye un principio y también un derecho fundamental¹⁹ que opera principalmente como límite a la potestad punitiva del Estado.²⁰ Este principio integra una serie de garantías forjadas históricamente desde la Ilustración, las cuales componen su núcleo esencial.²¹ Paso a reseñarlas:

- La garantía de reserva de ley —*nullum crimen sine lege-lex scripta*—, según la cual la creación o ampliación de delitos, faltas o medidas de seguridad o circunstancias de agravación solo se efectúa mediante una ley entendida en sentido formal y excepcionalmente en sentido material.²² Esta ga-

¹⁹ Cf. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Expediente 2758-2004-HC/TC. Sentencia del 23 de septiembre de 2004. Fundamento jurídico 3.

²⁰ Cf. HUERTA TOCILDO, Susana. «Principio de legalidad y normas sancionadoras». En *Actas de las Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*. Lima: Tribunal Constitucional del Perú y Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000, p. 15.

²¹ Cf. ROXIN, Claus. *Tratado de derecho penal. Parte general*. Madrid: Civitas, 1997, pp. 134 y ss.; DE VICENTE DE MARTÍNEZ, Rosario. *El principio de legalidad*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, pp. 36 y ss.; HUERTA TOCILDO, Susana. «Principio de legalidad y normas sancionadoras».

²² En la opinión consultiva n.º 6/86, la Corte Interamericana de Derechos Humanos consideró que por ley debe entenderse una norma de carácter general ceñida al bien común, emanada de los órganos legislativos constitucionalmente previstos y democráticamente elegidos y elaborada según el procedimiento establecido por las constituciones de los Estados parte para la formación de leyes. Según la Corte, lo anterior no contradice la posibilidad de delegaciones legislativas en esta materia —restricción de derechos fundamentales— siempre

rantía alcanza, según nuestra constitución, no solo el supuesto de hecho, sino también la consecuencia jurídica, esto es, la pena —*nullum pena sine lege*—.

- La garantía de prohibición de aplicación retroactiva de las leyes penales desfavorables —*lex praevia*—, para la cual las disposiciones penales se aplican para hechos ocurridos con posterioridad a la vigencia de tales disposiciones y no para hechos ocurridos con anterioridad, salvo en los casos en que tal disposición sea más favorable al procesado o condenado.
- La garantía de taxatividad —*lex certa*—, que prescribe al legislador penal la necesidad de prever un suficiente grado de determinación de la conducta prohibida de tal manera que pueda ser conocido por el ciudadano medio.
- La garantía de la prohibición de analogía —*lex stricta*—, según la cual los operadores jurisdiccionales deben aplicar las normas penales dentro del sentido literal posible de la proposición normativa,²³ y evitar la aplicación de la ley a casos no previstos en el supuesto que perjudiquen al imputado.

Estas garantías han sido expresamente reconocidas por nuestro Tribunal Constitucional en la sentencia del 3 de enero de 2003 (expediente 0010- 2002 AI/TC),²⁴ la que recoge los fundamentos de la jurisprudencia constitucional española relacionada con el principio de legalidad. Efectivamente, en los fundamentos 44 al 52 de la citada sentencia, nuestro Tribunal fundamenta estas garantías, en especial, las garantías de reserva de ley —*nullum crime sine lege*— y de certeza —*lex certa*— o mandato de determinación. En relación con el mandato de determinación, el TC resalta que, de acuerdo con el artículo 2.24.d de la Constitución, se exige que la tipificación previa sea «expresa e inequívoca». Esta garantía —señala el TC— si bien no puede entenderse en términos absolutos, puesto que cabe cierto margen de indeterminación de los tipos penales, sí exige que se contemple el núcleo fundamental de la prohibición de

que tales delegaciones estén autorizadas por la propia Constitución, que se ejerzan dentro de los límites impuestos por ella y por la ley delegante y que tal ejercicio esté sujeto a controles eficaces. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. La expresión «Leyes» en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986. Serie A, n.º 6. Fundamento jurídico 36.

²³ Cf. HUERTA TOCILDO, Susana. «Principio de legalidad y normas sancionadoras», p. 45.

²⁴ Reiterado en la sentencia del Tribunal Constitucional del 23 de noviembre de 2004, la que reconoce expresamente las garantías de *lex previa* —la prohibición de aplicación retroactiva de la ley penal desfavorable— y la garantía de *lex scripta* —la prohibición de la aplicación de otro derecho que no sea el escrito—. Cf. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Expediente 2758-2004-HC/TC.

tal manera que el ciudadano medio pueda conocer, sin mayores confusiones, qué comportamientos están prohibidos y cuáles no.

2.2.2. El principio de legalidad como límite a la recepción del derecho penal internacional de carácter incriminatorio

Institucionalizadas las garantías del principio de legalidad penal, es evidente que las normas de derecho penal internacional no responden a tales exigencias sobre todo para su aplicación inmediata en el ordenamiento interno.²⁵ Efectivamente, en primer lugar, las normas incriminatorias de derecho penal internacional, incluso las convencionales, no son ley escrita expedida por el Congreso o por el Ejecutivo mediante delegación de facultades.²⁶ En todo caso, aunque esta garantía pudiese ser flexibilizada en el aspecto formal, tendríamos un aspecto material que no se contempla en las normas de derecho penal internacional: la consecuencia jurídica, esto es la pena.²⁷ Ninguno de los con-

²⁵ Desde la perspectiva del derecho internacional, el principio de legalidad tiene un alcance más flexible que el regulado en el ámbito interno. Ello se debe, en primer lugar, a la diferente fuente de producción de las normas internacionales. Estas son producto, no de leyes expedidas por parlamentos, sino por la aceptación general de los Estados. Esta aceptación, a decir de ABREGU, Martín y Ariel DULITZKI. «Leyes ex post facto y la imprescriptibilidad de los crímenes internacionales como normas de derecho internacional a ser aplicadas en el derecho interno». En *Retos de la judicialización en el proceso de verdad, justicia, reparación y reconciliación*, p. 160, puede tener fuentes tan diversas como los tratados internacionales, las convenciones, las prácticas internacionales y las decisiones judiciales. Por tal motivo, resulta difícil arribar a una concreta delimitación de la conducta punible, lo que implica las obvias dificultades para cumplir con la garantía de taxatividad. En tal sentido, a tenor de GIL GIL, Alicia. *Derecho penal internacional. Especial consideración del delito de genocidio*, p. 88, el principio de legalidad en este ámbito se entiende en sentido amplio como «principio de juridicidad». Frente a este principio de legalidad amplio —juridicidad— que reconoce menos garantías que el principio de legalidad reconocido en el derecho interno hay que concluir como lo hace MALARINO, Ezequiel. *Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina y España. Informe Argentina*. Montevideo: Instituto Max Planck de Derecho Penal Extranjero e Internacional/Konrad Adenauer, 2003, p. 58, en el sentido de que debe optarse en favor de este último que prevé mayores garantías y resulta acorde con las exigencias de un Estado de derecho. Sobre el carácter mínimo del *catálogo de derechos* reconocidos en los tratados sobre derechos humanos y la necesidad de que los Estados en el ámbito interno promuevan una ampliación del alcance y contenido de tales derechos, cf. SALMÓN, Elizabeth. *Las obligaciones internacionales del Perú en materia de derechos humanos*, p. 64.

²⁶ La jerarquía supralegal y, en el caso peruano, la jerarquía constitucional otorgada a los convenios internacionales sobre derechos humanos solo se refiere a la relación entre las normas del ordenamiento interno, mientras que, para cumplir con la exigencia formal del principio de legalidad, sería necesario que la norma de derecho penal internacional se convierta en ley escrita tal como lo ha entendido la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos en su opinión consultiva n.º 6/86. Cf. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Serie C, n.º 4. Sentencia del 29 de julio de 1988. Fundamento 166.

²⁷ Además, como señala GIL GIL, Alicia. *Derecho penal internacional. Especial consideración del delito de genocidio*, p. 103, si la infracción de la norma aparece ante el ciudadano como carente de sanción penal por la dificultad de asociarla con la ley penal que castiga su incumplimiento, ese apoyo en la función de motivación de la norma se pierde. Cabe reiterar que la Constitución peruana es expresa en exigir la legalidad de la pena.

venios internacionales sobre derechos humanos, tampoco aquellos que incluyen deberes de penalización, contempla penas a los supuestos de prohibición establecidos en la norma internacional.²⁸ Debe añadirse que, desde una perspectiva internacional, los Estados parte de estos convenios solo se han comprometido a sancionar efectivamente las graves violaciones de los derechos humanos mas no a sancionarlas bajo una fórmula típica determinada.²⁹

En segundo lugar, las normas incriminatorias de derecho penal internacional, sobre todo las de carácter consuetudinario, no se condicen con las exigencias de taxatividad, esto es, con el mandato de determinación *claro e inequívoco* de la conducta prohibida. Las normas incriminatorias de derecho penal internacional han sufrido un proceso de evolución que ha motivado incertidumbre y confusión. Un ejemplo de ello, señala Gil Gil, lo constituyen los crímenes de lesa humanidad, los cuales nacieron vinculados, como elemento necesario, a la existencia de un conflicto armado pero, en su evolución, la desvinculación con tal elemento no quedó clara sino hasta la aprobación del Estatuto de la Corte Penal Internacional. Es evidente que esta dificultad se palía con las normas de derecho penal internacional de carácter convencional.³⁰ Sin embargo, en algunos casos, las dificultades subsisten dado que se presentan divergencias de regulación entre las propias normas convencionales, y entre ellas y las consuetudinarias. Eso ocurre precisamente con el delito de tortura. Las normas penales consuetudinarias —surgidas a partir del estatuto del Tribunal Penal Internacional de Nüremberg— y el Estatuto de Roma contemplan la necesidad de que el crimen de tortura se produzca en el contexto de un ataque generalizado o sistemático, mientras que la CCT y la Convención Americana para Prevenir y Sancionar la Tortura (CAPST) no exigen el referido elemento. En ese sentido, la aplicación actual de normas penales internacionales con fines incriminatorios, sin que estas estén incorporadas con sus respectivas penas en el derecho interno, constituirían, también, una vulneración de la garantía de ley previa.

²⁸ Excepcionalmente, el Estatuto de Roma, además de tipificar diversos crímenes internacionales, ha establecido un marco abierto de penas aplicables —artículo 77—, que incluye la reclusión a perpetuidad. Sin embargo, como lo hemos mencionado en la nota 8, el Estatuto constituye un instrumento internacional *sui generis* que prevé delitos y penas para la competencia de la Corte Penal Internacional que en ese texto se establece.

²⁹ Señala AMBOS, Kai. *El nuevo derecho penal internacional*, pp. 120 y 121, que del derecho internacional se puede derivar un principio de derecho según el cual las graves violaciones de los derechos humanos están sometidas a un deber estatal de penalización. Sin embargo, agrega, «En este contexto, cuentan menos las categorías formales en las cuales se clasifiquen estas [nuevas] normas, que su justificación material».

³⁰ Cf. GIL GIL, Alicia. *Derecho penal internacional. Especial consideración del delito de genocidio*, p. 88.

En resumen, el principio de legalidad, entendido de manera férrea y rígida por nuestra legislación constitucional y por el TC, determina el carácter no autoaplicativo —*non self executing*— de las normas incriminatorias del derecho penal internacional.

3. Mecanismos para superar los límites del principio de legalidad y evitar la impunidad

Si bien el principio de legalidad establece ciertos límites a la posibilidad de aplicar automáticamente normas incriminatorias del derecho penal internacional, ello no debe llevar a pensar en la imposibilidad de investigar, juzgar y sancionar graves violaciones de los derechos humanos ocurridas en nuestro país. Al contrario, siendo respetuosos del núcleo fundamental del principio de legalidad, es posible encontrar mecanismos alternativos que permitan avanzar efectivamente en la lucha contra la impunidad.

Una conclusión previa, antes de repasar los citados mecanismos, es el hecho de que, según lo hasta ahora desarrollado, la represión interna de las graves violaciones de los derechos humanos ocurridas en el Perú —1980-2000— debe efectuarse con los tipos penales internos, previamente establecidos para tales hechos.³¹ Si bien la desvaloración de graves violaciones de los derechos humanos por parte de tipos penales clásicos no resulta lo óptimo, creo que puede constituir para determinados casos³² una solución ponderada entre la tutela judicial efectiva y las garantías del principio de legalidad, mientras se incorporan a la legislación interna los delitos especiales de violación de los derechos humanos.³³ De hecho, cabe reiterar lo mencionado anteriormente,

³¹ Esta ha sido la posición que, en su gran mayoría, ha seguido la judicatura peruana. Cabe señalar, como excepción, la resolución del 21 de enero de 2005 del Segundo Juzgado Penal de Huamanga en la que se reconoce expresamente la flexibilización del principio para poder incriminar como delito de tortura conductas realizadas con anterioridad a la vigencia de dicha figura penal. En el ámbito del derecho comparado, cabe citar como excepción la sentencia del 19 de abril de 2005 —sumario 19/1997— dictada por la Audiencia Nacional. Sala de lo Penal, Sección Tercera de Madrid, por medio de la cual se condenó a Adolfo Scilingo Manzorro por delitos de lesa humanidad —ocurridos durante la dictadura militar argentina— vigentes en el Código Penal español recién a partir de octubre de 2004.

³² Cabe recordar que, en el Perú, el delito de desaparición forzada de personas —artículo 323 del Código Penal—, con algunas breves interrupciones, entró en vigencia el 26 de abril de 1991, mientras que el delito de tortura entró en vigor mediante la ley 26296 del 21 de febrero de 1998.

³³ Es pertinente señalar que, con fecha 31 de enero de 2006, la Comisión Revisora del Código Penal presentó al entonces presidente de la Comisión de Justicia del Congreso, Mauricio Mulder, el anteproyecto de ley de adecuación de la legislación interna al Estatuto de Roma.

en el sentido de que para cumplir con el deber de penalización en el ámbito interno cuentan menos las categorías formales con las cuales se repriman tales prácticas que su efectiva sanción. Así, las penas previstas para los delitos de asesinato —ejecuciones extrajudiciales— son elevadas tanto en el artículo 152 del Código Penal de 1924 como en el artículo 108 del Código Penal de 1991. Respecto de la práctica de la tortura, el delito de lesiones graves prevé penas elevadas cuando se trata de daño psicológico grave —artículo 165 del Código Penal de 1924— o daño psicológico que supere más de treinta días de asistencia médica o descanso médico —artículo 121 del Código Penal de 1991—. ³⁴ Con la desaparición forzada de personas, especialmente con aquellas en las que aún se desconoce el paradero de la víctima, no hay problema significativo dado que, como veremos posteriormente, se ha considerado que el delito vigente en nuestra legislación interna, se aplica, por su naturaleza permanente, de manera inmediata —no retroactiva— a aquellos casos de desaparición iniciados con anterioridad a la vigencia de la norma.

3.1. Mecanismos aplicables a la parte general del derecho penal: las normas de derecho (penal) internacional de carácter *self executing*

Si bien hemos mencionado que la generalidad de disposiciones incriminatorias de derecho penal internacional son de carácter *non self executing* o no autoaplicativas, lo cual exige la necesidad de una legislación de implementación, ello no significa que no sea posible identificar normas de derecho (penal) internacional de carácter *self executing*. En efecto, existen normas de derecho penal internacional, no precisamente incriminatorias, pero que resultan aplicables directamente en el ordenamiento interno y coadyuvan a levantar los diversos obstáculos sustanciales o procesales que se presentan para la persecución —investigación, juzgamiento y sanción— penal de los perpetradores de graves violaciones de los derechos humanos.

³⁴ A diferencia del Código de 1924, el Código Penal de 1991 exige para la configuración de lesiones psicológicas graves el hecho de que el daño supere los treinta días de asistencia médica o descanso médico. Este requisito cuantitativo, puede constituir un obstáculo para el procesamiento de estos casos, pues no existen protocolos especiales para atención psicológica. Sin embargo, ese problema es fácilmente superable si un análisis psiquiátrico —o psicológico— concluye que la atención médica que hubiera requerido la aflicción psicológica padecida o que padece la víctima de tortura —estrés agudo, depresión, angustia u otras patologías— supera el tiempo indicado en la norma.

3.1.1. Normas de derecho internacional que dejan sin efecto o reducen el alcance de disposiciones de exclusión del injusto penal o la culpabilidad

El artículo 2.2 de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes y el artículo 5 de la Convención Americana para Prevenir y Sancionar la Tortura dejan sin efecto la posibilidad de invocar situaciones de estados de necesidad para justificar la práctica de la tortura. Prohíben la invocación de circunstancias excepcionales —estados de guerra, estado de sitio o de emergencia, entre otros—, inestabilidad política interna o cualquier otra emergencia pública.³⁵

También los artículos 2.3 y 4 de los mencionados instrumentos internacionales dejan sin efecto la posibilidad de invocar la *obediencia debida* como causa de exclusión del injusto penal —artículo 20.9 del Código Penal de 1991— y, de tal manera, prohíben invocar una orden de un funcionario superior como justificación de la tortura.

Semejantes disposiciones se encuentran en la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas. Efectivamente, tanto el artículo I.a como el artículo VIII dejan sin efecto o reducen la posibilidad de invocar —como supuestos de justificación— situaciones de peligro como las anteriormente referidas o la *obediencia debida*.

En materia no convencional —pero que integra el *soft law* como fuente de derecho penal internacional—³⁶ se cita la resolución 1989/65 del 24 de mayo de 1989 que contiene los principios sobre la efectiva prevención e investigación de las ejecuciones extra legales, arbitrarias y sumarias aprobada por el Consejo Económico Social de las Naciones Unidas. Según este instrumento internacional, tampoco puede invocarse situaciones de estado de guerra, inestabilidad política u otra emergencia como justificación de una ejecución extrajudicial —párrafo 1—. Tampoco resulta invocable la obediencia debida —párrafo 19—.

³⁵ Es posible que algunas de estas circunstancias u otras puedan ser incorporadas a las causas de exclusión de responsabilidad penal que reconoce el artículo 20 del Código Penal de 1991, especialmente, el estado de necesidad justificante —20.4—, exculpante —20.5— o el miedo insuperable —20.7—.

³⁶ Cf. AMBOS, Kai. *El nuevo derecho penal internacional*, p. 114.

3.1.2. Normas de derecho penal internacional que levantan obstáculos para la persecución penal de graves violaciones de derechos humanos: la prescripción, la amnistía y otros obstáculos procesales

a. Normas convencionales

Por una parte debe citarse el Convenio sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad que dispone que los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad son imprescriptibles. En otras palabras, la persecución penal de tales crímenes no decae por el paso del tiempo. Cabe recordar que las disposiciones de este convenio al ser de carácter *self executing* se aplican de manera inmediata en la legislación interna.³⁷

Sin perjuicio de esta afirmación, se plantean dos problemas. El primero está referido a la determinación de los delitos a los que puede aplicarse este convenio. El convenio se refiere a los crímenes de guerra y a los crímenes de lesa humanidad. En lo que respecta a los crímenes de lesa humanidad, el convenio se remite, para su definición, a los supuestos tipificados en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nüremberg —artículo 6.c—: el asesinato, la exterminación, la persecución por motivos raciales, políticos o religiosos, la esclavitud y otros actos inhumanos. Teniendo en cuenta la cláusula abierta de esta definición, consideramos que pueden incluirse la tortura, la desaparición forzada de personas, las lesiones o los secuestros constitutivos de graves violaciones de derechos humanos —en el contexto del uso del poder estatal—. Este sería el alcance de la imprescriptibilidad que señala el convenio. Cabe indicar que, en la definición de crimen de lesa humanidad, el Estatuto no exige que tales prácticas se realicen en el contexto de un ataque generalizado o sistemático.³⁸

El segundo problema está referido al inicio de la vigencia de las disposiciones de este convenio. La imprescriptibilidad de los crímenes internaciona-

³⁷ La forma de ratificación de este convenio por el parlamento nacional nos indica que no se ha considerado que sus normas afecten la Constitución de 1993. En efecto, la Constitución reconoce en el artículo 139.13 los efectos de cosa juzgada de la prescripción. Sin embargo, las normas de imprescriptibilidad del convenio, por mandato del artículo 55 de la Constitución forman parte del derecho interno y por la sentencia del TC del 25 de abril de 2006 tienen rango de norma constitucional. Debe considerarse, en consecuencia, que el artículo 139.13 no impide mandatos de imprescriptibilidad para determinados delitos.

³⁸ De la misma opinión, GIL GIL, Alicia. *Derecho penal internacional. Especial consideración del delito de genocidio*, p. 114.

les y otras graves violaciones de los derechos humanos rige a partir del momento de entrada en vigor del convenio o para los casos ocurridos con anterioridad al citado instrumento internacional.³⁹ Según algunas posiciones, el convenio puede aplicarse retroactivamente,⁴⁰ según otras posiciones, este convenio rige para los hechos posteriores a su entrada en vigencia en el Estado parte.⁴¹ A efectos de poder aplicar este principio para hechos ocurridos en el Perú con anterioridad a la entrada en vigencia de dicho convenio, considero preferible apelar a él en su calidad de principio de derecho internacional o norma de *ius cogens*, cuestión que trataremos en breve.

Dentro de los convenios especiales, debe resaltarse la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, la que dispone, en el artículo VII, primer párrafo, la imprescriptibilidad de los delitos constitutivos de esta práctica. Teniendo en cuenta las características especiales ya advertidas, debe mencionarse también el Estatuto de Roma que, en su artículo 29, dispone la imprescriptibilidad de los crímenes de competencia de la Corte.

b. Normas no convencionales

Nos referiremos principalmente a los principios generales de derecho internacional —*soft law*—.⁴² Estos, según Kai Ambos, se constituyen en reglas de derecho internacional que se desarrollan mediante estructuras institucionales existentes (organizaciones internacionales como la ONU o la jurisprudencia de los órganos de control de los Convenios Internacionales de Derechos Humanos) y se consideran obligatorias para los Estados, al margen de su vinculación con los tratados internacionales.

La regla —autoaplicativa— de imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad y de los delitos constitutivos de graves violaciones de los derechos

³⁹ Cabe señalar que el artículo 1 del convenio señala textualmente que los crímenes de guerra y de lesa humanidad son imprescriptibles «cualquiera sea la fecha en que se hayan cometido».

⁴⁰ Cf. GAMARRA HERRERA, Ronald. «Imprescriptibilidad de las violaciones a los derechos humanos». En *Para hacer justicia. Reflexiones en torno a la judicialización de casos violaciones a los derechos humanos*. Lima: CNDH, 2004, p. 43. Este mismo autor considera inválida la *declaración interpretativa* hecha por el Congreso en el sentido de que la Convención sobre Imprescriptibilidad no tendrá efecto retroactivo dado que, sin perjuicio de la discutible naturaleza de esta declaración, la Convención de Viena señala que las reservas no procederán cuando resulten incompatibles con el objeto y fin del tratado.

⁴¹ Esta es la posición del fiscal Mateo Castañeda en el dictamen fiscal del 7 de noviembre de 2003 —denuncia 546-00— recaído en el caso de las torturas practicadas contra Luis Alberto Cantoral Benavides y que determinaron la disposición de archivar el caso.

⁴² Cf. AMBOS, Kai. *El nuevo derecho penal internacional*, p. 87, quien desarrolla ampliamente este punto.

humanos se originó no antes⁴³ de una serie de resoluciones de las Naciones Unidas que exhortaban a los Estados miembro a adoptar los principios contemplados en la Convención sobre la Imprescriptibilidad de Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad.⁴⁴ Para el caso peruano, esta regla a la cual se añade la prohibición de invocar otros obstáculos procesales —amnistía u otras excluyentes de responsabilidad— ha sido recordada en la sentencia de la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos del 14 de marzo de 2001 (caso N 11.528 Perú) más conocido como el caso *Barrios Altos*:

Esta corte considera que son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves a los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el derecho internacional de los derechos humanos.⁴⁵

Esta regla, especialmente vinculada a la prescripción, se ha reiterado en la sentencia de cumplimiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 27 de noviembre de 2003 —caso *Cantoral Benavides*— en la cual sostiene:

Que el Tribunal, como lo ha establecido en su jurisprudencia constante, estima que de acuerdo con las obligaciones convencionales asumidas por los Estados, ninguna disposición o instituto de Derecho interno,

⁴³ Un sector de la doctrina sostiene que se trata de un principio previo a la Convención sobre Imprescriptibilidad. Este solo reconocería el referido principio. Ello es deducido del hecho de que en los documentos de la época, por ejemplo el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nüremberg, no se establecieron plazos para la persecución de tales crímenes.

⁴⁴ Entre ellas la resolución 3074 de la Asamblea de las Naciones Unidas expedida el 3 de noviembre de 1973 por medio de la cual se reitera que los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad serán objeto de investigación, juzgamiento y sanción sea la fecha en que se hayan cometido. Este principio ha sido reiteradamente sostenido por la jurisprudencia de los Tribunales *Ad Hoc* para la ex Yugoslavia y para Ruanda.

⁴⁵ Cf. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Barrios Altos vs. Perú*. Sentencia del 14 de marzo de 2001. Serie C, n.º 75. La Corte consideró que las referidas leyes de amnistía vulneraban los artículos 8 y 25 en concordancia con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, vigente desde 1980. Como consecuencia de lo señalado, la Corte estableció que las leyes de autoamnistía carecían de efectos jurídicos. Esto supone que, para la Corte Interamericana, tales leyes fueron nulas desde su promulgación. Posteriormente, la Corte Interamericana, en sentencia interpretativa del 3 de septiembre de 2001, estableció que debido a la naturaleza de la violación constituida por las leyes de autoamnistía lo resuelto en la sentencia de fondo tenía efectos generales.

entre ellos la prescripción podría oponerse al cumplimiento de las decisiones de la Corte en cuanto a investigación y sanción de los responsables de las violaciones de los derechos humanos.⁴⁶

Reconocida, al menos desde la vigencia de la Convención Americana, la existencia de un principio de derecho internacional obligatorio para el Estado peruano —la prohibición de prescripción, amnistía, cosa juzgada o cualquier otro obstáculo para perseguir los delitos que constituyen graves violaciones de los derechos humanos—, corresponde indagar cómo la jurisdicción interna puede incorporar y aplicar dicho principio a los hechos ocurridos en el Perú, sobre todo a los hechos ocurridos con anterioridad a la vigencia del Convenio sobre Imprescriptibilidad.

Nuestro Tribunal Constitucional ha hecho esfuerzos importantes en esa dirección. En efecto, tanto en la sentencia del caso *Villegas Namuche* como en la sentencia del caso *Vera Navarrete*, el Tribunal expone sus argumentos por los cuales considera que tal principio, especialmente el de imprescriptibilidad de estos delitos, se encuentra vigente en nuestro derecho interno.

De acuerdo con la primera sentencia, el Tribunal considera que existen obligaciones internacionales y constitucionales que obligan al Estado peruano a evitar la impunidad de graves violaciones de los derechos humanos como la ejecución extrajudicial, la desaparición forzada de personas o la tortura. Esta obligación la deduce el Tribunal tanto del derecho a la verdad como del derecho a la tutela judicial efectiva, derechos constitucionales que tienen su explicación y desarrollo en el derecho internacional. De conformidad con el derecho a la verdad, no investigar y sancionar constituye una violación del deber estatal de respetar los derechos reconocidos en la Convención. La segunda, en el caso *Vera Navarrete*, deduce que el Estado peruano no puede oponer obstáculos procesales que tengan el propósito de eximir a una persona de sus responsabilidades por graves crímenes y violaciones del derecho internacional humanitario y los derechos humanos. Respecto del derecho a la tutela judicial efectiva, el Tribunal ha deducido la obligación de los jueces de evitar

⁴⁶ Esta posición ha sido reiterada en la sentencia del 18 de septiembre de 2003 en la que la Corte sostiene: «En cuanto a la invocada prescripción de la causa pendiente al nivel de derecho interno, este Tribunal ha señalado que son inadmisibles las disposiciones de prescripción o cualquier obstáculo de derecho interno mediante el cual se pretenda impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones a los derechos humanos». CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Bulacio vs. Argentina*. Sentencia del 18 de septiembre de 2003. Serie C, n.º 100. Fundamento jurídico 116.

dilaciones o entorpecimientos indebidos, u obstáculos procesales que tengan el propósito de eximir a una persona de su responsabilidad.

La Defensoría del Pueblo en su Informe n.º 97⁴⁷ realizó un exhaustivo estudio de cómo los órganos jurisdiccionales internos vienen resolviendo los problemas vinculados a estos obstáculos procesales. Acerca de los casos en los que invoca el efecto de la cosa juzgada, nuestros tribunales no han tenido que acudir a la regla internacional de prohibición de aplicar tales obstáculos procesales, sino que han apelado a un factor previo: la nulidad de los procesos seguidos ante el fuero militar y, consecuentemente, la nulidad de las resoluciones que declaraban el efecto de la cosa juzgada —ausencia de un requisito: existencia de una resolución firme—. ⁴⁸ En el caso de las leyes de amnistía, la jurisdicción interna sí parece haber acudido al principio de prohibición de aplicación de obstáculos procesales en la investigación y sanción de prácticas violatorias de los derechos humanos. ⁴⁹ Ello implicaba que tales leyes siempre carecieron de validez al ser incompatibles con la Convención Americana y, por ende, con la Constitución Política. Finalmente, en relación con la prescripción, la jurisdicción interna —al menos en un caso—, ⁵⁰ parece reconocer cierto conflicto entre el principio de imprescriptibilidad para casos de graves violaciones de los derechos humanos y las normas de prescripción del Código Penal. La aplicación del referido principio de imprescriptibilidad se decide en razón de un juicio breve de ponderación por el que se considera prevalente el valor justicia presente en los derechos humanos vulnerados frente al valor seguridad jurídica presente en las normas sobre prescripción.

A mi juicio, la prohibición de prescripción, amnistía, cosa juzgada y de otros obstáculos sustanciales o procesales en los delitos que suponen graves violaciones de los derechos humanos, constituye un principio o regla de carácter autoaplicativo en el ordenamiento jurídico interno, al menos desde la

⁴⁷ DEFENSORÍA DEL PUEBLO. *A dos años de la Comisión de la Verdad y Reconciliación*. Lima: Defensoría del Pueblo, 2005, pp. 116 y ss. Se señalan 32 excepciones presentadas en procesos abiertos, las que comprenden excepciones de cosa juzgada (13), de amnistía (8), de prescripción (7) y de naturaleza de acción (4).

⁴⁸ Entre otros, la resolución del 9 de abril de 2003 del Quinto Juzgado Penal Especial de Lima (caso *El Destacamento Colina*) o la resolución del 19 de mayo de 2005 del Primer Juzgado Penal Supraprovincial (caso *Sucesos de los penales en junio de 1986*).

⁴⁹ Por ejemplo, la resolución del 2 de julio de 2003 del Quinto Juzgado Penal Especial de Lima —excepciones de amnistía planteadas en el caso del *Destacamento Colina*— o la resolución del 19 de mayo de 2005 del Primer Juzgado penal Supraprovincial de Lima —caso de los *Sucesos de los penales en junio de 1986*—. Cf. DEFENSORÍA DEL PUEBLO. *A dos años de la Comisión de la Verdad y Reconciliación*, pp. 123 y 124.

⁵⁰ Resolución del 9 de mayo de 2005 de la Sala Anticorrupción A de la Corte Superior de Lima (caso *Destacamento Colina*).

entrada en vigencia de la Convención Americana. En consecuencia, no considero que este principio, para los casos que vienen siendo judicializados en el Perú, se aplique de manera retroactiva. Evidentemente, para aquellas posiciones que consideran que existe incompatibilidad de este principio con el reconocimiento de los efectos de la cosa juzgada en la prescripción o en la amnistía —artículo 139, inciso 13 de la Constitución— solo cabe el camino de la ponderación tal como se resolvió en el caso del destacamento del Grupo Colina.⁵¹

3.2. Mecanismos aplicables a la parte especial del derecho penal

En el Perú se encuentran vigentes los delitos de tortura —desde febrero de 1998—, desaparición forzada de personas —desde abril de 1991 con algunas discontinuidades posteriores— y, también, los crímenes de guerra —desde enero de 2006, denominados delitos contra el derecho internacional humanitario—. Los dos primeros están tipificados en el Código Penal, artículos 321 y 320, respectivamente; y los crímenes de guerra en el Código de Justicia Militar Policial, artículos 83 a 105.⁵² Si bien todas estas figuras son alcanzadas por el principio de legalidad y sus garantías, es posible encontrar algunos mecanismos que potencian la efectividad de los tipos penales internos.

3.2.1. La reinterpretación de los tipos penales internos según los tratados internacionales sobre derechos humanos y la jurisprudencia de los órganos de protección de dichos tratados

a. El delito de desaparición forzada de personas (artículo 321 del Código Penal)

Según el artículo III de la CIDFP, este delito debe ser considerado como permanente.⁵³ Esta característica amplía considerablemente los alcances tempora-

⁵¹ Desde cualquiera de estas dos fórmulas era posible que el fiscal provincial en el dictamen del 7 de noviembre de 2003 —denuncia 546-00, caso *Cantoral Benavides*— resolviera el caso no archivando la denuncia sino formalizándola.

⁵² Recientemente, el TC declaró inconstitucionales varios artículos del Código de Justicia Militar Policial, entre ellos, varios artículos que tipificaban delitos contra el derecho internacional humanitario. El Tribunal ha considerado, acertadamente, que varios de esos tipos penales protegen bienes jurídicos comunes y no castrenses. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Expediente 0012-2006-PI/TC. Sentencia del 15 de diciembre de 2006.

⁵³ Desde una perspectiva dogmática penal, es errada la expresión alternativa de delito continuado utilizada por la Convención.

les del tipo penal. Dado que se considera que la situación antijurídica se mantiene en el tiempo,⁵⁴ no tiene relevancia si la conducta delictiva se inició con anterioridad a la vigencia del tipo penal. Se trata entonces de una aplicación inmediata de la norma —no retroactiva— si el paradero de la víctima se desconoce o no aparece su cadáver. Así lo han reconocido el TC en la sentencia del caso *Villegas Namuche* y la Sala Penal Nacional en su sentencia del caso *Castillo Páez*.

Por otro lado, el artículo II del citado convenio establece una definición de la práctica de desaparición forzada de personas. Según esta definición, la práctica de desaparición forzada de personas se constituye por dos condiciones: la privación de la libertad por parte de agentes del Estado y, posteriormente, la falta de información o la negativa de reconocer dicha privación de la libertad o de informar sobre el paradero de la persona, impidiéndole el ejercicio de los recursos legales. Pues bien, el texto del artículo 321 del Código Penal contempla de manera expresa uno de los elementos: la privación de la libertad, y no hace mención expresa al segundo elemento. Sin embargo, la falta de información o la negativa a informar sobre el paradero de la víctima puede deducirse de la expresión «ordenando o ejecutando acciones que tengan como resultado su desaparición». Esta expresión, de acuerdo con el convenio debería ser entendida como «ordenando o ejecutando acciones que supongan la negativa o la falta de información sobre el paradero de la víctima». Esta forma de comprender el tipo penal del artículo 321 no solo permite diferenciar esta figura del delito de secuestro, sino que brinda mejores argumentos para superar las críticas a la naturaleza permanente de este delito.⁵⁵ La sentencia de la Sala Penal Nacional para el caso *Castillo Páez* apela, aunque sin una fundamentación detallada, a este segundo elemento para reforzar el carácter permanente de la desaparición del estudiante Castillo Páez —punto VI: Apre-

⁵⁴ Cf. MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal. Parte general*. Barcelona: Repertor, 2004, p. 227.

⁵⁵ Cf. VÉLEZ FERNÁNDEZ, Giovanna. *La desaparición forzada de las personas y su tipificación en el Código Penal peruano*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2004, pp. 132 y 133. Este no es el espacio para plantear mis discrepancias con la posición de la autora. Sin embargo, debo mencionar que el acto de negar u ocultar una información no es «un acto solo», sino que proporcionar información sobre la detención o el paradero de la víctima constituye un deber de los miembros de las fuerzas armadas o fuerzas policiales hacia las autoridades competentes. Dicho deber se incumple permanentemente. Por otro lado, la necesidad de incorporar expresamente este segundo elemento al tipo de injusto de desaparición forzada de personas fue señalada en la sentencia de la Corte Interamericana para el caso *Gómez Palomino*. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Gómez Palomino vs. Perú*. Sentencia del 22 de noviembre de 2005. Serie C, n.º 136. En el ámbito interno, la sentencia recaída en el caso *Castillo Páez* reconoce implícitamente esta característica del tipo penal.

ciación de la prueba. Situación o contexto de la desaparición forzada en el Perú—. Y es que el carácter permanente del delito, a mi juicio, no opera necesariamente sobre la privación de la libertad del desaparecido, sino sobre la ocultación de la información sobre el paradero de una persona originalmente detenida.

Evidentemente, resulta problemático plantear el tipo de relación que existe entre el delito de secuestro y el delito de desaparición forzada de personas.⁵⁶ Sin embargo, creo que teniendo en cuenta la jurisprudencia reiterada de la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁵⁷ en el sentido de que en la práctica de desaparición forzada de personas se vulnera una pluralidad de derechos humanos —o bienes jurídicos—, y entre ellos la propia libertad individual, la relación que se plantea con el delito de secuestro es el de un concurso aparente de leyes penales, dado que el delito de desaparición forzada de personas absorbe o subsume el desvalor del primero.

b. El delito de tortura

En el caso del delito de tortura, el contexto de poder y la vulnerabilidad⁵⁸ de la víctima han determinado que la jurisprudencia de la Corte Interamericana, siguiendo la jurisprudencia de la Corte Europea, no requiera la verificación de lesiones⁵⁹ en la víctima para que se califique una conducta como tortura o tratos inhumanos. Esto resulta de vital importancia para diferenciar los delitos de tortura y lesiones.⁶⁰ En ese sentido, nuestra posición coincide con la opinión del grupo focal con jueces realizado por el IDEHPUCP en el sentido de reconocer espacios de aplicación autónoma entre ambos tipos de delitos.⁶¹ Es por ello el reiterado reconocimiento de la jurisprudencia de la Corte Intera-

⁵⁶ Cf. INSTITUTO DE DEMOCRACIA Y DERECHOS HUMANOS DE LA PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ. *Procesamiento de violaciones de derechos humanos en el Perú: características y dificultades*. Lima: IDEHPUCP, 2006, p. 79. De acuerdo con este estudio, el Grupo Focal realizado con fiscales arrojó que estos se inclinan por considerar la existencia de un concurso aparente entre el delito de secuestro y el delito de desaparición forzada de personas.

⁵⁷ Como en los casos *Castillo Páez y Velásquez Rodríguez*, citados previamente.

⁵⁸ Cf. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso de los *Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*. Sentencia del 19 de noviembre de 1999. Serie C, n.º 63. Fundamento 166.

⁵⁹ Cf. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso *Loayza Tamayo vs. Perú*. Sentencia del 17 de septiembre de 1997. Serie C, n.º 33. Fundamento 57.

⁶⁰ Estos problemas han sido detectados en el estudio del IDEHPUCP. *Procesamiento de violaciones de derechos humanos en el Perú: características y dificultades*, pp. 71 y ss.

⁶¹ Cf. INSTITUTO DE DEMOCRACIA Y DERECHOS HUMANOS DE LA PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ. *Procesamiento de violaciones de derechos humanos en el Perú: características y dificultades*, pp. 72 y 73.

americana de los casos de sufrimiento psicológico como casos de tortura.⁶² Estos ilícitos, en la jurisdicción interna, no pueden ser procesados fácilmente por medio de los delitos de lesiones. Si bien reconocen formalmente las lesiones psicológicas, operativamente no pueden ser objeto de proceso dado que no existen protocolos especiales de cuantificación del daño psicológico.

Por otro lado, el Comité de Derechos Humanos, órgano de protección del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ha establecido en sus decisiones los criterios que permiten diferenciar la tortura de otras afectaciones a la integridad personal como los malos tratos o los tratos degradantes.⁶³ Estos criterios, que no se plantean como conjuntivos sino como alternativos, pueden ayudar significativamente a diferenciar los casos relevantes de tortura de aquellos que pueden constituir tratos degradantes o humillantes y que, en nuestra legislación, podrían configurar delitos de lesiones leves, falta de lesiones o actos contra el pudor. En este punto, cabe hacer un comentario crítico a una sentencia del 20 de enero de 2005 emitida por la Sala Penal Transitoria. De acuerdo con esta sentencia, el caso⁶⁴ no constituía un delito de tortura sino un delito de lesiones. Según la Sala, el tipo penal de tortura exige que los actos sean «plurales», supuesto que «no se verifica en el caso». No logra comprenderse de dónde se deduce la exigencia de que los actos de tortura deban ser plurales. Sin perjuicio de la afectación al principio de legalidad, la Sala Suprema tal vez pretendía apelar el criterio de la duración. Sin embargo, este es uno de los diversos criterios para dilucidar los casos de tortura respecto de los casos de tratos inhumanos y tratos humillantes, pero no el único ni necesario. El criterio de intensidad puede ser suficiente, y lo es en el caso que se comenta.

Finalmente, no puedo dejar de hacer un comentario crítico a la actuación de los órganos jurisdiccionales peruanos en los casos de tortura que han sido judicializados luego de la entrada en vigencia de referido tipo penal, en

⁶² Sentencia del 19 de noviembre de 1999 (caso *Villagrán Morales*-EJ. 165), sentencia del 18 de agosto de 2000 (caso *Cantoral Benavides*-EJ. 100).

⁶³ Dictamen del Comité de Derechos Humanos del 7 de abril de 1989. En VILLÁN DURÁN, Carlos. *La práctica de la tortura y los malos tratos en el mundo. Tendencias actuales*. San Sebastián: Ararteko, 2003, p. 50.

⁶⁴ Se trata de hechos ocurridos el 13 de octubre de 2002, en circunstancias en que el agraviado Noé Canales se encontraba prestando servicio de guardia en el torreón de la Base Naval de Paita, recibió la visita del técnico de Segunda, Ochoa Ravello, el que, tras verificar que su subordinado Noé Canales no cumplía con sus funciones y se encontraba dormido, decidió, luego de llamarle la atención, patearlo en diversas partes del cuerpo. La víctima perdió el conocimiento y fue evacuado a la ciudad de Piura. Se le diagnosticó lesión cerrada contusa en el abdomen, con lesión visceral —hígado— y lesión contusa en la cara con fractura de piezas dentales.

1998. En primer lugar, llama la atención el número tan escaso de casos de tortura que son objeto de conocimiento por la jurisdicción penal interna.⁶⁵ Y, en segundo lugar, en contravención con la obligación internacional del Estado peruano de establecer sanciones severas, acordes con la gravedad de este hecho delictivo, los jueces peruanos se han desempeñado con benignidad en la mayoría de los casos.⁶⁶ Debe advertirse, entonces, los perjudiciales efectos que la citada política de tratamiento benigno puede repercutir en la función preventivo general y especial de la prohibición de la tortura en nuestro país.

4. Conclusión

Desde hace relativamente poco tiempo se evidencia, luego de un proceso de definición y de personalización de los derechos humanos, una etapa de criminalización de sus graves violaciones. En ese sentido, el derecho penal internacional comprende el conjunto de normas de derecho internacional público convencional o consuetudinario que demandan al Estado —subsidiariamente a un órgano internacional— sanción punitiva para determinadas prácticas violatorias de derechos humanos destinadas a proteger bienes jurídicos que interesan al orden internacional. Esta definición comprende tanto las normas que definen los crímenes internacionales como aquellas que prohíben las graves violaciones de los derechos humanos.

El principio de legalidad, entendido de manera férrea y rígida por nuestra legislación constitucional y por el Tribunal Constitucional, determina el carácter no autoaplicativo —*non self executing*— de las normas incriminatorias del derecho penal internacional. Esto nos lleva a la conclusión de que la represión interna de las graves violaciones de los derechos humanos ocurridas en el Perú entre 1980 y 2000 debe efectuarse con los tipos penales internos

⁶⁵ Hemos tenido acceso a seis ejecutorias supremas por delito de tortura y una sentencia de una Sala Penal Superior. Las ejecutorias supremas son las del 20 de enero de 2005 de la Segunda Sala Penal Suprema Transitoria —RN 1866-2004—; la de 18 de abril de 2000 de la Primera Sala Penal Transitoria —expediente 809-99—, la del 11 de febrero de 2005 de la Sala Penal Permanente —RN 3328-2004—, la del 7 de diciembre de 2005 de la Sala Penal Permanente —RN 3348-05—, la del 10 de noviembre de 2000 de la Sala Suprema Penal —expediente 3029-2000— y la del 15 de junio de 2005 de la Sala Penal Permanente —RN 1276-05—. La sentencia de la Sala Penal Superior fue emitida el 4 de noviembre de 2002 por la Sala Mixta de la Corte Superior de Justicia de Huaura (Huacho).

⁶⁶ De las siete resoluciones judiciales descritas en la nota 115, en solo dos casos se impusieron penas privativas de libertad superiores a los diez años —tal vez porque se presentaron resultados graves: muerte o lesiones graves—. En los otros casos, las sentencias no superan los seis años —cerca del mínimo legal—, y en dos de ellas la pena es inferior a los cuatro años y, por lo tanto, no efectiva.

previamente establecidos para tales hechos. La desvaloración de graves violaciones de los derechos humanos por parte de tipos penales clásicos si bien no resulta una situación óptima, puede constituir una solución ponderada entre la tutela judicial efectiva y las garantías del principio de legalidad. De hecho, para cumplir con el deber de penalización en el ámbito interno, cuentan menos las categorías formales con las cuales se repriman tales prácticas que su efectiva sanción. Esta afirmación no debe llevar a pensar en la imposibilidad de investigar, juzgar y sancionar graves violaciones de los derechos humanos ocurridas en nuestro país. Al contrario, siendo respetuosos del principio de legalidad, es posible encontrar mecanismos alternativos que permitan avanzar efectivamente en la lucha contra la impunidad.

En primer lugar, es posible encontrar normas de derecho penal internacional —especialmente convencionales— de carácter autoaplicativo que permitan levantar obstáculos sustanciales referidos a posibles causas de exclusión del injusto o la culpabilidad como la justificación —por razones de emergencia o de peligrosidad de la víctima— o al instituto de la obediencia debida. En segundo lugar, es posible encontrar normas de derecho penal internacional de carácter autoaplicativo que faciliten la superación de obstáculos de carácter procesal —o procesal/sustancial— que impidan la persecución de graves violaciones de los derechos humanos sea por medio de delitos clásicos o de delitos especiales referidos a estas violaciones. Se trata de principios o reglas que prohíben la amnistía, la prescripción, la cosa juzgada u otros mecanismos como causas de extinción de la acción penal. Finalmente, es posible reinterpretar los tipos penales aplicables a las referidas violaciones de derechos con el fin de que adquieran un mejor alcance de los sucesos ocurridos en el Perú.

La persecución penal de las graves violaciones del derecho internacional humanitario*

Juan Hernández

La sentencia emitida por la Sala Penal Nacional del Poder Judicial (SPN) en el proceso penal seguido contra Abimael Guzmán y otros,¹ representa la expresión más acabada de la toma de conciencia por parte de la judicatura peruana respecto de la necesidad de cautelar el respeto a las normas del derecho internacional humanitario (DIH). Si bien la responsabilidad penal atribuida a los condenados no contempla sanciones relativas a las violaciones a esta rama del derecho como tales, la SPN se pronuncia acerca de su *compromiso democrático* para evitar la impunidad frente a delitos que constituyen graves violaciones del DIH.

Al referirse a la aplicabilidad del DIH al contexto de violencia desarrollado entre las fuerzas armadas del Estado peruano y los grupos armados organizados en su territorio,² la SPN conjura los temores suscitados con ocasión de la publicación del *Informe Final* de la Comisión de la Verdad y Reconciliación (CVR)³ por parte de sus detractores, en relación con las supuestas ventajas que la calificación de conflicto armado no internacional (CANI) asignada a la situación que atravesó el Perú entre 1980 y 2000, concedería a los integrantes del PCP-Sendero Luminoso y del Movimiento Revolucionario Túpac Amaru (MRTA).

Dichos temores se centraban en la posible sustracción de los integrantes de los grupos referidos del ejercicio regular de la persecución penal estatal, a

* Las opiniones del autor presentadas en este texto no representan necesariamente los puntos de vista oficiales del Comité Internacional de la Cruz Roja.

¹ Expediente acumulado n.º 560-03, Sala Penal Nacional del Poder Judicial.

² Sin perjuicio del derecho punitivo del Estado ni de su legítima función de restablecer el orden interno.

³ Creada mediante el decreto supremo 065-2001-PCM del 4 de junio de 2001 y ampliado su mandato mediante el decreto supremo 101-2001-PCM del 31 de agosto de 2001.

partir de una lectura descontextualizada y tendenciosa de las reglas y estatutos contemplados por el DIH. Sobre el punto, cabe recordar que el DIH fue creado para limitar el sufrimiento humano resultante de los conflictos armados, mediante la protección de determinadas categorías de personas y bienes y la prohibición de determinados medios y métodos de combate, contenidas en normas exigibles, por igual, a todas las partes en conflicto. Ninguna de las disposiciones en materia de DIH pretende equiparar las fuerzas de los contendores ni atender las eventuales reivindicaciones de estos, sino que buscan imponer un régimen objetivo e independiente de toda consideración ajena a los principios humanitarios que están en su base.

Por lo tanto, ante la ocurrencia de un conflicto armado, las normas del DIH son vinculantes sin necesidad de que su vigencia sea reconocida por las partes y las instancias jurisdiccionales deben pronunciarse acerca de su inobservancia,⁴ distinguiendo entre los conjuntos normativos aplicables a los conflictos armados internacionales y no internacionales. Los conflictos armados internacionales (CAI) son aquellos que enfrentan a dos o más Estados —incluyendo la ocupación total o parcial de un territorio, aunque no se encuentre resistencia militar— y la lucha de un pueblo contra la dominación colonial, la ocupación extranjera o los regímenes racistas, en ejercicio del derecho a la libre determinación de los pueblos.⁵ Los supuestos que ameritan la consideración de un *pueblo* que ejerce el derecho a su libre determinación se limitan a los tres mencionados previamente, por lo que ningún grupo armado organizado que se enfrente a un Estado debido a diferencias políticas ajenas a ellos puede pretender reivindicar dicho estatuto.

⁴ Cabe destacar la evolución en los pronunciamientos del Tribunal Constitucional sobre el tema. Mientras la sentencia que anula aspectos de las leyes antiterroristas del régimen fujimorista señalaba, en referencia a la aplicabilidad del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, que «[...] en forma previa a cualquier pronunciamiento que se refiera a esta norma, ello requiere de una previa determinación de si los hechos provocados por el accionar de las organizaciones subversivas tienen o no la calidad de conflicto armado, lo que ciertamente al Tribunal Constitucional no le compete [...]». TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Expediente 010-2002-AI/TC. Sentencia del 3 de enero de 2003. En la sentencia del mismo órgano respecto de la acción de hábeas corpus interpuesta por Gabriel Orlando Vera Navarrete contra el auto de la Segunda Sala Especializada Penal para Procesos con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima, se establece que el DIH expresa obligaciones relevantes para el caso y precisa que «la aplicación de las disposiciones del Derecho Internacional Humanitario no requiere validación formal alguna, siendo aplicables automáticamente en tanto se produzca un hecho contrario a las normas mínimas de humanidad». TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Expediente 2798-04-HC/TC. Sentencia del 9 de diciembre de 2004.

⁵ De conformidad con el derecho a la libre determinación de los pueblos, un pueblo tiene el derecho de establecer libremente su condición política y proveer a su desarrollo económico, social y cultural. Cf. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 1.

Las principales normas de DIH aplicables a los CAI son los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y el Protocolo I adicional a los convenios referidos, destinados a la protección de quienes no participan en las hostilidades —población civil— y de quienes no pueden participar en ellas por su condición de heridos, enfermos, náufragos o prisioneros de guerra.⁶ Las normas mencionadas obligan a los Estados parte a adoptar las medidas legislativas necesarias para determinar las sanciones penales aplicables a las personas que hayan cometido, o dado orden de cometer, alguna de las *infracciones graves* definidas en sus textos⁷ y a buscar a las personas acusadas de haberlas cometido, sea cual fuere su nacionalidad, para hacerlas comparecer ante los propios tribunales, o entregarlas para que sean juzgadas por otro Estado parte que haya formulado contra ellas cargos suficientes. En consecuencia, los tribunales de un Estado parte se encuentran vinculados por el principio *aut dedere aut punire* y se habilita en su beneficio una jurisdicción universal pasible de ser ejercida sin mediar los factores de conexión clásicos de la persecución penal —territorialidad, personalidad activa, personalidad pasiva, protección de intereses—. Por tanto, el cumplimiento de las obligaciones descritas supone una adecuación de la legislación penal del Estado para sancionar la comisión de las infracciones graves señaladas, tanto de aquellas que se hubiesen cometido en el marco de un conflicto armado en el que dicho Estado hubiese participado, como de aquellas que se hubiesen cometido fuera del territorio del Estado y cuyos autores y víctimas no fuesen sus ciudadanos.⁸

Los CANI no se encuentran definidos de manera general en los instrumentos jurídicos correspondientes al DIH. Sin embargo, la jurisprudencia de los tribunales penales internacionales para la ex Yugoslavia y Ruanda y la doctrina especializada permiten señalar que existe un CANI cuando se recurre a la violencia armada prolongada entre autoridades gubernamentales y grupos ar-

⁶ El Estado peruano ratificó los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 mediante resolución legislativa 12412 del 31 de octubre de 1955, depositando el instrumento de ratificación correspondiente que surtió efectos jurídicos desde el 15 de agosto de 1956. Asimismo, el Estado peruano ratificó los Protocolos I y II adicionales a los cuatro Convenios de Ginebra mediante resolución legislativa 25029 del 23 de mayo de 1989, depositando el instrumento de ratificación correspondiente que surtió efectos jurídicos desde el 14 de enero de 1990.

⁷ Cf. los artículos 50, 51, 130 y 147 del I, II, III y IV Convenio de Ginebra de 1949, respectivamente, y los artículos 11(4), 85 y 86 del Protocolo I adicional.

⁸ Al respecto, cabe recordar que el Código Penal de 1991 contempla en su artículo segundo la siguiente disposición: «La ley peruana se aplica a todo delito cometido en el extranjero, cuando: 5. El Perú está obligado a reprimir conforme a tratados internacionales», por lo que la persecución de las infracciones graves a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y al Protocolo I adicional mediante el ejercicio de la jurisdicción universal quedaría expedita una vez concretada la adecuación de la legislación penal requerida.

mados organizados, o entre tales grupos al interior de un Estado.⁹ Frente a estas situaciones, las principales normas aplicables son el artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y, dependiendo del grado de intensidad del conflicto en cuestión, el Protocolo II adicional a los convenios referidos. Dado que las condiciones de aplicación del Protocolo II adicional¹⁰ son resultado de una voluntad de establecer los elementos más objetivos posibles para la determinación de su invocación, su ámbito material de aplicación se ha visto restringido a las guerras civiles clásicas, supuestos minoritarios entre los CANI ocurridos desde 1945 en adelante. En cambio, el artículo 3 común dispone su aplicación a todo conflicto armado que no sea de índole internacional y que surja en el territorio de uno de los Estados parte en los Convenios de Ginebra de 1949, a lo que debe agregarse el reconocimiento que la jurisprudencia y la doctrina especializada han hecho de las disposiciones contenidas en dicho artículo como *consideraciones elementales de humanidad* que deben ser respetadas en toda circunstancia.¹¹

Si bien los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y sus protocolos adicionales no atribuyen la condición de *infracciones graves* a las graves violaciones cometidas contra las normas aplicables a los CANI, puede observarse una tendencia en los ámbitos normativo,¹² jurisprudencial¹³ y doctrinario¹⁴ acerca de la necesidad de sancionar dichas conductas, resultando en la califi-

⁹ Cf. la decisión de la Cámara de Apelaciones del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia sobre la jurisdicción del Tribunal en el caso seguido contra Dusko Tadic del 2 de octubre de 1995, parágrafo 70. Cf. INTERNATIONAL CRIMINAL COURT FOR THE FORMER YUGOSLAVIA. *Prosecutor vs. Dusko Tadic*, también conocido como «Dule». En <<http://www.un.org/icty/tadic/trialc2/judgement/index.htm>>.

¹⁰ Cf. el artículo 1 del Protocolo II adicional, que prevé su aplicación a todos los conflictos armados que se desarrollen entre las fuerzas armadas de un Estado parte y fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre una parte de dicho territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el Protocolo II adicional.

¹¹ Cf. la sentencia de la Corte Internacional de Justicia en el caso relativo a las actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua del 27 de junio de 1986, párrafos 218 y 219. Cf. INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Case concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua vs. United States of America) (1984-1991)*. En <http://www.icj-cij.org/ictjwww/icasases/inus/inus_ijudgment/inus_ijudgment_19860627.pdf>.

¹² Cf. el artículo 4 del Estatuto del Tribunal Internacional para Ruanda.

¹³ Cf. la decisión de la Cámara de Apelaciones del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia sobre la jurisdicción del tribunal en el caso seguido contra Dusko Tadic del 2 de octubre de 1995, párrafos 97-137. Cf. INTERNATIONAL CRIMINAL COURT FOR THE FORMER YUGOSLAVIA. *Prosecutor vs. Dusko Tadic*, también conocido como «Dule». En <<http://www.un.org/icty/tadic/trialc2/judgement/index.htm>>.

¹⁴ En opinión de Antonio Cassese, los crímenes de guerra pueden cometerse, tanto en el curso de un conflicto armado internacional como en el curso de un conflicto armado interno, esto es, guerras civiles o enfrentamientos armados prolongados y a gran escala que estallen al interior de un Estado soberano. CASSESE, Antonio. *International Criminal Law*. Nueva York: Oxford University Press, 2003, p. 47.

cación de «crímenes de guerra» atribuida por el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional¹⁵ a las violaciones graves del artículo 3 común¹⁶ y a otras violaciones graves de las leyes y los usos aplicables en los conflictos armados que no sean de índole internacional.¹⁷

Así lo entendió la CVR al sostener que el marco jurídico correspondiente a su investigación relativa a los hechos ilícitos ocurridos con ocasión del CANI producido en el país debía contemplar el artículo 3 común,¹⁸ al que consideró

¹⁵ El Estado peruano ratificó el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional mediante resolución legislativa 27517 del 29 de septiembre de 2001, depositando el instrumento de ratificación correspondiente que surtió efectos jurídicos desde el 1 de julio de 2002.

¹⁶ Cf. el artículo 8(2)(c) del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Artículo 8(2)(c): «En caso de conflicto armado que no sea de índole internacional, las violaciones graves del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, a saber, cualquiera de los siguientes actos cometidos contra personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las Fuerzas Armadas que hayan depuesto las armas y los que hayan quedado fuera de combate por enfermedad, lesiones, detención o por cualquier otra causa: i) Actos de violencia contra la vida y la persona, en particular el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles y la tortura; ii) Los ultrajes contra la dignidad personal, en particular los tratos humillantes y degradantes; iii) La toma de rehenes; iv) Las condenas dictadas y las ejecuciones efectuadas sin sentencia previa pronunciada por un tribunal constituido regularmente y que haya ofrecido todas las garantías judiciales generalmente reconocidas como indispensables».

¹⁷ Cf. el artículo 8(2)(e) del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Artículo 8(2)(e): «Otras violaciones graves de las leyes y los usos aplicables en los conflictos armados que no sean de índole internacional, dentro del marco establecido de derecho internacional, a saber, cualquiera de los actos siguientes: i) Dirigir intencionalmente ataques contra la población civil como tal o contra civiles que no participen directamente en las hostilidades; ii) Dirigir intencionalmente ataques contra edificios, material, unidades y vehículos sanitarios y contra el personal habilitado para utilizar los emblemas distintivos de los Convenios de Ginebra de conformidad con el derecho internacional; iii) Dirigir intencionalmente ataques contra personal, instalaciones, material, unidades o vehículos participantes en una misión de mantenimiento de la paz o de asistencia humanitaria de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, siempre que tengan derecho a la protección otorgada a civiles u objetos civiles con arreglo al derecho de los conflictos armados; iv) Dirigir intencionalmente ataques contra edificios dedicados al culto religioso, la educación, las artes, las ciencias o la beneficencia, los monumentos, los hospitales y otros lugares en que se agrupa a enfermos y heridos, a condición de que no sean objetivos militares; v) Saquear una ciudad o plaza, incluso cuando es tomada por asalto; vi) Cometer actos de violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, definido en el apartado f) del párrafo 2 del artículo 7, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual que constituya también una violación grave del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra; vii) Reclutar o alistar niños menores de 15 años en las fuerzas armadas o utilizarlos para participar activamente en hostilidades; viii) Ordenar el desplazamiento de la población civil por razones relacionadas con el conflicto, a menos que así lo exija la seguridad de los civiles de que se trate o por razones militares imperativas; ix) Matar o herir a traición a un combatiente enemigo; x) Declarar que no se dará cuartel; xi) Someter a las personas que estén en poder de otra parte en el conflicto a mutilaciones físicas o a experimentos médicos o científicos de cualquier tipo que no estén justificados en razón del tratamiento médico, dental u hospitalario de la persona de que se trate ni se lleven a cabo en su interés, y que provoquen la muerte o pongan gravemente en peligro su salud; xii) Destruir o confiscar bienes del enemigo, a menos que las necesidades de la guerra lo hagan imperativo».

¹⁸ Con relación al Protocolo II adicional, la CVR consideró que no le correspondía determinar la concurrencia de los requisitos para su aplicación al caso peruano y dejó abierta la posibilidad de aplicar sus disposiciones «[...] en lo que resulte compatible y pertinente». COMISIÓN DE LA VERDAD Y RECONCILIACIÓN. *Informe Final*. Lima: CVR, 2003, t. I, p. 205. Cabe mencionar que la imprecisión en la formulación citada pudo superarse haciendo referencia a la necesidad de aplicar las normas del Protocolo II adicional que tuvieran carácter consuetudinario.

un mínimo de humanidad que la comunidad internacional exige sea respetado siempre y cuyas infracciones constituyen crímenes internacionales imputables a los individuos sin excepción alguna.¹⁹ En tal sentido y en atención a las particularidades del caso peruano, es pertinente referirse a las consecuencias que conlleva la persecución penal de las graves violaciones al DIH cometidas en el marco de un CANI.

En primer lugar, debemos destacar que las obligaciones en materia de DIH alcanzan a todas las partes enfrentadas en un CANI, que convierten a todo individuo participante en un posible perpetrador de las graves violaciones referidas. Por tanto, dichas violaciones pueden ser atribuibles, tanto a agentes estatales como a integrantes de grupos armados organizados —tales como el PCP-Sendero Luminoso y el MRTA—, y no es indispensable tener la condición de militar para dichos efectos.²⁰ En cuanto a las víctimas potenciales, ellas serían las personas que no tomen parte directamente en las hostilidades —incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas, el personal médico y el personal religioso— y las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa; es decir, las categorías respecto de las cuales el artículo 3 común establece las prohibiciones de atentar contra la vida y la integridad corporal, tomar rehenes, atentar contra la dignidad personal, y dictar condenas y realizar ejecuciones sin previo juicio ante un tribunal legítimamente constituido y con las garantías judiciales debidas. En consecuencia, los civiles que participasen directamente en las hostilidades perderían su condición de víctimas potenciales por el tiempo que durase su participación. Sobre el punto, la jurisprudencia ha establecido que no es necesario definir exactamente la línea que divide a quienes toman parte directamente en las hostilidades y quienes no lo hacen, por lo que resulta suficiente examinar, en cada caso particular, si el individuo estuvo activamente involucrado en las hostilidades en un momento determinado.²¹ Finalmente, para el

¹⁹ Cf. COMISIÓN DE LA VERDAD Y RECONCILIACIÓN. *Informe Final*, t. 1, p. 202.

²⁰ Al respecto, la Cámara de Apelaciones del Tribunal Penal Internacional para Ruanda afirmó que el DIH resultaría disminuido y cuestionado si se admitiera que ciertas personas fuesen exoneradas de su responsabilidad penal individual por una violación del artículo 3 común bajo el pretexto de que no perteneciesen a una categoría específica. Cf. la sentencia de la Cámara de Apelaciones del Tribunal Penal Internacional para Ruanda en el caso seguido contra Jean Paul Akayesu del 1 de junio de 2001, caso n.º ICTR-96-4-A, párrafos 443-445. INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR RWANDA. *The Prosecutor vs. Jean-Paul Akayesu*. En <<http://www.un.org/ictt/english/judgements/akayesu.html>>.

²¹ Cf. la opinión y sentencia de la Cámara de Juzgamiento II del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia en el caso seguido contra Dusko Tadic, párrafo 616, ILR I at 203. INTERNATIONAL CRIMINAL COURT FOR THE FORMER YUGOSLAVIA. *Prosecutor vs. Dusko Tadic*, también conocido como «Dule».

caso de los heridos y enfermos, la omisión del deber de recogerlos y asistirlos constituye, también, una grave violación.

La persecución penal de estas violaciones no es obstáculo para la persecución de delitos comunes en el contexto de un CANI. Debemos recordar que el artículo 3 común no surte efectos sobre el estatuto jurídico de las partes en conflicto, por lo que un grupo armado organizado no puede pretender sustraerse del ejercicio regular de la justicia invocando el estatuto de beligerante, ni sus integrantes invocando el estatuto de prisionero de guerra.

Así pues, el hecho de aplicar el artículo 3 no constituye en sí mismo, por parte de un Gobierno legal, ningún reconocimiento de poder alguno a la parte adversa; no limita de ningún modo su derecho —conferido por su propia ley— de reprimir una rebelión por todos los medios, incluido el uso de las armas; no afecta en nada a su derecho de perseguir judicialmente, juzgar y condenar a sus adversarios por los crímenes cometidos de conformidad con la propia ley.²²

Por ende, el reconocimiento de beligerancia, acto unilateral y discrecional derivado de la práctica de algunos Estados occidentales del siglo XIX que buscaba otorgar a los grupos armados organizados el estatuto de *grupos beligerantes* y, con ello, activar la aplicación de las leyes y costumbres de la guerra en algunos conflictos armados no internacionales,²³ no lo puede reclamar un grupo armado organizado sobre la base de la aplicación del DIH. Respecto al estatuto de prisionero de guerra, este es privativo de los CAI, así que las personas capturadas con ocasión de un CANI solo pueden exigir el trato que les dispensa el artículo 3 común como detenidos, en particular, la prohibición de ser sometidos a juicios sin las garantías previstas por los Estados para eliminar posibles errores judiciales. Al respecto, el comentario del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra publicado por el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) señala:

Precisemos bien que el Convenio solo pretende prohibir aquí la justicia «sumaria». Mediante esta disposición, el Convenio no confiere ningún

²² Cf. PICTET, Jean. *Commentary. I Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field*. Ginebra: Comité Internacional de la Cruz Roja, 1995, p. 61. Traducción no oficial de Juan Hernández Pastor. Original: «Consequently, the fact of applying Article 3 does not in itself constitute any recognition by the *de jure* Government that the adverse Party has authority of any kind; it does not limit in any way the Government's right to suppress a rebellion using all the means —including arms— provided for under its own laws; it does not in any way affect its right to prosecute, try and sentence its adversaries for their crimes, according to its own laws».

²³ Cf. TORREBLANCA, Godofredo. «El derecho internacional humanitario en caso de conflicto armado no internacional». En Fabián Novak (coord.). *Derecho internacional humanitario*. Lima: Instituto de Estudios Internacionales (IDEI) de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2003, p. 263.

tipo de inmunidad. No impide en modo alguno que se ponga al presunto culpable, mediante su detención, en la imposibilidad de hacer daño; deja intacto el derecho del Estado a enjuiciar, condenar y castigar, de conformidad con la ley.²⁴

En el caso de la legislación peruana, los actos violatorios al DIH son objeto de una represión residual, en la medida en que dichos actos solo merecen una desvaloración especial en el marco del Código Penal a partir de delitos comunes. La entrada en vigor del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional no ha supuesto la aplicación directa del sistema de crímenes de guerra contenido en su artículo 8 en el derecho interno, en la medida en que la Constitución Política de 1993 y el Código Penal consagran el principio de legalidad,²⁵ cuyos componentes de certeza y norma penal previa impiden la aplicación directa del derecho penal internacional, o la transformación de los tipos penales nacionales mediante referencias a instrumentos internacionales. Si bien un mismo hecho puede realizar un tipo penal previsto en el código y una grave violación del DIH, la vigencia de dicha normativa configura un bien jurídico merecedor de tutela penal en sí mismo y distinto de los bienes jurídicos del derecho penal común, tales como la vida o la integridad. La adecuada protección de los bienes que se ponen en riesgo en el marco de las hostilidades requiere de la persecución penal de las graves violaciones del DIH, y obliga al Estado a implementar las medidas de control necesarias para cumplir con la finalidad de limitar el sufrimiento humano resultante de los conflictos armados que está en la base de esta rama del derecho.²⁶

De lo contrario, la persecución penal de las graves violaciones del DIH solo podrá realizarse de manera indirecta, mediante la reconducción de dichas violaciones de los delitos comunes existentes,²⁷ tal y como ocurrió con la

²⁴ PICTET, Jean. *Commentary. I Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field*, p. 54. Traducción no oficial de Juan Hernández Pastor. Original: «We must be very clear about one point: it is only «summary» justice which it is intended to prohibit. No sort of immunity is given to anyone under this provision. There is nothing in it to prevent a person presumed to be guilty from being arrested and so placed in a position where he can do no further harm; and it leaves intact the right of the State to prosecute, sentence and punish according to the law».

²⁵ Cf. el artículo 2(24) (d) de la Constitución Política del Perú de 1993 y el artículo 11 del Código Penal.

²⁶ Cf. CARO CORIA, DINO. «Informes nacionales. Perú». En Kai Ambos y otros (eds.). *Dificultades jurídicas y políticas para la ratificación o implementación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Contribuciones de América Latina y Alemania*. Konrad-Adenauer-Stiftung E.V., 2006, p. 392.

²⁷ Así, en sus consideraciones relativas al derecho aplicable al conflicto armado interno en el Perú, la CVR se limitó a señalar que la judicatura debía incorporar los elementos brindados por el DIH al momento de tipificar las conductas analizadas, señalando que «resulta de especial trascendencia considerar si ese delito, además, es

sentencia emitida por la SPN en el proceso penal seguido contra Abimael Guzmán y otros, en cuyos fundamentos se señala que el artículo 3 común prohíbe los actos de terrorismo sin emplear efectivamente dicho término y que los integrantes de Sendero Luminoso habrían incurrido en la violación sistemática de la norma referida, para terminar condenando a los acusados por la comisión del delito de terrorismo en su modalidad de terrorismo agravado en agravio del Estado.

Por lo expuesto, resulta alentador el trabajo llevado a cabo por la Comisión Especial Revisora del Código Penal²⁸ —encargada de adecuar los delitos previstos en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional al derecho interno peruano— cuyo proyecto de ley²⁹ prevé la incorporación de un libro III del Código Penal bajo el rótulo «Delitos contra el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario». El título abarca tipos penales que sancionan los delitos cometidos contra las personas protegidas por el DIH —capítulo I—, contra el patrimonio y otros derechos —capítulo II—, contra operaciones humanitarias y emblemas —capítulo III—, delitos de empleo de métodos —capítulo IV— y medios —capítulo V— prohibidos de conducción de hostilidades. En caso de aprobarse la propuesta mencionada, las graves violaciones del DIH serían objeto de una persecución penal independiente de la comisión de los delitos comunes existentes, en consonancia con las obligaciones asumidas por el Estado peruano mediante la ratificación de los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, sus protocolos adicionales y el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

o no una grave infracción del artículo 3 común de los Convenios de Ginebra y del resto del cuerpo normativo del Derecho Internacional Humanitario». COMISIÓN DE LA VERDAD Y RECONCILIACIÓN. *Informe Final*, t. 1, p. 238.

²⁸ Creada mediante la ley 27837 del 4 de octubre de 2002.

²⁹ La Comisión de Justicia y Derechos Humanos del Congreso de la República acordó, por unanimidad, hacer suyo el proyecto de ley referido el día miércoles 3 de mayo de 2006.

La jurisprudencia internacional y el procesamiento de violaciones de derechos humanos por tribunales nacionales

María Clara Galvis y Katya Salazar

Según el derecho internacional de los derechos humanos, es obligación estatal de investigar, juzgar y —en su caso— sancionar a los responsables de graves violaciones de derechos humanos. Tal obligación, que se cumple vía proceso penal en el que se debe investigar los hechos alegados, identificar y procesar a los responsables e imponerles una sanción, si correspondiese,¹ emana principalmente de las fuentes primarias del derecho internacional, como los tratados, convenciones, pactos y demás instrumentos internacionales vinculantes para los Estados. Su contenido y alcance lo han fijado los órganos internacionales —universales y regionales— de protección de derechos humanos. En este artículo queremos presentar; por un lado, los aspectos normativos, de fuente convencional, universal y regional, que dan fundamento a esta obligación estatal y; por otro, algunos desarrollos jurisprudenciales, especialmente en el ámbito regional interamericano que dan contenido a la obligación.

1. La obligación de investigar, juzgar y, en su caso, sancionar a los responsables de graves violaciones de derechos humanos está establecida en los tratados generales de protección de derechos humanos

Tanto en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante, el Pacto) como en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, la Convención Americana), la obligación de investigar, juzgar y, en su caso, sancionar a los responsables de graves violaciones de derechos huma-

¹ Al respecto, hay amplísima bibliografía que se ha venido retroalimentando con el desarrollo de la jurisdicción universal y el establecimiento de la Corte Penal Internacional. Ya que es imposible enumerarla exhaustivamen-

nos hace parte de las obligaciones de *respetar* y *garantizar*, y del *derecho a las garantías judiciales* y a la *protección judicial* establecidos en dichos tratados.

De acuerdo con el artículo 2.1 del Pacto Internacional² y el artículo 1.1 de la Convención Americana,³ los Estados parte se obligan a *respetar* y *garantizar* todos los derechos y libertades contenidos en el Pacto y en la Convención. Mientras que la obligación de *respeto* implica límites a la actuación de los órganos y agentes del Estado que se derivan del contenido de los derechos protegidos por dichos tratados, la obligación de *garantía* supone que los Estados tienen el deber de garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona sujeta a su jurisdicción, sin ningún tipo de distinción o discriminación.

Desde su primera sentencia en el caso *Velásquez Rodríguez*, la Corte Interamericana ha interpretado el contenido de la obligación de garantía así:

La segunda obligación de los Estados Parte es la de «garantizar» el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención a toda persona sujeta a su jurisdicción. Esta obligación implica el deber de los Estados Parte de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos.⁴

te, sugerimos consultar algunas obras pioneras en esta discusión: ROHT-ARRIAZA, Naomi. *Impunity and Human Rights in International Law and Practice*. Nueva York: Oxford University Press, 1995; MÉNDEZ, Juan. «Accountability for Past Abuses». En *Human Rights Quarterly*, vol. 19, Washington D. C., 1997, pp. 255-282 y AMBOS, Kai. *Impunidad y derecho penal internacional*. Buenos Aires: Konrad-Adenauer-Stiftung, 1999. En esta línea, no podemos dejar de mencionar el artículo de ORENTLICHER, Diane. «Setting Accounts: the Duty to Prosecute Human Rights Violations of a Prior Regime». *The Yale Law Journal*, vol. 100, n.º 8, junio de 1991, pp. 2537-2615.

² El artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles señala: «Cada uno de los Estados Parte en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social».

³ El artículo 2.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos señala: «Los Estados Parte en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social».

⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Sentencia sobre fondo del 29 de julio de 1988. Serie C, n.º 4, párrafo 166.

Posteriormente, sobre la obligación de investigar, entendida como una concreción de la obligación de garantía, el Tribunal Interamericano ha señalado que:

La obligación de garantizar los derechos humanos consagrados en la Convención no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación, sino que comporta la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos [...] De tal manera, de esa obligación general de garantía deriva la obligación de investigar los casos de violaciones de esos derechos; es decir, del artículo 1.1 de la Convención en conjunto con el derecho sustantivo que debe ser amparado, protegido o garantizado.⁵

En el mismo sentido, ha señalado que:

La obligación conforme al derecho internacional de enjuiciar y, si se les declara culpables, castigar a los perpetradores de determinados crímenes internacionales, entre los que se cuentan los crímenes de lesa humanidad, se desprende de la obligación de garantía consagrada en el artículo 1.1 de la Convención Americana. Esta obligación implica el deber de los Estados Parte de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos. Si el aparato del Estado actúa de modo que tal violación quede impune y no se restablezca, en cuanto sea posible, a la víctima en la plenitud de sus derechos, puede afirmarse que ha incumplido el deber de garantizar su libre y pleno ejercicio a las personas sujetas a su jurisdicción.⁶

⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*. Sentencia sobre fondo, reparaciones y costas del 31 de enero de 2006. Serie C, n.º 140, párrafo 142.

⁶ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Sentencia sobre excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, del 26 de septiembre de 2006. Serie C, n.º 154, párrafo 110.

Recientemente, la Corte puntualizó que:

[e]n los términos del artículo 1.1 de la Convención Americana, los Estados están obligados a investigar las violaciones de derechos humanos y a juzgar y sancionar a los responsables.⁷

Por su parte, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas (en adelante, el Comité) ha señalado, en sus *Observaciones generales*, que los Estados parte del Pacto tienen la obligación de procesar a los responsables de desapariciones forzadas, ejecuciones extrajudiciales y torturas. Al igual que la Corte Interamericana, el Comité determinó que esas obligaciones específicas forman parte de la obligación general de *garantizar* los derechos protegidos por el Pacto. Así, en su *Observación general 20* al artículo 7⁸ del Pacto, el Comité observó que:

[N]o basta con prohibir ese trato o castigo [la tortura] o con declararlo delito. Los Estados Parte deberán informar al Comité sobre las medidas legislativas, administrativas, judiciales y de otra índole que adopten para prevenir y castigar los actos de tortura, así como los tratos crueles, inhumanos y degradantes, en todo el territorio sometido a su jurisdicción [...] Serán considerados responsables quienes violen el artículo 7, ya sea alentando, ordenando o perpetrando actos prohibidos [...] El artículo 7 debe interpretarse conjuntamente con el párrafo 3 del artículo 2 del Pacto. En sus informes, los Estados Parte deberán indicar cómo sus legislaciones garantizan efectivamente el cese inmediato de todo acto prohibido por el artículo 7, así como la concesión de una reparación adecuada. El derecho a presentar denuncias contra los malos tratos prohibidos por el artículo 7 deberá ser reconocido en Derecho interno. Las denuncias deberán ser investigadas con celeridad e imparcialidad por las autoridades competentes a fin de que el recurso sea eficaz. Los informes de los Estados Parte deberán proporcionar información concreta sobre los recursos de que disponen las víctimas de malos tratos y sobre los procedimientos que deban seguir los demandantes, así como datos estadísticos sobre el número de denuncias y el curso que se ha dado a las mismas.⁹

⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso La Cantuta vs. Perú*. Sentencia sobre fondo, reparaciones y costas del 29 de noviembre de 2006. Serie C, n.º 162, párrafo 160.

⁸ El artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos señala: «Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. En particular, nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos».

⁹ COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS DEL PACTO DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS DE NACIONES UNIDAS. Comentario General 20, 1992. Doc. CCPR 10/04/92, párrafos 8, 13 y 14.

En relación con las ejecuciones extrajudiciales y la desaparición forzada, el Comité de Derechos Humanos llegó a las mismas conclusiones.¹⁰

Los *Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones*¹¹ señalan, igualmente, que la obligación de los Estados de respetar y garantizar los derechos humanos contiene, entre otros, el deber de investigar las violaciones de esos derechos y de tomar medidas contra los responsables. En este sentido, los principios y directrices establecen que:

En los casos de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario que constituyen crímenes en virtud del derecho internacional, los Estados tienen la obligación de investigar y, si hay pruebas suficientes, enjuiciar a las personas presuntamente responsables de las violaciones y, si se las declara culpables, la obligación de castigarlas. Además, en estos casos los Estados deberán, en conformidad con el derecho internacional, cooperar mutuamente y ayudar a los órganos judiciales internacionales competentes a investigar tales violaciones y enjuiciar a los responsables.¹²

Por su parte, el relator especial de las Naciones Unidas para las ejecuciones extrajudiciales, arbitrarias o sumarias expresó el carácter de la obligación estatal de investigar, de la siguiente manera:

Cuando se aleguen violaciones del derecho a la vida, los gobiernos están obligados bajo el derecho internacional a llevar a cabo investigaciones exhaustivas e imparciales, llevar a los tribunales y castigar a sus autores, otorgar una compensación a las víctimas o sus familiares y tomar las medidas necesarias para evitar que estos hechos se repitan en

¹⁰ En relación con la ejecución extrajudicial, cf. el caso *John Khemraadi Baboeram, Andre Kamperveen, Cornelis Harold Riedewald, Gerald Leckie, Harry Sugrim Oemrawsingh, Somradj Robby Sohansingh, Lesley Paul Rahman y Edmund Alexander Hoost vs. Suriname*, Comunicación n.º 146/1983 y 148-154/1983 (4 de abril de 1985), U.N. Doc. A/40/40 (1985). Acerca de la desaparición forzada cf. el caso *Eduardo Bleier vs. Uruguay*, Comunicación R.7/30, U.N. Doc A/37/40 (1982).

¹¹ Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones. Resolución 60/147, aprobada por la Asamblea General el 16 de diciembre de 2005.

¹² *Ib.*

el futuro. Los primeros dos componentes de esta cuádruple obligación constituyen en sí mismas la medida más efectiva para prevenir violaciones de derechos humanos [...] Dar una compensación presupone cumplir con la obligación de investigar los hechos con la finalidad de identificar y juzgar a los responsables. Una compensación financiera o de otro tipo otorgada a las víctimas o sus familias antes de que esa investigación se haya iniciado o haya concluido, no disculpa al gobierno de cumplir esa obligación.¹³

2. La obligación de investigar, juzgar y, en su caso, sancionar a los responsables de graves violaciones de derechos humanos está establecida en los tratados especiales de protección de derechos humanos

En el ámbito regional, la obligación de investigar hace parte de la *Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas*.¹⁴ Acerca de la investigación y juzgamiento, la Convención establece que cuando el presunto responsable de una desaparición forzada está en el territorio de un Estado parte y este no conceda la extradición: «someterá el caso a sus autoridades competentes como si el delito se hubiere cometido en el ámbito de su jurisdicción, para efectos de la investigación y, cuando corresponda, de proceso penal».¹⁵

En el sistema universal, la obligación de investigar las desapariciones forzadas está consagrada en la *Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas*.¹⁶ El artículo 14 de esta declaración señala, expresamente, que los presuntos autores «deberán ser entregados a las autoridades civiles competentes [...] a fin de ser procesados y juzgados. Los Estados deberán tomar las medidas jurídicas apropiadas que tengan a su disposición a fin de que todo presunto autor de un acto de desaparición forzada, que se encuentre bajo su jurisdicción o bajo su control, sea sometido a juicio»; juicio

¹³ Question of the violation of human rights and fundamental freedoms, in any part of the world, with particular reference to colonial and other dependent countries and territories. Extrajudicial, summary or arbitrary executions. Report by the Special Rapporteur, Mr. Bacre Waly Ndiaye, submitted pursuant to Commission on Human Rights Resolution 1993/71, inc. 688 y 711, Doc. U.N. E/CN.4/1994/7 del 7 de diciembre de 1993. Traducción de María Clara Galvis y Katya Salazar.

¹⁴ Ratificada por el Estado peruano el 13 de febrero de 2002.

¹⁵ ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS. Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas. Artículo VI.

¹⁶ Doc. A/RES/47/133, aprobado por la Asamblea General el 18 de diciembre de 1992.

que, de acuerdo con esta misma declaración, deberá ser realizado ante la justicia común, no ante la militar.

En cuanto a la tortura, la *Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*,¹⁷ establece con claridad la obligación de los Estados de investigar estos hechos, procesar a los responsables y compensar a las víctimas. Sobre la investigación y el juzgamiento de la tortura, la Convención dispone que todo Estado parte en cuyo territorio se encuentre un presunto responsable de actos de tortura «procederá a la detención de dicha persona [...] a fin de permitir la iniciación de un procedimiento penal o de extradición».¹⁸ Si por cualquier razón no procediera la extradición, el Estado Parte «someterá el caso a sus autoridades competentes a efectos de enjuiciamiento».¹⁹

En el ámbito regional, la *Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura*²⁰ es más enfática, pues señala que «cuando exista una denuncia o razón fundada para creer que se ha cometido un acto de Tortura en el ámbito de su jurisdicción los Estados Parte garantizarán que sus respectivas autoridades procederán de oficio y de inmediato a realizar una investigación sobre el caso y a iniciar, cuando corresponda, el respectivo proceso penal».²¹ Señala, también, que «[c]uando un Estado parte no conceda la extradición, someterá el caso a sus autoridades competentes como si el delito se hubiera cometido en el ámbito de su jurisdicción, para efectos de investigación y, cuando corresponda, de proceso penal, de conformidad con su legislación nacional».²²

Si bien no existen tratados de alcance universal o regional sobre ejecuciones arbitrarias —como los mencionados en materia de desaparición forzada y tortura—, para precisar la obligación de investigar estos hechos, resultan de aplicación los *Principios para una efectiva prevención e investigación de ejecuciones extrajudiciales, arbitrarias y sumarias*.²³ Estos principios señalan expresa-

¹⁷ Ratificada por el Estado peruano el 7 de julio de 1988.

¹⁸ ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes. Artículo 6.1.

¹⁹ ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes. Artículo 7.1.

²⁰ ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS. Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura. Ratificada por el Estado peruano el 28 de marzo de 1991.

²¹ ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS. Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura. Artículo 8.

²² ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS. Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura. Artículo 14.

²³ Aprobados por el Consejo Económico y Social mediante resolución 1989/65 del 24 de mayo de 1989 y adoptados por la Asamblea General mediante resolución A/RES/44/162 del 15 de diciembre de 1989.

mente la obligación de los Estados parte de juzgar a los responsables de estos hechos: «Se procederá a una investigación exhaustiva, inmediata e imparcial de todos los casos en que haya sospecha de ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias, incluidos aquéllos en los que las quejas de parientes u otros informes fiables hagan pensar que se produjo una muerte no debida a causas naturales en las circunstancias referidas».²⁴

3. La responsabilidad internacional es del Estado en su conjunto y cualquiera de sus órganos puede generarla

El incumplimiento de las obligaciones adquiridas al ratificar y/o adherir a instrumentos internacionales hace surgir la responsabilidad internacional del Estado —en su conjunto— como sujeto de derecho internacional. En palabras del juez de la Corte Interamericana, Sergio García Ramírez:

[E]l Estado viene a cuentas [ante la Corte] en forma integral, como un todo [...] la responsabilidad es global, atañe al Estado en su conjunto y no puede quedar sujeta a la división de atribuciones que señale el Derecho interno. No es posible seccionar internacionalmente al Estado, obligar ante la Corte solo a uno o algunos de sus órganos, entregar a éstos la representación del Estado en el juicio —sin que esa representación repercuta sobre el Estado en su conjunto— y sustraer a otros de este régimen convencional de responsabilidad.²⁵

La responsabilidad internacional del Estado puede ser generada por cualquiera de sus órganos. En este sentido, la Corte Interamericana ha recordado «que es un principio básico del derecho de la responsabilidad internacional del Estado, recogido en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que todo Estado es internacionalmente responsable por actos u omisiones de cualesquiera de sus poderes u órganos en violación de los derechos internacionalmente consagrados, según el artículo 1.1 de la Convención Americana».²⁶

²⁴ *Principios para una efectiva prevención e investigación de ejecuciones extrajudiciales, arbitrarias y sumarias*, artículo 9.

²⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Voto concurrente razonado del Juez Sergio García Ramírez a la sentencia del *Caso Mack Chang vs. Guatemala*, del 25 de noviembre de 2003, párrafo 27.

²⁶ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*. Sentencia del 4 de julio de 2006. Serie C, n.º 149, párrafo 172; *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, párrafo 123, citado también en el *Caso La Cantuta vs. Perú*, párrafo 173.

4. Los órganos judiciales de un Estado tienen un rol central en el cumplimiento de la obligación de investigar, juzgar y, en su caso, sancionar las violaciones de derechos humanos

En el cumplimiento —o incumplimiento— de la obligación estatal de investigar, juzgar y, si es el caso, sancionar; los operadores de justicia tienen un rol central. Tanto es así que la Corte ha visto casos en que la responsabilidad internacional del Estado se ha generado únicamente en razón de la conducta de sus jueces. A modo de ejemplo, en el caso *Almonacid Arellano y otros* y, más recientemente, en el caso *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros)*, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos demandó a Chile y al Perú, respectivamente, únicamente por la violación de los artículos 8 —garantías judiciales— y 25 —protección judicial— de la Convención Americana.²⁷

Para establecer si un Estado, mediante la actuación de sus órganos judiciales, ha dado cabal cumplimiento a su obligación de investigar, juzgar y sancionar, la Corte puede examinar los procesos judiciales adelantados en el ámbito interno, «ya que la función del tribunal internacional es determinar si la integralidad de los procedimientos estuvo conforme a las disposiciones internacionales».²⁸ Este examen tiene por objeto verificar «si los procedimientos han sido desarrollados con respeto a las garantías judiciales, en un plazo razonable, y si han ofrecido un recurso efectivo para asegurar los derechos de acceso a la justicia, el conocimiento de la verdad de los hechos y la reparación a los familiares».²⁹

La trascendencia del rol de los jueces en la protección y garantía de los derechos convencionales se manifiesta también en el deber de ejercer, de oficio, el que hemos denominado *control judicial de convencionalidad*.³⁰ La Corte Interamericana, recientemente,³¹ ha dado desarrollo a la doctrina del *control de convencionalidad* por parte de los operadores judiciales, a quienes les ha asig-

²⁷ Cf. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, párrafo 2, y *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*. Sentencia sobre Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, del 24 de noviembre de 2006. Serie C, n.º 158, párrafo 2.

²⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Ximenes López vs. Brasil*, párrafo 174; *Caso Baldeón García vs. Perú*. Sentencia del 6 de abril de 2006. Serie C, n.º 147, párrafo 142.

²⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Baldeón García vs. Perú*, párrafo 139.

³⁰ La Corte Interamericana ha acuñado la expresión *control de convencionalidad*; pero dado que en el caso *Almonacid Arellano y otros* se refiere a este control ejercido por los jueces, lo hemos denominado *control judicial de convencionalidad*.

³¹ Primero, con ocasión de la aplicación acrítica de las leyes de autoamnistía por parte de los jueces chilenos, en el *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, y posteriormente, en el *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*.

nado una función relevante en la preservación de la integridad de la Convención Americana. Al respecto, dijo la Corte que:

[C]uando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de «control de convencionalidad» entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.³²

Posteriormente, el Tribunal Interamericano precisó que el *control de convencionalidad*³³ se complementa con el control de constitucionalidad y que debe ejercerse de oficio: «los órganos del Poder Judicial deben ejercer no solo un control de constitucionalidad, sino también *de convencionalidad* ex officio entre las normas internas y la Convención Americana».³⁴

En el Perú, los jueces deben ejercer el control judicial de convencionalidad no solo en virtud de lo dispuesto por la Corte Interamericana, sino también en acatamiento de lo dispuesto por el Tribunal Constitucional, en el sentido de que las decisiones del Tribunal Interamericano son vinculantes para todas las autoridades y órganos del Estado:

[...] la capacidad interpretativa y aplicativa de la Convención que tiene la CIDH, reconocida en el artículo 62.3 de dicho tratado, aunada al mandato de la CDFJ de la Constitución, hace que la interpretación de las disposiciones de la Convención que se realiza en todo proceso [ante la Corte Interamericana], sea vinculante para todos los poderes públicos internos, incluyendo, desde luego, a este Tribunal.³⁵

³² CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, párrafo 124.

³³ Para mayor detalle sobre el sentido del *control de convencionalidad*, véanse los votos razonados de los jueces Sergio García Ramírez y Antonio Augusto Cancado Trindade a la sentencia del *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*.

³⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*, párrafo 128. En similar sentido, *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, párrafo 124.

³⁵ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Expediente 2730-2006-PA/TC. Sentencia del 21 de julio de 2006, párrafo 12.

Según hemos mencionado, los operadores judiciales *a)* pueden comprometer la responsabilidad internacional del Estado si no adelantan investigaciones y procesos judiciales que satisfagan plenamente los estándares internacionales, *b)* los procesos internos pueden ser revisados integralmente por los tribunales internacionales, y *c)* deben ejercer un control judicial de convencionalidad sobre las normas internas que aplican. Por tanto, parece necesario —y tal vez indispensable— que los funcionarios judiciales conozcan y comprendan adecuadamente los estándares internacionales fijados por la Corte Interamericana en su labor de intérprete autorizada de la Convención Americana.

A continuación presentamos una visión general de los contenidos y alcances de la obligación internacional de investigar, juzgar y, en su caso, sancionar las violaciones de derechos humanos, tal como dicha obligación ha venido siendo entendida por la Corte Interamericana, en su ya abundante jurisprudencia tanto sobre reparaciones³⁶ como sobre la interpretación de los artículos 8 —garantías judiciales— y 25 —protección judicial— de la Convención Americana, en relación con su artículo 1.1 —obligación de respeto y garantía de los derechos—.

5. La investigación, el juzgamiento y la sanción de las violaciones de derechos humanos son más exigentes que la investigación, el juzgamiento y la sanción de delitos comunes

El carácter inalienable de los derechos violados, la gravedad de los hechos, las situaciones de violencia generalizada y de práctica sistemática de violaciones de derechos humanos, entre otros aspectos, determinan que la investigación y juzgamiento de graves violaciones de derechos demanden una mayor exigencia por parte de los funcionarios y órganos judiciales, quienes no pueden eximirse bajo ninguna circunstancia del cumplimiento de esta obligación, dado su carácter de norma imperativa que forma parte del *ius cogens*.

Al respecto, la Corte ha precisado que la «obligación de investigar adquiere una particular y determinante intensidad e importancia en casos de crímenes contra la humanidad»;³⁷ y que, en situaciones «de violencia sistemática y de graves violaciones de los derechos en cuestión, en una zona decla-

³⁶ La Corte Interamericana, al establecer las medidas de reparación que los Estados deben adoptar para remediar las violaciones que han determinado su responsabilidad internacional, ha establecido reiteradamente la obligación estatal de investigar, juzgar y sancionar a los responsables de violaciones de derechos humanos.

³⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso La Cantuta vs. Perú*, párrafo 110. Cf. también el 157.

rada de emergencia y de operaciones militares [...] los deberes de adoptar medidas positivas de prevención y protección a cargo del Estado se ven acentuados y revestidos de importancia cardinal en el marco de las obligaciones establecidas en el artículo 1.1 de la Convención».³⁸ Ha estimado, igualmente, que la «prohibición de cometer crímenes de lesa humanidad es una norma de *ius cogens*, y la penalización de estos crímenes es obligatoria conforme al Derecho internacional general»,³⁹ y que, el «acceso a la justicia constituye una norma imperativa de Derecho Internacional y, como tal, genera obligaciones *erga omnes* para los Estados de adoptar las medidas que sean necesarias para no dejar en la impunidad esas violaciones».⁴⁰ Con referencia a la desaparición forzada, precisó que «ante la particular gravedad de estos delitos y la naturaleza de los derechos lesionados, la prohibición de la Desaparición Forzada de Personas y el correlativo deber de investigarla y sancionar a sus responsables han alcanzado carácter de *jus cogens*».⁴¹ También ha dicho la Corte que «la naturaleza y gravedad de los hechos en contextos de violaciones sistemáticas de derechos humanos genera una mayor necesidad de erradicar la impunidad».⁴² Esta obligación es tan exigente que «las condiciones del país, sin importar qué tan difíciles sean, no liberan a un Estado Parte en la Convención Americana de sus obligaciones establecidas en ese tratado, que subsisten particularmente en casos como el presente [desapariciones forzadas y ejecuciones extrajudiciales de 43 personas]».⁴³

6. La investigación y el juzgamiento de las violaciones de derechos humanos deben ser iniciados de oficio y cumplidos de manera seria, imparcial, efectiva y con la debida diligencia

Los operadores judiciales no tienen un amplio margen de libertad para adelantar las investigaciones de cualquier manera y según sus propios criterios de oportunidad, diligencia y efectividad. Dada la íntima relación —antes men-

³⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*, párrafo 134.

³⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, párrafo 99.

⁴⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso La Cantuta vs. Perú*, párrafo 160.

⁴¹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Goiburú y otros vs. Paraguay*. Sentencia sobre Fondo, Reparaciones y Costas, del 22 de septiembre de 2006. Serie C, n.º 153, párrafo 84.

⁴² CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*. Sentencia del 25 de noviembre de 2006. Serie C, n.º 160, párrafo 405.

⁴³ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*, párrafo 146 y CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso de las masacres de Ituango vs. Colombia*. Sentencia de fondo del 1 de julio de 2006. Serie C, n.º 148, párrafo 300.

cionada— entre la obligación de proteger y garantizar los derechos sustantivos y la obligación de investigar, la Corte ha entendido que «en casos de ejecuciones extrajudiciales, desapariciones forzadas y otras graves violaciones a los derechos humanos, el Estado tiene el deber de iniciar ex officio y sin dilación, una investigación seria, imparcial y efectiva».⁴⁴ Una investigación con estas características «es un elemento fundamental y condicionante para la protección de ciertos derechos que se ven afectados o anulados por esas situaciones, como los derechos a la libertad personal, integridad personal y vida».⁴⁵

Recientemente, la Corte precisó que *sin dilación* significa «una vez que las autoridades tengan conocimiento de los hechos».⁴⁶

La seriedad de la investigación implica que esta «debe ser realizada por todos los medios legales disponibles y orientada a la determinación de la verdad y la investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y, en su caso, el castigo de todos los responsables de los hechos, especialmente cuando están involucrados agentes estatales».⁴⁷

La seriedad de la investigación implica, también, que las autoridades judiciales deben actuar con la debida diligencia en la tramitación de los procedimientos internos. La Corte ha venido estableciendo una serie de *debidas diligencias* o actuaciones mínimas que los fiscales y jueces deben realizar.

En casos de desaparición forzada es indispensable que se lleve a cabo las debidas diligencias para buscar, localizar e identificar plenamente los restos de las víctimas y entregarlos a sus familiares. Por ejemplo, en el caso *La Cantuta vs. Perú*, la Corte, luego de constatar que «[d]urante las diligencias de exhumación e identificación [...] se presentaron diversas falencias en cuanto a la identificación de otros restos humanos encontrados [...] no se realizaron otras gestiones para la búsqueda de los restos de las otras víctimas»,⁴⁸ y que «[n]o constan [...] acciones adoptadas en el marco de los procesos penales, o a través de otras instancias, para determinar el paradero de las víctimas o buscar sus restos mortales»,⁴⁹ le ordenó al Estado, como medida de reparación, «pro-

⁴⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*, párrafo 143. En el mismo sentido, cf. el *Caso del Penal Castro Castro vs. Perú*, párrafo 256.

⁴⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso La Cantuta vs. Perú*, párrafo 110; *Caso Goiburú y otros vs. Paraguay*, párrafo 117; *Caso del Penal Castro Castro vs. Perú*, párrafo 256.

⁴⁶ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso del Penal Castro Castro vs. Perú*, párrafo 256.

⁴⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso del Penal Castro Castro vs. Perú*, párrafo 256; *Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*, párrafo 143 *in fine*.

⁴⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso La Cantuta vs. Perú*, párrafo 135.

⁴⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso La Cantuta vs. Perú*, párrafo 146.

ceder de inmediato a la búsqueda y localización de los restos mortales [de las víctimas] y, si se encuentran sus restos, entregarlos a la brevedad posible a sus familiares». ⁵⁰

Respecto de la investigación de las ejecuciones extrajudiciales, el Tribunal Interamericano ha dispuesto que las diligencias mínimas que deben realizarse son las contenidas en el *Manual sobre la prevención e investigación efectiva de ejecuciones extrajudiciales, arbitrarias y sumarias de las Naciones Unidas*, conocido como *Protocolo de Minnesota*, ⁵¹ en los siguientes términos:

Este Tribunal ha especificado que la eficiente determinación de la verdad en el marco de la obligación de investigar una muerte, debe mostrarse desde las primeras diligencias con toda acuciosidad. En este sentido, con base en el Manual sobre la Prevención e Investigación Efectiva de Ejecuciones Extrajudiciales, Arbitrarias y Sumarias de Naciones Unidas la Corte ha señalado los principios que deben orientar tales diligencias. Las autoridades estatales que conducen una investigación deben, *inter alia*, a) identificar a la víctima; b) recuperar y preservar el material probatorio relacionado con la muerte; c) identificar posibles testigos y obtener sus declaraciones en relación con la muerte que se investiga; d) determinar la causa, forma, lugar y momento de la muerte, así como cualquier procedimiento o práctica que pueda haberla provocado, y e) distinguir entre muerte natural, muerte accidental, suicidio y homicidio. Además, es necesario investigar exhaustivamente la escena del crimen, se deben realizar autopsias y análisis de restos humanos, en forma rigurosa, por profesionales competentes y empleando los procedimientos más apropiados. ⁵²

En relación con los hechos de tortura, la Corte ha establecido que las diligencias mínimas que deben formar parte de una investigación diligente son las contenidas en el *Manual para la investigación y documentación eficaces de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*, conocido como *Protocolo de Estambul*. Al respecto, la Corte señaló que, en los procedimientos penales, se «deben tomar en consideración las normas internacionales de documentación e interpretación de los elementos de prueba forense respecto de

⁵⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso La Cantuta vs. Perú*, párrafo 232 y punto resolutivo 10.

⁵¹ ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. *Manual sobre la prevención e investigación efectiva de ejecuciones extrajudiciales, arbitrarias y sumarias de las Naciones Unidas*. UN. Doc. E/ST/CSDHA/12 (1991).

⁵² CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso del Penal Castro Castro vs. Perú*, párrafo 383. Cf. también CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Vargas Areco vs. Paraguay*. Sentencia del 26 de septiembre de 2006. Serie C, n.º 155, párrafo 91.

la comisión de actos de tortura [...] y particularmente las definidas en el Manual para la investigación y documentación eficaces de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (“el Protocolo de Estambul”).⁵³

La investigación, juzgamiento y, en su caso, sanción de hechos constitutivos de graves violaciones de derechos humanos debe ser adelantada por tribunales competentes, independientes e imparciales. Ello tiene como presupuesto la evidente incompetencia de los tribunales militares para conocer estos casos, pues no cumplen con los estándares de competencia, independencia e imparcialidad necesarios para conocer graves violaciones de derechos humanos.⁵⁴ En su jurisprudencia constante y reiterada, la Corte Interamericana ha resaltado que:

[...] en un Estado democrático de derecho la jurisdicción penal militar ha de tener un alcance restrictivo y excepcional: solo se debe juzgar a militares por la comisión de delitos o faltas que por su propia naturaleza atenten contra bienes jurídicos propios del orden militar. Al respecto, la Corte ha dicho que «[c]uando la justicia militar asume competencia sobre un asunto que debe conocer la justicia ordinaria, se ve afectado el derecho al juez natural y, a fortiori, el debido proceso», el cual, a su vez, se encuentra íntimamente ligado al propio derecho de acceso a la justicia. Por estas razones y por la naturaleza del crimen y el bien jurídico lesionado, la jurisdicción penal militar no es el fuero competente para investigar y, en su caso, juzgar y sancionar a los autores de estos hechos [desapariciones forzadas y ejecuciones extrajudiciales].⁵⁵

Que una investigación sea efectiva significa que esta sea capaz de asegurar los derechos de acceso a la justicia, a la verdad y a la reparación. Ha señalado la Corte que «el derecho de acceso a la justicia no se agota con el trámite formal de procesos internos».⁵⁶ Como hemos mencionado, es necesario que estos se adelanten seriamente y con la debida diligencia, de tal manera que se esclarezcan los hechos oportunamente. Además, durante las investigaciones,

⁵³ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Gutiérrez Soler vs. Colombia*. Sentencia del 12 de septiembre de 2005. Serie C, n.º 132, párrafo 100.

⁵⁴ Cf. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, párrafo 133.

⁵⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso La Cantuta vs. Perú*, párrafo 142. Cf. también, *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*. Sentencia de fondo y reparaciones del 22 de noviembre de 2005. Serie C, n.º 135, párrafo 143; *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, párrafo 131; *Caso Durand y Ugarte vs. Perú*. Sentencia de fondo y reparaciones del 16 de agosto de 2000, párrafo 125, y *Caso Castillo Petruzzi vs. Perú*. Sentencia del 30 de mayo de 1999. Serie C, n.º 52, párrafo 128.

⁵⁶ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso La Cantuta vs. Perú*, párrafo 149.

se debe hacer «todo lo necesario para conocer la verdad de lo sucedido y para que se sancione a los eventuales responsables».⁵⁷ El conocimiento de la verdad es un derecho de las víctimas y sus familiares así como de la sociedad en su conjunto, que debe establecerse mediante los procesos judiciales. Sobre el particular, la Corte ha señalado que «el derecho a la verdad se encuentra subsumido en el derecho de la víctima o sus familiares a obtener de los órganos competentes del Estado el esclarecimiento de los hechos violatorios y las responsabilidades correspondientes, a través de la investigación y el juzgamiento que previenen los artículos 8 y 25 de la Convención»⁵⁸ y ha precisado que el derecho a la verdad, «al ser reconocido y ejercido en una situación concreta, constituye un medio importante de reparación y da lugar a una justa expectativa de las víctimas, que el Estado debe satisfacer».⁵⁹

Para garantizar que se conozca toda la verdad, los operadores judiciales deben «asegurar que los familiares de las víctimas tengan pleno acceso y capacidad de actuar en todas las etapas e instancias de dichas investigaciones y procesos, de acuerdo con la ley interna y las normas de la Convención Americana»,⁶⁰ «tanto en el esclarecimiento de los hechos y la sanción de los responsables, como en la búsqueda de una justa compensación».⁶¹ Para asegurar el derecho de la sociedad a conocer la verdad acerca de los hechos de un caso, la Corte ha ordenado reiteradamente a los Estados —como una medida de reparación que hace parte de la obligación de investigar, juzgar y sancionar— que divulguen públicamente los resultados de las investigaciones y procesos.⁶²

Una investigación efectiva debe permitir la reparación de los derechos violados. Dado el carácter subsidiario de las instancias internacionales, «la responsabilidad estatal bajo la Convención Americana solo puede ser exigida a escala internacional después de que el Estado haya tenido la oportunidad de reparar el daño ocasionado».⁶³ Si ello no ocurre de manera adecuada y suficiente, surge, entonces, el derecho de la víctima a acudir a la instancia inter-

⁵⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso La Cantuta vs. Perú*, párrafo 149.

⁵⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, párrafo 148. Cf. también, *Caso La Cantuta vs. Perú*, párrafo 224.

⁵⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso La Cantuta vs. Perú*, párrafo 222.

⁶⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso La Cantuta vs. Perú*, párrafo 228.

⁶¹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Goiburú y otros vs. Paraguay*, párrafo 117.

⁶² Para mencionar solo las más recientes sentencias en que la Corte ha ordenado la divulgación de los resultados de los procesos penales, cf. *Caso La Cantuta vs. Perú*, párrafo 228 *in fine* y *Caso del Penal Castro vs. Perú*, párrafo 441 y punto resolutivo 8.

⁶³ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*, párrafo 116.

nacional. Como medidas de reparación, la Corte Interamericana ha ordenado, además de una indemnización compensatoria de los daños morales y materiales, medidas de satisfacción y garantías de no repetición. Como una medida de satisfacción, la Corte, en su jurisprudencia constante y reiterada, ha dispuesto la realización de investigaciones serias, completas, imparciales, que permitan el esclarecimiento total de los hechos, la identificación de los responsables y, en su caso, la imposición de sanciones penales proporcionales a la gravedad de los hechos con el fin de contribuir a erradicar la impunidad.

7. La investigación, el juzgamiento y, en su caso, la sanción de los responsables de graves violaciones de derechos humanos deben concluir en un plazo razonable

Respecto de la duración de las investigaciones y procesos penales, la Corte ha dicho que «es preciso tomar en cuenta tres elementos para determinar la razonabilidad del plazo en el que se desarrolla un proceso: *a*) complejidad del asunto, *b*) actividad procesal del interesado y *c*) conducta de las autoridades judiciales». ⁶⁴ Ha señalado la Corte que el cómputo del plazo se inicia con el primer acto procesal dirigido contra una determinada persona como probable responsable de un delito y termina cuando se dicta sentencia definitiva y firme; el cómputo del plazo incluye los recursos de instancia. ⁶⁵

La Corte ha establecido, igualmente, que «[l]a razonabilidad del plazo se debe apreciar en relación con la duración total del procedimiento penal». ⁶⁶ El tiempo que el Estado deja transcurrir, luego de ocurridos los hechos sin iniciar las investigaciones, es tenido en cuenta para determinar la razonabilidad del plazo. Así, la Corte, al constatar que se abrió un proceso penal 13 años después de ocurridos los hechos, concluyó que «el tiempo transcurrido entre el momento de los hechos y el inicio del proceso penal por la investigación de éstos sobrepasa por mucho un plazo razonable para que el Estado realice las primeras diligencias probatorias e investigativas para contar con los elementos necesarios para formular una acusación penal». ⁶⁷ En situaciones como la

⁶⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso La Cantuta vs. Perú*, párrafo 149.

⁶⁵ Cf. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Baldeón García vs. Perú*, párrafo 150; *Caso Acosta Calderón vs. Ecuador*. Sentencia del 24 de junio de 2005. Serie C, n.º 129, párrafo 104; *Caso Ximenes López vs. Brasil*, párrafo 195.

⁶⁶ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Baldeón García vs. Perú*, párrafo 150; *Caso Ximenes López vs. Brasil*, párrafo 196.

⁶⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso del Penal Castro Castro vs. Perú*, párrafo 387.

del Perú, en que luego del retorno a la democracia las autoridades judiciales reactivaron e impulsaron las investigaciones y procesos penales, no pueden, sin embargo, desvincularlas del período anterior de inactividad procesal o ausencia total de investigación, y deben asumir —para determinar si los procedimientos se han realizado en un plazo razonable— las consecuencias de las obstaculizaciones⁶⁸ y las «omisiones que se configuraron en cuanto a la recuperación, preservación y análisis de la prueba con anterioridad al desarrollo de los procesos penales en curso [las cuales] han afectado el desarrollo de los [procesos actuales]». ⁶⁹

8. La investigación de graves violaciones de derechos humanos debe producir los resultados esperados

La Corte ha señalado en su jurisprudencia reiterada que las investigaciones efectivas «deben ser capaces de producir resultados o respuestas a las violaciones de derechos contemplados en la Convención». ⁷⁰

En casos en los cuales los órganos judiciales internos investigan asuntos calificados por la propia Corte como complejos —como las masacres de Ituango, Mapiripán y Pueblo Bello ocurridas en Colombia—, el alto tribunal ha señalado que es preciso realizar «una evaluación del desarrollo y los resultados de los diferentes procesos penales», ⁷¹ para establecer si los medios utilizados y los resultados alcanzados con las investigaciones son suficientes para dar cumplimiento a la Convención, habida cuenta de la magnitud de los acontecimientos y el número de partícipes involucrados. ⁷² Así, en el caso de *Las masacres de Ituango vs. Colombia*, aunque la Corte constató que algunas investigaciones habían producido la condena de varios sindicados, estableció, no obstante, la violación de los artículos 8 y 25 de la Convención, porque a pesar de ello y de la detención de algunos implicados, se presentaron fallas en la investigación, que determinan que los resultados no sean suficientes y que la impunidad prevalezca. ⁷³

⁶⁸ Cf. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso La Cantuta vs. Perú*, párrafo 149.

⁶⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso del Penal Castro Castro vs. Perú*, párrafo 389. Cf. también el párrafo 385.

⁷⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Baldeón García vs. Perú*, párrafo 144.

⁷¹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso de las masacres de Ituango vs. Colombia*, párrafo 293.

⁷² Cf. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso de las masacres de Ituango vs. Colombia*, párrafo 293.

⁷³ Cf. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso de las masacres de Ituango vs. Colombia*, párrafos 293 y 294.

9. La investigación, el juzgamiento y la sanción de las violaciones de derechos humanos deben ser completos

La investigación, el juzgamiento y la sanción de las graves violaciones de derechos humanos deben ser completos; esto implica que debe comprender el esclarecimiento de todos los hechos denunciados y el juzgamiento y sanción de todos los responsables. En aplicación de esta regla, la Corte Interamericana «declaró como violatorio del derecho de acceso a la justicia que [los] procesos no abarquen la totalidad de los hechos violatorios de derechos humanos analizados en la [...] Sentencia»⁷⁴ y le ordenó al Estado, como medida de reparación, «adoptar todas las medidas necesarias que permitan el esclarecimiento de todos los hechos del presente caso y no solo aquellos que derivaron en la muerte de las víctimas».⁷⁵

Por otra parte, la Corte ha establecido que los procedimientos internos deben desarrollarse de manera que permitan la investigación, juzgamiento y sanción de «todos los responsables de los hechos, especialmente cuando están o puedan estar involucrados agentes estatales».⁷⁶

10. Para el cumplimiento de la obligación de investigar, juzgar y, en su caso, sancionar, no se puede invocar razones de derecho interno

Es un principio del derecho internacional que los Estados no pueden invocar su derecho interno para incumplir sus obligaciones internacionales.⁷⁷ En relación específica con el cumplimiento de la obligación internacional de investigar, juzgar y, en su caso, sancionar, la Corte ha reiterado recientemente su jurisprudencia al respecto, en los siguientes términos:

[E]n cumplimiento de su obligación de investigar y en su caso sancionar a los responsables de los hechos, el Estado debe remover todos los obstáculos, de facto y de jure, que mantengan la impunidad [...] El Estado no podrá argüir ninguna ley ni disposición de Derecho interno para eximirse de la orden de la Corte de investigar y, en su caso, sancionar penalmente a los responsables de los hechos.⁷⁸

⁷⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso del Penal Castro Castro vs. Perú*, párrafo 437.

⁷⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso del Penal Castro Castro vs. Perú*, párrafo 441.

⁷⁶ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso del Penal Castro Castro vs. Perú*, párrafo 256 in fine. Cf. también *Caso Goiburú y otros vs. Paraguay*, párrafo 117; *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*, párrafo 148.

⁷⁷ Artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969.

⁷⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso La Cantuta vs. Perú*, párrafo 226.

Las razones de derecho interno frecuentemente invocadas por los Estados se han referido básicamente a figuras o instituciones del derecho penal, como las leyes de amnistía, la prescripción, las eximentes de responsabilidad, la cosa juzgada, o el principio *non bis in idem*. En el caso *Barrios Altos vs. Perú*,⁷⁹ la Corte estableció que «son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas».⁸⁰

A partir del caso *Barrios Altos vs. Perú*, la Corte ha venido completando y precisando esta línea de jurisprudencia. Así, en el caso *Carpio Nicolle y otros vs. Guatemala*, la Corte estableció que la *cosa juzgada fraudulenta* «resulta de un juicio en el que no se han respetado las reglas del debido proceso, o cuando los jueces no obraron con independencia e imparcialidad»⁸¹ y que, cuando se comprueba que un juicio «estuvo contaminado por tales graves vicios, [...] no podría invocar el Estado, como eximente de su obligación de investigar y sancionar, las sentencias emanadas en procesos que no cumplieron los estándares de la Convención Americana».⁸² Posteriormente, sobre el principio *non bis in idem*, la Corte precisó que:

[A]un cuando es un derecho humano reconocido en el artículo 8.4 de la Convención Americana, no es un derecho absoluto y, por tanto, no resulta aplicable cuando: i) la actuación del tribunal que conoció el caso y decidió sobreseer o absolver al responsable de una violación a los derechos humanos o al derecho internacional obedeció al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal; ii) el procedimiento no fue instruido independiente o imparcialmente de conformidad con las debidas garantías procesales, o iii) no hubo la intención real de someter al responsable a la acción de la justicia [y que] si aparecen nuevos hechos o pruebas que puedan permitir la determinación de los responsables de violaciones a los derechos humanos, y más aún, de los responsables de crímenes de lesa humanidad, pueden ser reabiertas las

⁷⁹ Considerado por la propia Corte Interamericana como un *leading case* sobre la imposibilidad de invocar la prescripción en casos de graves violaciones de derechos humanos. Cf. el *Caso Goiburú y otros vs. Paraguay*, párrafo 45.

⁸⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Barrios Altos vs. Perú*. Sentencia del 14 de marzo de 2001. Serie C, n.º 75, párrafo 41.

⁸¹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Carpio Nicolle y otros vs. Guatemala*. Sentencia del 22 de noviembre de 2004. Serie C, n.º 117, párrafo 131.

⁸² CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Carpio Nicolle y otros vs. Guatemala*, párrafo 132.

investigaciones, incluso si existe una sentencia absolutoria en calidad de cosa juzgada, puesto que las exigencias de la justicia, los derechos de las víctimas y la letra y espíritu de la Convención Americana desplaza la protección del *ne bis in idem*.⁸³

Recientemente, en el caso *La Cantuta vs. Perú*, la Corte agregó a este estándar la imposibilidad de invocar la irretroactividad de la ley penal y lo reiteró, en los siguientes términos:

[T]al como lo ha hecho desde la emisión de la Sentencia de este Tribunal en el caso *Barrios Altos vs. Perú*, el Estado no podrá volver a aplicar las leyes de amnistía, [...] ni podrá argumentar prescripción, irretroactividad de la ley penal, cosa juzgada, ni el principio *non bis in idem* [...] o cualquier excluyente similar de responsabilidad, para excusarse de su deber de investigar y sancionar a los responsables.⁸⁴

Como síntesis de todo lo mencionado, podemos concluir que la obligación internacional de investigar, juzgar y, en su caso, sancionar graves violaciones de derechos humanos, como las desapariciones forzadas, las ejecuciones extrajudiciales y las torturas, así como los estándares que le dan contenido a esta obligación, emanan de fuentes convencionales universales y regionales y están en permanente desarrollo por parte de la jurisprudencia y la doctrina de los órganos internacionales de protección de derechos humanos, especialmente del sistema regional. Al interior de los Estados, esta obligación recae principalmente en los operadores judiciales, quienes deben iniciar investigaciones de oficio, sin dilación, y adelantarlas de manera seria, imparcial, efectiva y con la debida diligencia, de manera que aseguren el acceso a la justicia, a la verdad y a la reparación de las víctimas. Las investigaciones deben ser tramitadas contra todos los responsables y por todos los hechos que comprende la violación, en un plazo razonable, en el que se deben producir los resultados esperados. Los operadores judiciales, mediante la herramienta del *control judicial de convencionalidad*, deben remover todos los obstáculos de hecho y de derecho que mantengan la impunidad y no pueden invocar razones de derecho interno como las leyes de amnistía, la prescripción, la irretroactividad de la ley penal, la cosa juzgada, el principio de *non bis in idem* y cualquier otra excluyente de responsabilidad.

⁸³ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, párrafo 154.

⁸⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso La Cantuta vs. Perú*, párrafo 226.

La aplicación de jurisprudencia constitucional para el juzgamiento de violaciones de derechos humanos

Luis Huerta

En los últimos años, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional —en adelante, el Tribunal— ha adquirido especial importancia en diversos ámbitos del derecho. Se puede afirmar que los principales derechos e instituciones reconocidos en la Constitución han merecido un amplio desarrollo en las sentencias del Tribunal, sustentadas en modernos criterios de interpretación constitucional y de derechos fundamentales. En tal línea, existen diversos pronunciamientos que resultan de enorme importancia para el juzgamiento de violaciones de derechos humanos y es nuestro objetivo en este artículo presentar los alcances generales de la novedosa jurisprudencia expedida.

1. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional como fuente de observancia obligatoria

Si bien la Constitución de 1993 no aborda el tema de forma expresa, normas previstas en la ley orgánica del Tribunal Constitucional y el Código Procesal Constitucional (CPC) permiten afirmar que las sentencias del Tribunal constituyen una auténtica fuente del derecho que debe ser estrictamente observada por los operadores jurídicos, en particular por los juzgados, las cortes superiores y la Corte Suprema de Justicia del Poder Judicial.¹

Citaremos, en primer lugar, el artículo 1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, que establece que este es el «órgano supremo de interpretación, integración y control de la constitucionalidad». Si bien este reconoci-

¹ Sobre este tema recomendamos revisar el texto de ABAD YUPANQUI, Samuel. *El proceso constitucional de amparo*. Lima: Gaceta Jurídica, 2004, pp. 521-557.

miento legal es innecesario, pues el carácter del Tribunal como supremo intérprete de la Constitución se deriva de su incorporación en el propio texto constitucional como institución con competencias especiales en materia de procesos constitucionales, es una norma importante en una cultura jurídica como la peruana, que suele requerir de reconocimientos y precisiones normativas.

En segundo lugar, tanto el CPC —artículo VI del Título Preliminar— como la Ley Orgánica del Tribunal —primera disposición general— señalan que:

los jueces interpretan y aplican las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional.

Finalmente, el CPC —artículo VII del Título Preliminar— ha dispuesto que el Tribunal está facultado para dictar precedentes de observancia obligatoria, atribución que ha venido ejerciendo de manera constante.

En consecuencia, existe un importante marco normativo que obliga a los juzgados y cortes a seguir la jurisprudencia del Tribunal para la resolución de causas similares, así como sus lineamientos interpretativos en materia de derechos fundamentales.

Una sentencia del Poder Judicial en que se aprecia claramente el cumplimiento de estas normas es la recaída en el caso *Castillo Páez*, relacionada con el delito de desaparición forzada de personas. En el caso, la Sala Penal Nacional —tal como lo había establecido el Tribunal Constitucional— señaló que tal hecho punible tiene la característica de ser permanente, es decir, de ejecución continuada en el tiempo.²

Desde esta perspectiva, en las siguientes secciones del presente trabajo presentaremos las principales decisiones del Tribunal que deben ser tomadas en consideración por los operadores jurídicos cuya labor se relaciona con el juzgamiento de violaciones de derechos humanos.

2. Derecho a la vida y desaparición forzada de personas

El artículo 2, inciso 1 de la Constitución de 1993 señala que toda persona tiene derecho a la vida. Lamentablemente, se trata de uno de los derechos que

² Cf. SALA PENAL NACIONAL DEL PODER JUDICIAL. «Sentencia para el caso Castillo Páez», emitida el 20 de marzo de 2006. En Carlos Rivera Paz. *Una sentencia histórica*. Lima: IDL, 2006, p. 110.

ha sido y es objeto de permanente afectación en nuestro país, por diferentes circunstancias. Aquí nos interesa, en particular, presentar los alcances establecidos por el Tribunal Constitucional respecto de una de las más graves violaciones del derecho a la vida, y que involucra, asimismo, la afectación de otros derechos. Nos referimos a la desaparición forzada de personas.

En su *Informe Final*, la Comisión de la Verdad y Reconciliación (CVR) llegó a las siguientes conclusiones:³

- Durante el conflicto armado interno, «los agentes del Estado utilizaron la práctica de la desaparición forzada de personas de manera generalizada y sistemática como parte de los mecanismos de lucha contrasubversiva [...] No se trata de hechos aislados o esporádicos sino que configuran un patrón de conducta de los agentes del Estado responsables de la lucha contrasubversiva. Los miles de casos reportados tanto a la CVR como registrados en otras instituciones [Ministerio Público, Defensoría del Pueblo] dan cuenta de una práctica generalizada, una práctica sistemática o, incluso, ambas simultáneamente, en ciertos períodos y lugares».
- La desaparición forzada afectó a un número considerable de personas y se extendió en gran parte del territorio nacional. La Comisión recibió reportes directos de 4.414 casos de desaparición forzada de personas en por lo menos 18 de los 24 departamentos del país. Esta práctica afectó a una multiplicidad de víctimas, la mayoría de origen campesino con idiomas maternos diferentes al castellano.
- La impunidad generalizada en la que operaron los perpetradores constituye una evidencia de la «negligencia grave, tolerancia implícita o en el peor de los casos de políticas o prácticas destinadas a asegurar dicha impunidad, por parte de las instituciones estatales responsables de dirigir y supervisar la actuación de las fuerzas del orden, de investigar y sancionar los crímenes cometidos, y de garantizar el respeto de los derechos individuales básicos de la persona». El Ministerio Público, el Poder Judicial y el Congreso de la República incurrieron en responsabilidad estatal general al no tomar las medidas para prevenir las desapariciones forzadas ni para investigar las miles de denuncias formuladas.

Por lo tanto, la desaparición forzada de personas fue una práctica empleada de forma sistemática y generalizada en nuestro país en el marco de la lucha

³ Cf. COMISIÓN DE LA VERDAD Y RECONCILIACIÓN. *Informe Final*. Lima: CVR, 2003, t. VI, pp. 126, 127 y 131.

contra el terrorismo, la cual afectó los derechos más importantes de miles de peruanos. Este tema ha sido abordado por el Tribunal Constitucional a propósito de casos en los que no se efectuó una investigación sobre los hechos ocurridos y otros relacionados con los procesos judiciales seguidos contra los presuntos responsables de los crímenes. Son de importancia las siguientes decisiones:

- En el caso *Genaro Villegas Namuche*,⁴ se presentó una demanda de hábeas corpus a favor de esta persona para que el Estado peruano lo *devuelva* con vida a sus familiares o informe sobre la ubicación de sus restos mortales. Aunque la sentencia no contiene mayores referencias, el Tribunal señaló que «los hechos denunciados [...] constituyen en doctrina la figura denominada Desaparición Forzada» y empleó, para tal efecto, la definición que sobre tal crimen se encuentra en la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas.⁵ Ante esta situación, el Tribunal señaló que en el caso sería poco eficaz «lograr la identificación de los responsables y la consiguiente ubicación de la víctima o sus restos», aunque sí era posible «disponer que el o los órganos competentes inicien y culminen las investigaciones necesarias destinadas a brindar la imperiosa información requerida», por lo que declaró fundada la demanda y ordenó al Ministerio Público que iniciara la investigación correspondiente por la desaparición de Genaro Villegas Namuche.
- En el caso *Gabriel Orlando Vera Navarrete*,⁶ el hábeas corpus presentado a su favor tenía por objetivo que se ordenara su inmediata excarcelación por exceso del plazo de detención previsto en el artículo 137 del Código Procesal Penal. Esta persona era procesada por diferentes delitos, varios de ellos presuntamente cometidos como integrante del denominado Grupo Colina, razón por la cual el Tribunal precisó aspectos relacionados con las obligaciones del Estado en materia de derechos humanos y las investigaciones del delito de desaparición forzada de personas, empleando, además de la definición que sobre el crimen presenta la Convención Interamericana sobre la materia, el Estatuto de la Corte Penal Internacional.

⁴ Cf. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Expediente 2488-2002-HC/TC. Sentencia del 18 de marzo de 2004.

⁵ Adoptada el 9 de junio de 1994 por la Organización de Estados Americanos. Entró en vigor el 28 de marzo de 1996.

⁶ Cf. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Expediente 2798-04-HC/TC. Sentencia del 9 de diciembre de 2004.

Asimismo, el Tribunal cita el *Informe Final* de la Comisión de la Verdad y Reconciliación con el propósito de señalar que «los hechos atribuibles al autodenominado Grupo Colina representaron un patrón sistemático y generalizado de violaciones de los derechos humanos, expresado en hechos como las desapariciones de La Cantuta, la del periodista Pedro Yauri, los asesinatos de estudiantes en la Universidad Nacional del Centro y la masacre de Barrios Altos».⁷ La referencia al Informe de la CVR es de especial importancia, pues constituyó una fuente que le permitió al Tribunal afirmar su posición respecto de los actos cometidos por el Grupo Colina.

En ambos casos, el Tribunal realizó las siguientes precisiones respecto a la desaparición forzada, de especial importancia y con amplio fundamento en el derecho internacional:

- La desaparición forzada de personas atenta contra diversos derechos fundamentales. Por un lado, afecta la libertad personal e impide que se pueda acudir a la justicia para que esta decida, a la brevedad posible, sobre la legalidad de la detención, aspecto que el Tribunal sustenta en los artículos 9.4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 7.6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ambos referidos a la libertad física y que reconocen el derecho a contar con un mecanismo adecuado de protección judicial ante cualquier tipo de detención. Asimismo, la desaparición forzada suele implicar actos de tortura y tratos inhumanos y degradantes, lo cual atenta contra el derecho a la integridad personal y, con frecuencia, supone la ejecución extrajudicial de las personas privadas de libertad, seguido del ocultamiento de los cadáveres, lo que afecta el derecho a la vida y constituye un acto de impunidad, respectivamente. La afirmación sobre la pluralidad de afectaciones a los derechos fundamentales es sostenida por el Tribunal sobre la base de la sentencia sobre el fondo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Velásquez Rodríguez*, párrafos 155-157.⁸

⁷ Respecto del fondo del asunto, la demanda de hábeas corpus fue declarada infundada, pues el Tribunal consideró que no se había vencido el plazo de detención judicial preventiva.

⁸ Cf. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Expediente 2488-2002- HC/TC. Fundamento 3.

- Aunque los casos de desaparición forzada ocurrieron cuando aún no estaba vigente la Convención Interamericana sobre la materia y el Código Penal peruano no había tipificado esta práctica como delito,⁹ eso no impide considerarlos como un grave atentado contra los derechos humanos, pues los derechos afectados se encuentran protegidos por las Constituciones de 1979 y 1993, y también por la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.¹⁰
- La desaparición forzada es un delito de naturaleza permanente. Por ello no afecta la garantía de la ley previa, que se deriva del principio de legalidad en materia penal. Si bien la norma penal sobre desaparición forzada no estaba vigente antes de la comisión del delito, resulta aplicable mientras se siga ejecutando el hecho delictivo. Por lo tanto, que el delito de desaparición forzada no haya estado vigente al momento de cometerse dicho acto no constituye un impedimento para que se realice el proceso penal correspondiente y se sancione a los responsables. El Tribunal sustenta esta posición en la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, que establece la obligación de los Estados de tipificar el delito de desaparición forzada e imponer una pena apropiada que tenga en cuenta su extrema gravedad. Aunque esta referencia hecha por el Tribunal a la Convención corresponde a otra tema, su precisión sobre el carácter permanente del delito de desaparición forzada quedó establecida.¹¹
- La desaparición forzada de personas constituye un delito de lesa humanidad y no puede ser considerada como un delito común. El Tribunal basa esta calificación en la resolución 666 (XIII-083) de la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos y en el Preámbulo de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada.¹²

⁹ El delito de desaparición forzada de personas fue incorporado en el Perú mediante el artículo 323 del Código Penal de 1991 —promulgado por decreto legislativo 635, publicado el 8 de abril de 1991—. Esta norma fue derogada mediante el artículo 22 del decreto ley 25475, publicada el 6 de mayo de 1992. Luego, el decreto ley 25592, publicado el 2 de julio de 1992, volvió a tipificar el delito. Su regulación actual se encuentra en un capítulo especial del Código Penal dedicado a los «Delitos contra la Humanidad» —incorporado por ley 26926, publicada el 21 de febrero de 1998—. Sobre este tema, consúltese VÉLEZ FERNÁNDEZ, Giovanna. *La desaparición forzada de las personas y su tipificación en el Código Penal peruano*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2004.

¹⁰ Cf. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Expediente 2488-2002- HC/TC. Fundamento 4.

¹¹ Cf. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Expediente 2488-2002-HC/TC. Fundamento 3 y expediente 2798-04- HC/TC. Fundamento 22.

¹² Cf. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Expediente 2798-04- HC/TC. Fundamento 27.

De esta manera, el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho penal internacional han permitido que el Tribunal identifique los alcances de un acto lesivo de suma gravedad contra el derecho a la vida, así como aspectos de especial importancia relacionados con su investigación.

3. Derecho a la verdad y obligación de investigar las violaciones de los derechos humanos

3.1. Reconocimiento del derecho a la verdad como nuevo derecho fundamental

3.1.1. Demanda de inconstitucionalidad contra las «leyes de amnistía»: una oportunidad fallida

La primera controversia relacionada con el derecho a la verdad resuelta por el Tribunal Constitucional se suscitó a propósito de la demanda de inconstitucionalidad presentada por 37 congresistas contra la ley 26479, denominada Amnistía General a Personal Militar y Civil para Diversos Casos y la ley 26492, denominada Interpretación y Alcances de la Ley de Amnistía. Estas normas, conocidas como *leyes de amnistía*, fueron emitidas en 1995, en un contexto político y social bastante delicado, con el propósito de impedir las investigaciones por violaciones de derechos humanos perpetradas por personal militar, policial o civil, «con ocasión o como consecuencia de la lucha contra el terrorismo».

Los argumentos de los demandantes no hacen referencia a algún artículo constitucional que, en concreto, se vea afectado por las leyes impugnadas, pero sí se menciona de modo expreso que estas «evitan conocer la verdad de crímenes atroces, no obstante que el Derecho a Conocer la Verdad ha sido declarado por los organismos de Derechos Humanos de las Naciones Unidas», y que, mediante ellas, «se ha evitado no solo conocer a los responsables directos de las violaciones de Derechos Humanos, sino también las responsabilidades mediatas y políticas que permitieron que ocurrieran estos hechos y que se los encubriera». Asimismo, se señala que tales leyes impedían a las víctimas y a sus familiares «una reparación adecuada al daño causado, que constituye una obligación constitucional y contenida en los convenios sobre Derechos Humanos que ha suscrito el país».

En la sentencia, publicada el 9 de mayo de 1997, el Tribunal Constitucional declaró improcedente la demanda por considerar que se había producido

una sustracción de la materia, puesto que los efectos de las leyes impugnadas habían quedado agotados en el tiempo y que, únicamente, se subsistía el derecho a la reparación civil a favor de las víctimas de violaciones de los derechos humanos o sus familiares.¹³ En los fundamentos de su decisión, el TC precisó que la potestad del Congreso para dictar leyes de amnistía no era absoluta y que tenía límites, pues deben ser expedidos «en consonancia y coherencia con el resto del ordenamiento constitucional»; pero no señaló que el derecho a la verdad invocado en la demanda actúe como uno de esos límites. Solo se hace referencia al derecho en mención en el fundamento octavo, pero para precisar que todos aquellos aspectos relacionados con la posibilidad de determinar la verdad de los acontecimientos ocurridos «ya han quedado agotados».

Si bien esta decisión fue ratificada por los siete integrantes del Tribunal, hubo un voto singular del magistrado Aguirre Roca, el que señaló que existía una incoherencia en la decisión adoptada, pues admitir que era posible que las personas afectadas por violaciones de sus derechos humanos soliciten las reparaciones respectivas, significaba que los efectos de las leyes impugnadas no habían quedado agotados. En cuanto al fondo del asunto sostuvo que las leyes de amnistía impugnadas eran contrarias a la Constitución y los derechos alegados por los demandantes, entre ellos, el «conocimiento de la verdad».

3.1.2. Caso *Genaro Villegas Namuche*¹⁴

Pasaron cerca de siete años para que el Tribunal Constitucional volviera a tener la oportunidad de pronunciarse sobre el derecho a la verdad. Y ello ocurrió a propósito de una demanda de hábeas corpus presentada a favor de una persona cuya situación fue calificada por el Tribunal como una desaparición forzada. En su sentencia, reconoció que el derecho afectado había sido el derecho a la verdad, al cual calificó como *derecho autónomo*, que si bien no está mencionado expresamente en la Constitución de 1993, fue incorporado al catálogo de derechos fundamentales a partir de la aplicación de la *cláusula abierta* de estos, prevista en el artículo 3 de la ley fundamental, el cual establece:

La enumeración de los derechos establecidos en —el capítulo sobre derechos fundamentales— no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad

¹³ Cf. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Expediente 013-96-AI/TC. Sentencia del 9 de mayo de 1997.

¹⁴ Cf. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Expediente 2488-2002-HC/TC.

del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno.

Para sustentar el reconocimiento del derecho a la verdad como un nuevo derecho fundamental, el Tribunal llevó a cabo una interpretación de todos los principios mencionados en este artículo, salvo el de soberanía del pueblo. Asimismo, precisó que el derecho a la verdad tiene dos dimensiones: una individual y otra colectiva.

En cuanto a su dimensión *individual*, apuntó que implica el conocimiento de las circunstancias en que se cometieron las violaciones de los derechos humanos, y su titularidad recae en las víctimas, sus familiares y allegados. Con el propósito de garantizar el derecho a la verdad en el ámbito individual —y empleando como referencia el caso sobre desaparición forzada de Genaro Villegas Namuche—, el supremo intérprete de la Constitución sostuvo que todas las personas afectadas por un crimen contra sus derechos humanos, tienen derecho a saber: *a)* quién fue el autor de ese acto, *b)* en qué fecha y lugar se perpetró, *c)* cómo se produjo, *d)* por qué se le ejecutó, *e)* dónde se hallan sus restos, entre otros aspectos.

Respecto de su dimensión *colectiva*, el derecho a la verdad consiste en el derecho de la nación a conocer los hechos o acontecimientos provocados por las múltiples formas de violencia estatal y no estatal.

El reconocimiento del derecho a la verdad como un nuevo derecho fundamental es particularmente relevante y oportuno para reforzar el trabajo de los jueces y fiscales en la investigación de casos de violación de los derechos humanos, en especial de los ocurridos durante el conflicto armado interno que vivió el país en las últimas décadas del siglo XX, ampliamente analizados por la Comisión de la Verdad y Reconciliación en su *Informe Final*. A partir de este reconocimiento, el Poder Judicial y el Ministerio Público del Perú cuentan con una herramienta que les permitirá hacer frente a cualquier norma o decisión política orientada a evitar la identificación y sanción de los responsables de violaciones de los derechos humanos, no solo en casos de desaparición forzada, sino también para asesinatos y masacres, ejecuciones extrajudiciales, torturas, entre otros crímenes.¹⁵

¹⁵ El Tribunal Constitucional también se pronunció sobre otros casos relacionados con el derecho a la verdad en la sentencia del expediente 2529-2003-HC/TC —caso *Peter Cruz Chávez*— del 2 de julio de 2004 y publicada el 19 de julio de 2004, y en la resolución del expediente 1441-2004-HC/TC —caso *Asociación Americana de Juristas - Rama del Perú*— del 22 de julio de 2004 y publicada el 20 de agosto de 2004. En el primer

3.2. Obligación de investigar las violaciones de los derechos humanos

La jurisprudencia sobre el reconocimiento del derecho a la verdad marcó la pauta sobre los alcances de la obligación del Estado de investigar y sancionar las violaciones de los derechos humanos.¹⁶ En decisiones posteriores, el Tribunal ha tenido oportunidad de precisar mejor los alcances de esta obligación, lo que resulta particularmente relevante, dado el escaso desarrollo que sobre el tema presenta la Constitución de 1993.

En un caso de hábeas corpus presentado a favor de una persona procesada por presuntos delitos cometidos como integrante del denominado Grupo Colina —cuyo objetivo era solicitar su excarcelación por exceso de detención—, el Tribunal señaló:¹⁷

- Las obligaciones del Estado en materia de derechos humanos implican el respeto y garantía de estos derechos a toda persona sometida a su jurisdicción. Se encuentran expresamente consagradas en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 2) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículos 1 y 2), normas que constituyen «pauta interpretativa mandatoria de lo dispuesto en el artículo 44 de la Constitución —que establece la obligación del Estado de garantizar la plena vigencia de los derechos humanos—».
- Al desarrollar los alcances de la obligación de garantía, el Tribunal toma como referencia la sentencia sobre el fondo de la Corte Interamericana en el caso *Velásquez Rodríguez*, del 29 de julio de 1988, en donde se precisa que dicha obligación implica prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos en la Convención, así como procurar el restablecimiento del derecho conculcado y reparar los daños producidos como consecuencia de su afectación. A partir de esta definición, el Tribunal concluye que el derecho internacional de los derechos humanos

caso se trató de un hábeas corpus presentado a favor de una persona que fue vista por última vez en los acontecimientos ocurridos en el Penal de San Pedro —Lurigancho— los días 18 y 19 de junio de 1986. El Tribunal declaró fundada la demanda y ordenó al Ministerio Público que realizara las investigaciones sobre este caso, que también consideró como una desaparición forzada.

¹⁶ Sobre la relación entre el derecho a la verdad y las obligaciones internacionales del Estado en materia de derechos humanos, recomendamos se consulte: MÉNDEZ, Juan E. «El derecho a la verdad frente a las graves violaciones a los derechos humanos». En *Debate Defensorial* n.º 3. Lima: Defensoría del Pueblo del Perú, 2001, pp. 11-30.

¹⁷ Cf. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Expediente 2798-04- HC/TC. Fundamentos 9, 10, 13 y 19.

vela por la protección de los derechos de las personas pero, simultáneamente, «exige la intervención del Derecho Penal contra aquellos que resulten responsables de la infracción».

- Basado en los artículos 8 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y 25 de la Convención Americana, el Tribunal establece que el derecho a la protección judicial de los derechos fundamentales tiene una doble dimensión: «Por un lado, es consecuencia del derecho de las víctimas de violaciones a sus derechos humanos a alcanzar verdad, justicia y reparación como consecuencia de los hechos sufridos. Por otro lado, conlleva explícitamente la obligación de las autoridades jurisdiccionales de desarrollar los procesos judiciales a su cargo, bajo las estrictas medidas de seguridad, y determinando las figuras delictivas aplicables a tenor de las disposiciones del Derecho internacional que resulten aplicables».
- El Tribunal alude, también, asimismo a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para precisar que la obligación de investigar las violaciones de los derechos humanos debe cumplirse «con seriedad y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa». Para tal fin, toma como referencia la sentencia sobre el fondo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Bulacio*, del 18 de septiembre del 2003, en el cual se señala que «el derecho a la tutela judicial efectiva exige entonces a los jueces que dirijan el proceso de modo de evitar que dilaciones y entorpecimientos indebidos, conduzcan a la impunidad, frustrando así la debida protección judicial de los derechos humanos».

Sobre este tema deseamos hacer dos comentarios adicionales. Por un lado, resaltar el uso que ha hecho el Tribunal del *Conjunto de principios para protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad*,¹⁸ con el fin de contar con una definición en la jurisprudencia nacional sobre lo que implica la impunidad.¹⁹ Por otro lado, remarcar el reconocimiento del Tribunal sobre la importancia de las investigaciones llevadas a cabo por la Comisión de la Verdad y Reconciliación, pues a su consideración:

¹⁸ Elaborados por la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas. Una versión actualizada de estos principios se encuentra en el documento E/CN.4/2005/102/Add. 1. En <<http://www.ohchr.org/english/bodies/chr/sessions/61/lisdocs.htm>>.

¹⁹ Cf. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Expediente 2488-2002- HC/TC. Fundamento 6.

[...] han permitido conocer los sucesos acaecidos en nuestro país en estas últimas décadas, y contribuyen al imperativo de cumplir con la obligación internacional y constitucional de evitar la impunidad y restituir los derechos violados para conseguir la paz social y la reconciliación nacional.²⁰

Nuevamente aquí, el uso del Informe de la CVR como una fuente para el trabajo del Tribunal aparece en forma clara y contundente.

3.3. Obligación de investigar los sucesos del caso *Barrios Altos*

Un caso de particular interés resuelto por el Tribunal Constitucional relacionado con la investigación de violaciones de derechos humanos, fue la demanda de amparo presentada a favor de Santiago Martín Rivas, acusado de formar parte del Grupo Colina. En el caso se argumentó la violación del derecho a la cosa juzgada y el *ne bis in idem*, como consecuencia de haberse dejado sin efecto las resoluciones de la justicia militar por medio de las cuales se sobreseyó el proceso seguido en su contra por el caso *Barrios Altos*.

Para resolver el fondo del asunto, el Tribunal tomó en consideración las siguientes premisas:²¹

- Si bien con el *ne bis in idem* se persigue impedir el ejercicio *arbitrario* del *ius puniendi* estatal, no todo doble enjuiciamiento contra un individuo se encuentra automáticamente prohibido.
- Entre los supuestos no protegidos por el *ne bis in idem* se encuentran aquellos en los que se pretenda oponer una resolución o sentencia —absolutoria— expedida en un primer proceso penal que resulta manifiestamente nulo.
- Aunque la exigencia primaria y básica de la dimensión procesal del *ne bis in idem* es impedir que el Estado arbitrariamente persiga criminalmente a una persona por más de una vez, «tal arbitrariedad no se genera en aquellos casos en los que la instauración y realización de un proceso penal se efectúa como consecuencia de haberse declarado la nulidad del primer proceso, tras constatarse que este último se realizó por una autoridad ju-

²⁰ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Expediente 2488-2002- HC/TC. Fundamento 7.

²¹ Cf. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Expediente 4587-2004-AA/TC. Sentencia del 29 de noviembre de 2005. Fundamentos 71, 73 y 74.

risdiccional que carecía de competencia *ratione materiae* para juzgar un delito determinado».

En función de tales premisas, el Tribunal analizó el caso concreto del primer proceso penal seguido contra Santiago Martín Rivas, desarrollado ante la justicia militar, y concluyó que este órgano carecía de competencia para conocer los sucesos de *Barrios Altos*. Además, consideró que el proceso en el fuero castrense no tuvo por objetivo una adecuada investigación y sanción por los hechos ocurridos. En este sentido, el Tribunal afirma:

[en tanto la] resolución de sobreseimiento carece de efectos jurídicos, el Tribunal Constitucional considera que la iniciación de un nuevo proceso penal, esta vez ante los órganos de la jurisdicción ordinaria, no viola el contenido constitucionalmente protegido del derecho a no ser enjuiciado dos veces por el mismo hecho y, por tanto, el derecho a la cosa juzgada.

De esta manera, el Tribunal se pronunció sobre uno de los temas más polémicos en el Perú, relacionado con la legitimidad de los procesos penales seguidos actualmente contra personas que anteriormente habían sido sometidas a un juzgamiento por los mismos hechos y que alegaban la violación, por este motivo, de su derecho a la cosa juzgada y al *ne bis in idem*. A partir de esta decisión, ha quedado establecido que cuando un proceso penal ha sido seguido ante un tribunal incompetente y ha tenido por finalidad generar una situación de impunidad sobre los hechos investigados, no puede ser invocado para detener la posterior investigación que realicen los órganos que sí son competentes y que sea llevada a cabo en forma responsable y seria para determinar las responsabilidades por las violaciones de derechos humanos.

4. La jerarquía constitucional de los tratados sobre derechos humanos

A diferencia de los anteriores textos constitucionales, la Constitución de 1979 tuvo un capítulo exclusivamente dedicado a los tratados, con normas más amplias y detalladas sobre la materia. Nos interesa destacar de modo particular dos de ellas. En primer lugar, el artículo 101, de acuerdo con el cual: «Los tratados internacionales celebrados por el Perú con otros Estados, forman parte del derecho nacional. En caso de conflicto entre el tratado y la ley, prevalece el primero». En segundo lugar, el artículo 105, el que indica que: «Los pre-

ceptos contenidos en los tratados relativos a derechos humanos, tienen jerarquía constitucional [...]».

Ambas normas de la Constitución de 1979 reconocieron el valor de los tratados como fuente del derecho en el ámbito interno, su prevalencia en caso de conflicto con la ley y la jerarquía constitucional de los tratados sobre derechos humanos. A pesar de tratarse de avances importantes, la Constitución de 1993 no contiene normas similares sobre los dos últimos temas y se limita a señalar, en su artículo 55: «Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional».

Las omisiones de la Constitución vigente han sido fuertemente criticadas y han dado lugar a un intenso debate jurídico sobre cuál es, a partir de su vigencia —diciembre de 1993—, la jerarquía de los tratados sobre derechos humanos en nuestro país.

Esta polémica se vio incrementada y la necesidad de incluir en la Constitución actual una norma expresa similar a la de 1979 fue cada vez mayor, conforme aumentaba el carácter autoritario del gobierno de Alberto Fujimori —continuación del nefasto golpe de Estado del 5 de abril de 1992—.

En estas circunstancias, y ante la carencia de una norma expresa en la Constitución sobre la jerarquía constitucional de los tratados sobre derechos humanos, era muy difícil, por ejemplo, que los jueces inaplicasen cualquier ley contraria a ellos o que no hicieran prevalecer los tratados sobre la normativa interna fundándose en los principios de buena fe en el cumplimiento de los tratados y *pacta sunt servanda*. La situación era, también, grave porque existía una fuerte tendencia política contraria al derecho internacional, cuyos débiles argumentos se basaban en el respeto a la soberanía nacional, situación que llegó a su extremo más delicado mediante el pretendido *retiro* del Perú de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. No debe olvidarse, tampoco, que, dado el régimen autoritario que se vivía, existía por parte de los órganos jurisdiccionales del Estado un temor fundado respecto de posibles represalias en caso de inaplicar una norma contraria a los derechos humanos a partir de argumentos sustentados en el derecho internacional.

El Tribunal Constitucional que inició sus funciones en 1996 no contribuyó mucho a aclarar las dudas sobre la jerarquía de los tratados sobre derechos humanos. Con todo, se debe mencionar un caso particular en el que hubo un pronunciamiento expreso sobre la materia, producido en un proceso de cumplimiento iniciado por un grupo de personas para que los demandados —el presidente de la República y el titular del Ministerio de Justicia—, cumplan lo

dispuesto en el inciso 6 del artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que reconoce el derecho a una indemnización para todas las personas que sean beneficiadas con un indulto por errores judiciales. La demanda tenía por objetivo garantizar este derecho a los beneficiados por la ley 26655.²² Entre los argumentos de su sentencia el Tribunal señaló:

[...] cuando nuestra Constitución Política del Estado reconoce en su artículo 55 que «Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional» y el Artículo 200 inciso 4 consigna entre las diversas normas con jerarquía legal, a los tratados —sin distinción alguna—, no cabe sino admitir que los mismos tienen valor normativo indiscutible y en consecuencia son plenamente aplicables por los jueces y tribunales peruanos.

[...] en la medida en que el artículo 14 inciso 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos reconoce un mandato indemnizatorio como consecuencia de la comisión de un error judicial a propósito de quienes han sido beneficiados con una medida de indulto, esto es, crea una obligación como correlato de una determinada situación jurídica, no cabe la menor duda, que al tratarse de derecho aplicable en nuestro país y que como se ha dicho, tiene el mismo rango que el de una ley, le asiste el mismo régimen jurídico que opera respecto de la Acción de Cumplimiento y que como lo dispone el Artículo 200 inciso 6 de la Constitución Política del Estado en concordancia con la Ley 26301, procede contra cualquier autoridad o funcionario renuente a acatar, no solo los actos administrativos sino también las normas legales, categoría jurídica que, por otra parte y como lo viene asumiendo en reiterada jurisprudencia este Tribunal, no solo se refiere a las leyes en sentido formal o disposiciones emanadas del Congreso bajo dicha nomenclatura, sino a todo tipo de norma jurídica cuyo rango o jerarquía sea igual que el de una ley en sentido estricto.²³

No cabe duda de que la intención del Tribunal fue declarar fundada la demanda con el fin de favorecer a quienes fueron injustamente condenados por los delitos de terrorismo y traición a la patria. Para tal efecto, necesitaba

²² La ley 26655, publicada el 17 de agosto de 1996, creó una Comisión *Ad Hoc* encargada de proponer al presidente de la república la concesión de indultos a personas condenadas por delitos de terrorismo o traición a la patria. Esta norma fue emitida tras constatarse la realización de juicios y condenas de gran cantidad de personas inocentes, como consecuencia de la aplicación de una legislación para luchar contra la subversión manifiestamente contraria a las garantías del debido proceso.

²³ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Expediente 1277-99-AC/TC. Sentencia del 13 de julio de 2000. Fundamentos 7 y 8.

identificar un presupuesto específico del proceso de cumplimiento: la inactividad de la administración en cumplir un mandato legal, lo cual explica que haya acudido a interpretar que los tratados sobre derechos humanos tienen jerarquía legal, aunque sin meditar sobre las consecuencias de su decisión. Como sostiene Landa, el Tribunal estableció «la tesis del rango legal de los tratados, sin mayor esfuerzo de razonamiento constitucional que la identificación unilateral sobre la base del Artículo 200^o inciso 4) de la Constitución».²⁴

Pero debe recordarse que el Tribunal Constitucional al que nos estamos refiriendo es aquel que Landa califica como una institución *en cautiverio*, dadas las presiones políticas a las que estaba sometido y que impedían que funcionara adecuadamente.²⁵ Esta referencia es importante, pues permite comprender —mas no justificar— la particular *precisión* sobre la jerarquía constitucional de los tratados sobre derechos humanos que hemos mencionado.

Una vez terminado el gobierno autoritario, a finales del 2000, el Poder Judicial inició el proceso hacia la recuperación de su autonomía y el Tribunal Constitucional se convirtió en un auténtico intérprete de la Constitución. Pero no sería hasta el 2006 cuando el Tribunal se manifestaría, de forma expresa, en su jurisprudencia sobre la jerarquía constitucional de los tratados de derechos humanos.

La primera precisión sobre este tema apareció en la sentencia del expediente 047-2004-AI, publicada el 13 de mayo de 2006, en la cual desarrolló los alcances de las diferentes fuentes del derecho en el ordenamiento jurídico peruano. En tal fallo, el Tribunal señaló que la primera categoría de normas en nuestro país incluía la Constitución y las normas con rango constitucional, incluidos los tratados sobre derechos humanos.

Pero será en la sentencia de los expedientes 0025 y 0026-2005-PI/TC, publicada el 19 de agosto de 2006, el Tribunal fue más contundente respecto a la materia al afirmar que:

Los tratados internacionales sobre derechos humanos no solo conforman nuestro ordenamiento sino que, además, detentan rango constitucional —fundamento 26—.

En consecuencia, debe descartarse la tesis según la cual los tratados internacionales sobre derechos humanos detentan jerarquía de ley debido

²⁴ LANDA ARROYO, César. «Los tratados internacionales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional». En <<http://www.cajpe.org.pe/InformacionJuridica01.htm>>.

²⁵ Este período del Tribunal Constitucional ha sido calificado así por LANDA ARROYO, César. *Tribunal Constitucional y Estado democrático*. Lima: Palestra, 2003, pp. 260 y 285.

a que la Constitución, al haber enumerado las normas objeto de control a través de la «acción de inconstitucionalidad» —artículo 200º, inciso 4º—, ha adjudicado jerarquía de ley a los tratados en general. Tal argumento debe ser desestimado debido a que dicha enumeración tiene como único efecto el enunciar las normas que constituyen objeto de control a través de la «acción de inconstitucionalidad» —fundamento 32—.

De esta manera, la omisión de la Constitución de 1993 de establecer de forma expresa la jerarquía constitucional de los tratados ha sido subsanada mediante la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, y queda en manos de los operadores jurídicos hacer prevalecer la Constitución y los tratados sobre derechos humanos frente a cualquier otra norma de menor jerarquía que contravenga su contenido.

5. Reflexiones finales

A partir del contenido de las sentencias mencionadas en este trabajo podemos concluir que el Tribunal Constitucional ha construido una jurisprudencia contra la impunidad en materia de violaciones de los derechos humanos. De ahora en adelante, corresponde a los juzgados y tribunales de todo el país seguir los precedentes vinculantes y las líneas interpretativas de los derechos fundamentales establecidas por el Tribunal Constitucional, de conformidad con la Constitución, el Código Procesal Constitucional y la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

Sin duda alguna, estas decisiones constituyen un valioso aporte para la labor que actualmente vienen llevando a cabo los juzgados y tribunales que tienen la responsabilidad de conocer los procesos por violaciones de derechos humanos ocurridas en el Perú como consecuencia del conflicto armado interno. De modo particular, en ellas podrán encontrar importantes precisiones sobre la obligación del Estado de investigar estos hechos, establecida en el artículo 44 de la Constitución y los tratados sobre derechos humanos ratificados por el Estado peruano. Asimismo, la precisión hecha por el Tribunal sobre la jerarquía constitucional de estos tratados, resuelve una duda presente por más de una década en nuestro país, y constituye un importante argumento jurídico para hacer frente a cualquier tipo de medida, legal o de otro tipo, por medio de la cual se pretenda, como ocurrió con las leyes de amnistía en 1995, evitar la investigación de las violaciones de los derechos humanos.

Los delitos contra la humanidad en el ordenamiento legal peruano

Iván Meini

1. Aproximación inicial

En sus artículos 319 a 324, el Código Penal de 1991 regula, bajo el *nomen* «Delitos contra la Humanidad», los tipos penales de genocidio —art. 319—; desaparición forzada —art. 320—; tortura —art. 321—; discriminación —art. 323—; y manipulación genética —art. 324—. Estos cinco comportamientos delictivos no son los únicos que deberían formar parte de la respuesta estatal a la violación de derechos humanos, ni todos los contemplados habrían de permanecer como delitos de lesa humanidad. En efecto, la regulación nacional peca primero de defecto y segundo de exceso. Por defecto, deja de lado el delito de ejecución extrajudicial, y aunque, en la mayoría de casos, este delito pueda ser reconducido al delito de homicidio calificado y sancionado como tal, lo cierto es que —tal como se verá luego en detalle— el desvalor de acción de una ejecución extrajudicial no siempre será aprehendido en su integridad por el tipo de lo injusto del asesinato. Por exceso, según la literalidad con que el legislador decidió tipificar los delitos de discriminación y manipulación genética, difícilmente podrán ser considerados de lesa humanidad, ni por el bien jurídico que protegen, ni por la forma en que normalmente se cometen.

Se requiere darle contenido al concepto delito de lesa humanidad para, a partir de allí, precisar cuáles de los tipos penales que el Código Penal califica de delitos contra la humanidad lo son, en realidad, y qué otros deberían ser incluidos como tales.

2. Concepto de delito de lesa humanidad

El concepto de delito de lesa humanidad goza de consenso en el ámbito doctrinario. Con él se hace alusión a los atentados contra los bienes jurídicos in-

individuales fundamentales cometidos como parte de un ataque generalizado o sistemático realizado con la participación o tolerancia del poder político *de iure* o *de facto*.¹ De acuerdo con esta definición, el delito de lesa humanidad se erige sobre la base de dos elementos: *a*) la sistematicidad o generalidad con la que se realizan los actos; y, *b*) la tolerancia, participación o aquiescencia del poder público. Estas dos características, sin embargo, resultan insuficientes para esbozar un concepto de delito de lesa humanidad que sirva como criterio tipificador. En otras palabras, la lógica indica que si se postula un concepto de delito contra la humanidad, las bondades de dicha construcción deberían constatar, como mínimo, en su función sistematizadora, permitiendo; por un lado, excluir aquellos delitos que no constituyen una lesión o puesta en peligro a la humanidad y; por otro lado, incluir a los que sí representan dicha lesión o peligro.

Lo anterior se demuestra con la variedad de listados existentes de delitos contra la humanidad. El Código Penal prevé solo cinco delitos de lesa humanidad; el Estatuto de Roma² califica en su artículo 7 como delitos de lesa humanidad a toda una gama de acciones: asesinato, exterminio, esclavitud, deportación o traslado forzoso de población, encarcelación, tortura, violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada, persecución de un grupo o colectividad con identidad propia —fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género—, desaparición forzada de personas, *apartheid* y otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física; en el artículo 5 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia se previó como delitos de lesa humanidad el asesinato, exterminio, esclavitud, deportación, encarcelación, tortura, violación, persecución por motivos políticos, raciales y religiosos y otros actos inhumanos. El concepto anotado de delito de lesa humanidad carece pues de capacidad sistematizadora.

Descartado, entonces, que la capacidad de rendimiento de los elementos *sistematicidad* o *generalidad* del ataque y *tolerancia*, *participación* o *aquiescencia* del poder público en el mismo como criterios para tipificar comportamientos

¹ Con múltiples referencias bibliográficas, cf. GIL GIL, Alicia. *Derecho penal internacional*. Madrid: Tecnos, 1999, p. 151.

² Para el cual el delito contra la humanidad ha de ser, además de un ataque sistemático o generalizado, y ejecutado con tolerancia, participación o aquiescencia del poder público, realizado contra una población civil.

penalmente relevantes como delitos de lesa humanidad,³ se advierte con nitidez que dichos elementos hacen referencia a la *forma* en la cual se cometen algunos delitos. En efecto, que el ataque sea sistemático significa que responde a un plan o patrón regular sobre la base de una política común que involucra recursos públicos y/o privados, lo que implica no solo que exista una política de Estado o de una organización para promover esa política, sino, además, que dicha política se logre implementar de manera organizada de conformidad con el patrón o plan. Tal política se conoce en doctrina como *políticas de terror, de persecución y de represión* —esto es, precisamente, lo que configura el elemento propiamente internacional de esta categoría de crímenes⁴ y es lo que permite excluir hechos aislados, no coordinados y aleatorios; en definitiva, hechos que no respondan a dicha política—. La sistematicidad, así definida, se demuestra con la ejecución repetida o continua de los ataques. La generalidad del ataque, por su parte, denota la existencia de una multiplicidad de víctimas: masivo, de acción a gran escala, destacándose de esta manera un hecho aislado cometido por un autor aislado que actúa por iniciativa propia y dirigido a una sola víctima. Existe consenso en que no es necesario que se trate de un ataque sistemático y generalizado para que proceda la calificación de delito de lesa humanidad, dado que no es necesario que concurren de manera acumulativa.

Así, si bien los genocidios, desapariciones forzadas, torturas y ejecuciones extrajudiciales pueden ser ejecutados de manera generalizada o sistemática, también lo pueden ser las violaciones de la libertad sexual, lesiones; secuestros, persecuciones, etcétera.

Sin perjuicio de lo dicho, es posible y necesario identificar algún elemento en común de ciertos delitos que pueda ser utilizado como criterio sistematizador de la categoría lesa humanidad. Tal es el bien jurídico. Solo una definición de lesa humanidad orientada en función del bien jurídico permite apreciar que, en tales casos, no se lesiona únicamente a la víctima individual en sus derechos básicos, sino a la humanidad en su conjunto.⁵ De hecho, es esta la razón que justifica la imprescriptibilidad de la acción penal y la jurisdicción

³ Entre otras razones, la lista podría ser interminable. Por ejemplo, el artículo 7.1.k. del Estatuto de Roma contiene una lista abierta de delitos contra la humanidad, al establecer que se considera como tales a «otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física».

⁴ Cf. AMBOS, Kai. *El nuevo derecho penal internacional*. Lima: ARA Editores, 2004, p. 95 y s.

⁵ Cf. SATZGER, Hekmut. *Internationales und Europäisches Strafrecht*. Baden-Baden: Nomos, 2005, p. 203.

universal en los crímenes contra la humanidad. Por ello, se sigue que cualquier delito que signifique un cuestionamiento al estándar mínimo de derechos de la humanidad podrá ser considerado como delito contra la humanidad, tal como sucede con las figuras que contempla el artículo 7 del Estatuto de Roma.

Hasta aquí se tiene que es factible diferenciar dos acepciones del concepto delito de lesa humanidad. La primera se construye sobre los elementos *systematicidad o generalidad* del ataque y *tolerancia, participación o aquiescencia del poder público*, y hace referencia a la forma como realizan el comportamiento típico el o los autores y, a diferencia de la segunda, que se sustenta en el bien jurídico y carece de capacidad sistematizadora.

En esta línea de razonamiento, la locución *delitos contra la humanidad* con la cual se califica los tipos penales tipificados en los artículos 319 y siguientes del Código Penal ha de ser interpretada, en principio, de conformidad con la acepción en cuya virtud se atiende a la *systematicidad o generalidad* del ataque y a la *tolerancia, participación o aquiescencia del poder público*. Pero ello no significa que los delitos contra la humanidad de nuestro Código Penal no deban trascender la lesión individual de la víctima y repercutir en la humanidad. Por el contrario, solo la utilización de ambas acepciones permite confeccionar con mayor precisión el catálogo de delitos de lesa humanidad y circunscribir en él aquellos ataques ejecutados de manera sistemática o generalizada, con la *tolerancia, participación o aquiescencia del poder público*, y que encarnen la insubordinación contra el estándar mínimo de derechos de la humanidad.

Ya se vio cuáles son los delitos que nuestro Código Penal considera como delitos contra la humanidad. La inclusión de dichos comportamientos en el Título XIV-A del Código Penal presenta la ventaja de hacerles extensibles las bondades de todo delito de lesa humanidad; a saber, *imprescriptibilidad y justicia universal*. Sin embargo, cabe pensar en casos en los que la conducta puede ser tipificada como *tortura o desaparición forzada* —que son delitos contra la humanidad en nuestro ordenamiento jurídico— pero que, no obstante ello, no responden a una práctica sistemática o generalizada, o no han sido cometidos con la *tolerancia, participación o aquiescencia del poder público*. No será, pues, un delito de lesa humanidad. Lo mismo sucede con el delito de *manipulación genética y la discriminación* —considerados, también, por nuestro Código Penal como delitos de lesa humanidad—, puesto que, según la prosa de su redacción, el daño causado rara vez trascenderá de las personas directa-

mente afectadas, ni se cometerán con la tolerancia, participación o aquiescencia del poder público.

Con esto se pretende aclarar que, por un lado, no todos los delitos contra la humanidad que regula el Código Penal de 1991 serán, siempre y en todos los casos, delitos contra la humanidad; y, por otro lado, que algunos delitos que el citado cuerpo normativo no considera como de lesa humanidad, algunas veces lo serán. De los delitos que regula el Código Penal como de lesa humanidad, solo el genocidio, la tortura y la desaparición forzada superan el filtro; y también lo hace la ejecución extrajudicial, a pesar de no estar ni siquiera prevista en él.

Como primera conclusión queda decir que, según la forma como se encuentran regulados en el Código Penal, ni la discriminación —artículo 323— ni la manipulación genética —artículo 324— son delitos de lesa humanidad. El primero porque, por lo general, es perpetrado por particulares de manera aislada, lo que dificulta advertir la presencia de una política estatal que lo respalde. El segundo porque, de cometerse, no sería un ataque generalizado. Los delitos que el Código Penal de 1991 tipifica como delito contra la humanidad y que, según la forma como normalmente se cometen y por la trascendencia que tienen pueden ser considerados como tales, son el genocidio, la desaparición forzada y la tortura. El cuarto delito contra la humanidad, aun cuando el legislador no lo estime así, es la ejecución extrajudicial.

3. Genocidio

El delito de genocidio, cuya sanción deviene en obligatoria para el Perú a partir de la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio⁶ —Convención de 1948, en adelante—, constituye la más grave violación de los derechos humanos al representar la negación del derecho a la existencia de un grupo humano. Los términos en que se expresa el Convenio de 1948 son muy similares a la forma en que lo hace el Estatuto del Tribunal Internacional para el castigo de los crímenes perpetrados en la antigua Yugoslavia, así como el Estatuto de Roma —artículo 6—. Son idénticos, además, a los términos en que el legislador nacional ha tipificado en el artículo 319 del Código Penal el delito de genocidio, con la salvedad —tal cual se verá posteriormente— de

⁶ Adoptada por la Asamblea General de la ONU en su resolución 260 A (III), del 9 de diciembre de 1948, y ratificada por el Estado peruano el 24 de febrero de 1960. Entró en vigor para el Perú el 24 de mayo de 1960.

que en el Convenio de 1948 se hace mención al grupo racial y en la legislación nacional al grupo social.

El término *genocidio* fue utilizado y difundido con ocasión del juicio de Nüremberg, siendo definido entonces por el polaco Lemkin como homicidio encaminado a la supresión de grupos humanos. A partir de esta definición, la doctrina diferenció entre el genocidio físico y el biológico. El genocidio físico se realiza mediante la supresión de la vida o producción de lesiones a miembros del grupo, y el biológico está orientado a impedir la reproducción del grupo mediante, por ejemplo, castración, abortos forzosos, esterilización, uso obligado de anticonceptivos. El propio Lemkin postuló, luego, una concepción más amplia de genocidio, que dio cabida a una modalidad de genocidio político, perpetrado sobre grupos de esta índole, y al genocidio cultural, dirigido contra la lengua, creencias y demás elementos que conforman la cultura de un grupo.⁷ Sin embargo, el Convenio de 1948 no incluyó el genocidio político, y resulta difícil no aceptar, al menos con vocación de generalidad, que el cultural no corrió la misma suerte.

Un sector de la doctrina asume que el bien jurídico protegido en el delito de genocidio guarda relación con la convivencia internacional, entendida como convivencia pacífica en los diversos grupos humanos, hayan o no alcanzado el nivel de organización e independencia política que permite clasificarlos como Estados.⁸ Sin embargo, más que las relaciones entre los grupos humanos, parece que lo que se debe proteger es el derecho que todo colectivo tiene a la existencia. El titular inmediato de este bien jurídico no lo será pues la comunidad internacional, sino el propio grupo. Ello no impide que, por la magnitud del hecho genocida en sí —es decir, con independencia de qué tan grande o pequeño, o conocido o desconocido es el grupo cuya destrucción el genocida persigue—, la comunidad internacional manifieste su rechazo. Para expresarlo en otros términos, el genocidio tiene capacidad para poner en peligro la paz y estabilidad de la comunidad internacional, ya que, como delito de lesa humanidad, el ataque a un grupo con pretensiones de eliminarlo es algo que la comunidad internacional, aun cuando no vea alterada su paz y estabilidad, reprueba.

⁷ Cf. VIVES ANTÓN, Tomás Salvador y Juan Carlos CARBONELL MATEU. En AA.VV. *Derecho penal. Parte especial*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, p. 884.

⁸ Cf. VIVES ANTÓN, Tomás Salvador y Juan Carlos CARBONELL MATEU. En AA.VV. *Derecho penal. Parte especial*, p. 884.

El artículo 319 del Código Penal de 1991 tipifica el delito de genocidio y señala que «será reprimido con pena privativa de libertad no menor de veinte años el que, con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, social o religioso, realiza cualquiera de los actos siguientes: 1. Matanza de miembros del grupo; 2. Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros; 3. Sometimiento del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física de manera total o parcial; 4. Medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo; 5. Transferecia forzada de niños a otros grupos».

El objeto material sobre el cual recae la acción genocida es un grupo, que puede ser nacional, étnico, social o religioso. Como se adelantó, la Convención de 1948 menciona a los grupos nacionales, étnicos, religiosos y raciales. La inclusión del adjetivo social para calificar al grupo, en detrimento del racial, genera no pocos problemas interpretativos, ya que «social» —al menos según la lengua española— denota algo perteneciente o relativo a la sociedad.⁹ Grupo social, por ende, es cualquier grupo perteneciente o relativo a la sociedad, lo que abre la puerta a que, en el derecho penal peruano, los grupos políticos —que en doctrina suelen ser descartados como sujetos pasivos de genocidio—¹⁰ reciban protección penal mediante la prohibición del genocidio. Esta interpretación se condice con el hecho de que un grupo político, al igual que otros colectivos, puede ser objeto de ataque, persecución y deseos de aniquilamiento por sus ideas.¹¹ De igual forma habría que proceder con los grupos raciales que menciona la Convención de 1948 y omite el Código Penal de 1991.

Grupo nacional es todo colectivo que vive en un país regido por un mismo gobierno o que mantiene una misma conciencia como pueblo. Grupo étnico hace referencia a las personas que comparten determinadas características antropológicas, lo cual podría incluir al grupo racial. Grupo religioso es aquel cuyos miembros comparten las mismas creencias religiosas.

El delito de genocidio se caracteriza por la voluntad de aniquilar el grupo.¹² Sin embargo, la forma en que se ha incluido en el tipo de elemento sub-

⁹ Cf. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Diccionario de la lengua española*, primera acepción. En <<http://buscon.rae.es/draeI>>.

¹⁰ Cf., con referencias bibliográficas, ESER, Albin, en Adolf Schonke y Horst Schröder. *Strafgesetzbuch Kommentar*, 26 Aufl. München, 2001, § 220 n.m. 3 y VIVES ANTÓN, Tomás Salvador y Juan Carlos CARBONELL MATEU. En AA.VV. *Derecho penal. Parte especial*, p. 884.

¹¹ Cf. ESER, Albin, en Schonke y Schröder. *StGB*, § 220 n.m. 3.

¹² Cf. VIVES ANTÓN, Tomás Salvador y Juan Carlos CARBONELL MATEU. En AA.VV. *Derecho penal, Parte especial*, p. 884.

jetivo «intención de destruir, total o parcialmente al grupo», acarrea la posibilidad de que el delito se cometa, incluso, cuando el ataque no tenga objetivamente idoneidad para lograr la destrucción total o parcial del grupo. Así ocurre, por ejemplo, cuando se afecta a una única persona y el comportamiento es, desde todo punto de vista, incapaz de lograr la desaparición, incluso parcial, del colectivo. Para superar esta situación se propone interpretar el elemento subjetivo exigiendo que la conducta del autor se inserte en un plan dirigido a lograr la desaparición del grupo, de manera que su realización, como expresión de tal fin, comporte un peligro objetivo para el resto de integrantes del colectivo y para el colectivo en sí. El genocidio acogería así comportamientos en los que la intención del autor trasciende la lesión inmediata y tiene un propósito más general, sin agotarse en ella.¹³ En otras palabras, se requiere que el sujeto activo tenga conciencia de que su actuar forma parte de un propósito más amplio y contribuye con él, así como que no se limita, por ejemplo, a la muerte o lesión de un miembro del grupo, o al traslado de sus niños, sino que necesita de comportamientos similares. Esto, por lo demás, viene avalado por la nota de *generalizado* o *sistemático* del ataque genocida, para que respete su naturaleza como delito de lesa humanidad.

A partir de esto, se sigue que los casos en los que el sujeto actúa con la intención típica, pero el hecho es un episodio aislado, sin relación alguna con otros actos similares, y el contenido anímico del sujeto activo se satisface con la realización de uno de las cinco modalidades del artículo 319 del Código Penal de 1991, no se reputarán como genocidio. A la misma respuesta se podría llegar si se aplica la regla de la tentativa absolutamente *inidónea* por medio del artículo 17 del Código Penal vigente. Por otro lado, el elemento subjetivo podrá faltar cuando se actúe bajo órdenes.¹⁴

El primer medio típico para cometer genocidio consiste en la matanza de miembros del grupo. A tenor de la literalidad del precepto parece que la muerte de un único miembro devendría en atípica. Empero, en algunos ordenamientos jurídicos en los que la ley se expresa en idénticos términos,¹⁵ se acepta que el genocidio pueda consumarse con la muerte de tan solo un miembro del grupo porque no se le considera a este como sujeto individual como sucede

¹³ GONZÁLES RUS, Juan José. En Manuel Cobo del Rosal (coord.). *Derecho penal. Parte especial*. Madrid, 2004, pp. 1179 y s.

¹⁴ ESER, Albin, en Schonke y Schröder. StGB, § 220 n.m. 5.

¹⁵ Por ejemplo, en Alemania, StGB §220.1, se utiliza el término *mitglieder* que significa miembro.

en los casos de delitos de homicidio, por ejemplo, sino como parte de un colectivo.¹⁶ El asesinato de un dirigente, por ejemplo, puede tener la suficiente trascendencia dentro del grupo como para destruirlo total o parcialmente.

En el segundo medio típico, referido a la lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo, el uso de la locución «lesión grave» induciría a pensar que el medio delictivo habría de ser un delito de lesiones graves previsto en el artículo 121 del Código Penal de 1991, que excluye no solo las faltas contra la persona sino también el delito de lesiones leves. Por la pena con la que se conmina el delito de genocidio —de treinta a treinta y cinco años de privación de libertad— resulta adecuado restringir el comportamiento típico a las lesiones graves. Los ataques que constituyan lesiones leves y que se realicen con el ánimo de exterminar total o parcialmente al grupo tendrán pues que ser reconducidos a los tipos penales comunes.

Las condiciones de existencia que acarreen la destrucción física del grupo, a las que se hace referencia en el artículo 319.3 del Código Penal hacen alusión, por ejemplo, a condiciones de insalubridad, privación de vivienda, alimento, imposición de trabajos intensos capaces de producir la muerte o debilitamiento de las personas. En la medida en que el elemento subjetivo de perseguir la eliminación del grupo debe estar siempre presente en el accionar del autor, no calzan en la letra de la ley aquellos supuestos en los cuales, a pesar de que el comportamiento objetivamente se corresponda con el previsto en el tipo penal, lo que se pretende es mejorar las condiciones de vida del grupo.¹⁷

Algunas medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo, señaladas en el artículo 319.4 del Código Penal, son la esterilización, el impedimento de matrimonios, la separación por sexos, castración, abortos forzados, uso obligado de anticonceptivos, etcétera. Por su parte, la transferencia forzada de niños a otros grupos que prevé el artículo 319.5 consiste en el traslado de los niños fuera del radio de acción y comunicación del grupo al cual pertenecen. No será tal el caso si es que se dispusiera un traslado de niños para evitar que sean víctimas de una epidemia que ponga en peligro su vida o salud, debiendo, en todo caso, tratarse de una situación temporal.

La prohibición de un determinado lenguaje o religión, la destrucción de bibliotecas, lugares o escrituras sagrados, considerados como genocidio cultural, son, con frecuencia, rechazados por la doctrina como supuestos típicos de

¹⁶ ESER, Albin, en Schonke y Schröder. StGB, § 220 n.m. 4.

¹⁷ GONZÁLES RUS, Juan José. En Manuel Cobo del Rosal (coord.). *Derecho penal. Parte especial*, p. 1181.

genocidio,¹⁸ incluso en aquellas legislaciones en las que la tipificación del delito de genocidio es, prácticamente, un calco de la Convención de 1948.¹⁹ Sin embargo, es factible imaginar supuestos en los que tales prohibiciones puedan llegar a constituir una lesión grave a la integridad mental de los miembros del grupo o sometimiento a medidas que atentan contra sus valores culturales. En la medida en que se trata de un delito de lesa humanidad y, por ende, el bien jurídico reclama protección, convendría interpretar de manera extensiva el tipo penal, lo que en modo alguno configuraría una interpretación *contra legem*.

El caso de las violaciones sexuales, que es tipificado expresamente en España —mas no en Perú— como medio para cometer el genocidio, se ha justificado sobre la base de que la violencia contra la libertad sexual fue utilizada en la ex Yugoslavia como instrumento de limpieza étnica, intimidación o humillación de un grupo étnico. Pero ello, si se quiere mantener la calidad del genocidio como delito de lesa humanidad y diferenciarlo del delito contra la libertad sexual como bien jurídico individual, no es adecuado. Difícilmente la violación de la libertad sexual será un medio para eliminar un grupo, a lo sumo la imposición coactiva de un mestizaje.²⁰ En todo caso, resultaría útil pensar en la conveniencia de establecer un supuesto agravado del delito contra la libertad sexual en caso de que se produjera en un contexto genocida o de conflicto armado.

El delito genocida, en tanto delito común, no restringe el círculo de posibles autores. Esto se condice con el espíritu del artículo III.e. del Convenio de 1948 que establece que se castigará la complicidad en el genocidio. Si bien la complicidad —tanto la instigación cuanto la complicidad primaria y la accesoria— se regula por las reglas de los artículos 24 y 25 del Código Penal, político criminalmente es aconsejable tipificar el genocidio sin restricción alguna en cuanto a los intervinientes.

La consumación del delito depende de cada una de las modalidades típicas, sin que sea necesario, en ningún caso, comprobar la destrucción total o parcial del grupo. Lo contrario sería no solo una interpretación que no se ajustaría a la naturaleza del genocidio como delito de lesa humanidad, sino tam-

¹⁸ TAMARIT SUMALLA, Josep Ma. En Gonzalo Quintero Olivares (dir.). *Comentarios a la parte especial del derecho penal*. Pamplona: Aranzadi, 2004, p. 2147.

¹⁹ ESER, Albin, en Schonke y Schröder. StGB, § 220 n.m. 4.

²⁰ TAMARIT SUMALLA, Josep Ma. En Gonzalo Quintero Olivares (dir.). *Comentarios a la parte especial del derecho penal*, p. 2147.

bién irracional. La tentativa, cuya represión viene condicionada por el artículo III.c. del Convenio de 1948, tiene que ser sancionada, a falta de una regulación expresa en el delito de genocidio, en virtud del artículo 23 del Código Penal. Una situación distinta se presenta en el derecho comparado, en donde la previsión del genocidio antecede, en algunos casos, a la regla que sanciona la exaltación o la justificación del genocidio —artículo 607.2 del Código Penal español—.

4. Desaparición forzada de personas

La Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (CIDFP) considera en el segundo párrafo de su artículo 2 la desaparición forzada de personas como la privación de la libertad a una o más personas, cualquiera que fuere su forma, cometida por agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o de informar sobre el paradero de la persona, con lo cual se impide el ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes. El artículo 7 del Estatuto de Roma define el delito de desaparición forzada como la aprehensión, la detención o el secuestro de personas por un Estado o una organización política, o con su autorización, apoyo o aquiescencia, seguido de la negativa de informar sobre la privación de libertad o dar información sobre la suerte o el paradero de esas personas con la intención de dejarlas fuera del amparo de la ley por un período prolongado. La declaración de las Naciones Unidas sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas (DNUDF) precisa, en su artículo 1, que todo acto de desaparición forzada constituye un ultraje a la dignidad humana. Es condenado como una negación de los objetivos de la Carta de las Naciones Unidas y como una violación grave y manifiesta de los derechos humanos y de las libertades fundamentales proclamados en la Declaración Universal de Derechos Humanos y reafirmados y desarrollados en otros instrumentos internacionales. Señala, también, que todo acto de desaparición forzada sustrae a la víctima de la protección de la ley y le causa graves sufrimientos, lo mismo que a su familia. Constituye una violación de las normas del derecho internacional que garantizan a todo ser humano, entre otras cosas, el derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica, el derecho a la libertad y a la seguridad de su persona y el derecho a no ser sometido a torturas ni a otras penas o tratos

cruelles, inhumanos o degradantes. Viola, además, el derecho a la vida, o lo pone en grave peligro.

Si se compara la normativa supranacional con el texto del artículo 320 del Código Penal que tipifica en nuestro país el delito de desaparición forzada —«el funcionario o servidor público que prive a una persona de su libertad, ordenando o ejecutando acciones que tengan por resultado su desaparición debidamente comprobada, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de 15 años e inhabilitación, conforme al artículo 36, incisos 1 y 2»—, resulta criticable que el precepto nacional se limite a describir este delito como la privación de libertad de la víctima y su posterior desaparición debidamente comprobada, y se echa en falta que no se pronuncie sobre la consecuencia jurídica de la desaparición forzada, esto es, la negativa del servidor o funcionario público de informar sobre la privación de libertad o dar información sobre el estado o paradero del detenido, y la posterior desprotección jurídica del desaparecido al no poder sus familiares o cualquier persona interesada interponer los recursos legales pertinentes —como el proceso de hábeas corpus—.

Estas deficiencias obligan a interpretar el tipo de lo injusto del delito de desaparición forzada sobre la base de la normativa supranacional; mecanismo por demás legítimo, habida cuenta que el Perú ha suscrito la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, la Declaración de las Naciones Unidas sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, y el Estatuto de Roma.

La conducta típica, según el artículo 320 del Código Penal, consiste en la privación de la libertad a una persona, ordenando o ejecutando acciones que tengan por resultado su desaparición debidamente comprobada. Esta descripción, en principio, no genera mayor confusión, pues se entiende que la libertad personal se lesiona como consecuencia de las órdenes y acciones que lleven a la desaparición del sujeto. El problema, en todo caso, consiste en que, según la ley, la desaparición de la persona debe ser «dεδbidamente comprobada». El tipo penal no contiene elementos que permitan entender cuáles son los alcances de dicha frase, la que, además, es de imposible verificación en un proceso penal —lo único que se podrá demostrar es que la persona no está en aquellos lugares donde se le ha buscado—. Por esta razón, y teniendo como criterio de interpretación los instrumentos internacionales de los cuales el Perú es parte, se tiene que entender que el elemento objetivo del delito de desaparición forzada «desaparición debidamente comprobada» se da cuando el funcionario o servidor público encargado de brindar información sobre el

paradero, la situación, el estado y las condiciones en las que la víctima fue detenida, incumple dicho deber. Este es, precisamente, el espíritu de la CIDFP y del Estatuto de Roma: que el desvalor de acción del delito descansa no tanto en la privación de la libertad personal, sino en la negativa de informar sobre la suerte del desaparecido. Y esta es, también, la razón por la cual ningún instrumento internacional supedita el castigo de la desaparición forzada a que se trate de una desaparición *debidamente comprobada*. Las razones por las cuales la redacción del artículo 320 del Código Penal se aleja de los instrumentos internacionales que el propio Estado ha suscrito solo pueden atribuirse a la ignorancia o a la falta de voluntad política para perseguir tales hechos.

Lo señalado en el párrafo previo permite entender que el bien jurídico protegido en el delito de desaparición forzada está vinculado con el derecho al debido proceso y al respeto a la personalidad jurídica del sujeto. Ello no es, sin embargo, el sentir de nuestra jurisprudencia, que se inspira en los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En efecto, la desaparición forzada se concibe como un delito *pluriofensivo*. La sentencia de la Sala Penal Nacional del 20 de marzo de 2006, expediente 111-04, caso *Castillo Páez* expresa:

La expresión *desaparición forzada de personas* no es más que el *nomen iuris* para la violación sistemática de una multiplicidad de derechos humanos. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en sus primeras decisiones sobre denuncias de desaparición forzada de personas, señaló que la desaparición forzada de personas constituye una violación múltiple y continuada de numerosos derechos reconocidos en la Convención y que los Estados Parte están obligados a respetar y garantizar [cf. casos Velásquez Rodríguez y Godínez Cruz, y el caso Blake, sentencia de 24 de enero de 1998, Serie C, n.º 36, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos], pues no solo produce una privación arbitraria de la libertad sino que pone en peligro la integridad personal, la seguridad y la propia vida del detenido. Además, le coloca en un estado de completa indefensión, acarreando otros delitos conexos.

Así también, la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente 2488-2002-HC/TC —fundamento jurídico 3— «la práctica de la desaparición forzada atenta contra diversos derechos fundamentales. Además de violar la libertad locomotora, impide interponer los recursos legales que permitan proteger los derechos conculcados, lesionando, así, el derecho de acudir a un tribunal con el fin de que se decida, a la brevedad, sobre la legalidad de la detención —Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo

9.4. y Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 7.6.—. Asimismo, implica, generalmente, actos de tortura y tratos inhumanos y degradantes, por lo que también afecta el derecho a la integridad personal. De igual manera, esta práctica criminosa supone, con frecuencia, la ejecución extrajudicial de los detenidos, y el posterior ocultamiento de sus cadáveres. Lo primero lesiona el derecho a la vida, mientras que lo segundo procura la impunidad del hecho. Así lo ha entendido también la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos [Caso *Velásquez Rodríguez*, sentencia de fondo, párrafo 155-157]».

A pesar de estos pronunciamientos jurisprudenciales, lo cierto es que, en puridad, el delito de desaparición forzada no protege la vida ni la integridad psicofísica. Protege, sí, el derecho al debido proceso y la personalidad jurídica del sujeto, que se ven vulnerados con la ausencia de información por parte de la autoridad sobre la situación del detenido.

Una de las consecuencias sistemáticas de conceptualizar así el bien jurídico protegido es que el tipo del injusto en el delito de desaparición forzada es omisivo. Si bien el sujeto activo realiza comportamientos activos, lo hace porque son necesarios para privar a la víctima de su libertad —por ejemplo, una detención—, pero el delito de desaparición forzada se consumará cuando el servidor o funcionario público omita informar sobre la situación del detenido. Dicha omisión es, a la luz de la normativa supranacional, lo que ha de entenderse por desaparición *debidamente comprobada*.

Entender que el delito de desaparición forzada es un delito omisivo y, como tal, el sujeto activo ha de tener una posición de garante, facilita calificar como desaparición forzada cualquier omisión de información sobre la situación del detenido, que obstaculice la interposición de los recursos legales pertinentes para averiguar el paradero del detenido, sin tener en cuenta la legalidad o ilicitud de la detención. Para decirlo en otras palabras, es irrelevante si la detención del sujeto se produjo merced a un mandato judicial o si se trató de una detención arbitraria pues, en ambos casos, el sujeto asume el deber de preservar la integridad del detenido y, si es un funcionario o servidor público, asume también el deber de informar sobre su situación y paradero. Esto permite romper la absurda identidad de sujetos que el artículo 320 del Código Penal pareciera imponer entre quien lleva a cabo la detención y quien practica la desaparición —«el funcionario o servidor público que prive a una persona de su libertad, ordenando o ejecutando acciones que tengan por resultado su desaparición debidamente comprobada [...]»—, dado que aquella persona que

se limita a realizar la detención no comete todavía el delito de desaparición forzada, a no ser que haya actuado en régimen de coautoría con quien practica la desaparición y quepa la atribución recíproca de las contribuciones propias de la coautoría. Pero, por lo mismo, si el desvalor de acción en la desaparición forzada radica en la omisión del deber de garante del servidor o funcionario público de informar sobre la situación del detenido, el cumplimiento o incumplimiento de dicha obligación no depende de haber participado en la detención. Quien solo priva a otro de su libertad —y esta es una de las diferencias frente al delito de secuestro del artículo 152 del Código Penal— comete delito de secuestro; si, además, interviene sobre la base de un plan previo con otras personas que realizan la desaparición y se da el reparto de roles, serán coautores; y quien sin intervenir en la detención se limita a ejecutar la desaparición —es decir, a no cumplir con su deber de garante de informar— comete el delito de desaparición forzada.

Una de las críticas que se podrían esbozar contra la interpretación aquí defendida, en el sentido de que la desaparición forzada es un delito omisivo, es que sería necesario emplazar o requerir al funcionario público para que cumpla con su deber de informar sobre el paradero o la situación del detenido. Esa afirmación no es correcta. La obligación del funcionario público de informar nace antes de cualquier requerimiento o emplazamiento; se origina en el momento en que el sujeto adquiere el deber de garante que, para el caso de la desaparición forzada, es cuando, de manera regular o arbitraria, se priva de la libertad a otro y se asume el compromiso institucional de responder por la intangibilidad del sujeto detenido de conformidad con las reglas del debido proceso. Por lo expuesto, los casos en los que nadie se interesa ni pregunta por el desaparecido deben ser considerados también como casos de desaparición forzada.

Por lo mismo, la información visiblemente tardía sobre la ubicación o situación del detenido tendrá que ser interpretada también como incumplimiento del deber. Esto se justifica en la medida en que se trata de un derecho fundamental y de un delito de lesa humanidad. Es, en definitiva, una interpretación *pro homine*. Además, no hay que olvidar que cualquier deber de cualquier funcionario público solo se puede tener por cumplido cuando se respetan los plazos y las formas que la ley establece para su ejercicio. A partir de esto queda claro que los casos en que el desaparecido aparece, se encuentran sus restos, o se tiene información fidedigna que demuestra su muerte, presuponen también la comisión del delito de desaparición forzada. Siempre y cuando —claro está— la desaparición forzada haya precedido a la muerte.

El delito de desaparición forzada del artículo 320 del Código Penal es un delito especial, y su ejecución puede realizarse, únicamente, por un servidor o funcionario público. Esta característica, sin embargo, ha sido objeto de crítica. Así, la Comisión de la Verdad y Reconciliación consideró que este delito puede ser cometido no solo por agentes del Estado, sino también por quienes actúen con su autorización, apoyo o tolerancia, así como por particulares o miembros de organizaciones subversivas.²¹ El razonamiento sobre el cual descansa la propuesta de la CVR es totalmente coherente, debido a que la mayoría de desapariciones forzadas en nuestro país fueron cometidas durante un período en el cual existía una fuerte actividad subversiva. Todos los estudios realizados con referencia a las desapariciones forzadas durante ese lapso de tiempo concuerdan en precisar que estas no fueron realizadas únicamente por agentes del Estado, sino también por subversivos. De considerarse que únicamente pueden ser sujetos activos de este delito los funcionarios y servidores públicos, estaríamos ante un serio problema de tipicidad, que tendría como consecuencia la impunidad de algunos sujetos. Es a consecuencia de esto, y siempre tomando en cuenta la realidad social de nuestro país, que, *de lege ferenda*, este delito debería ser tipificado como uno común.

Según la normativa supranacional, así como la jurisprudencia nacional y la de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el delito de desaparición forzada es un delito permanente.²² Si por delito permanente se entiende el mantenimiento de un estado antijurídico por parte del autor del delito,²³ pareciera que el delito de desaparición forzada no sería, en estricto, uno permanente; pues la omisión en el cumplimiento del deber de informar sobre la suerte del desaparecido se verifica en un momento determinado. Si bien los efectos de dicha omisión se producen y extienden temporalmente mientras dure la desaparición, ello solo autoriza, desde el punto de vista dogmático, a calificar a este delito como delito de Estado, es decir, el reproche penal se orienta a la ejecución de un acto, y no al mantenimiento de la situación antijurídica.²⁴

²¹ COMISIÓN DE LA VERDAD Y RECONCILIACIÓN. *Informe Final*. Lima: CVR, 2003, t. VI, pp. 69 y ss.

²² Cf. artículo III Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas; artículo 17 de la Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas; Sentencia de la Sala Penal Nacional del 20 de marzo de 2006, expediente 111-04, Caso *Castillo Páez*.

²³ ROXIN, Claus. *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, t. 1, 3. Aufl. München: Nomos, 1997, § 10 n.m. 105.

²⁴ STREE, Walter, en Schonke y Schröder. *Strafgesetzbuch Kommentar*, 26. Aufl., München, 2001, § previo al 52 n.m. 82.

Considerar la desaparición forzada como delito de Estado, en realidad, en nada cambia la situación, pues seguirá beneficiándose, en tanto delito de lesa humanidad, de la imprescriptibilidad de la acción penal.²⁵ Lo cual, al menos en nuestro medio, se ve refrendado con el reconocimiento por parte del Tribunal Constitucional del derecho a la verdad como derecho fundamental.²⁶ El que se trate de un delito de Estado y no permanente tampoco altera la intervención delictiva, ya que, si bien en caso se le considerase delito permanente podría sancionarse a todos los que intervienen hasta antes de que la permanencia cese —antes de la consumación—, podrá alcanzarse idéntico resultado, aunque por otro camino, si se le considera delito de Estado. Serán responsables todos los que teniendo el deber de informar, omitan hacerlo.

5. Tortura

El delito de tortura es, para el derecho internacional humanitario, una modalidad de trato cruel, inhumano o degradante. Como tal, consiste en causar intencionalmente dolor o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, a una persona que se tenga bajo custodia o control, sin que se reputen como actos de tortura el dolor o sufrimiento derivados únicamente de sanciones lícitas o que sean consecuencia normal o fortuita de ellas —artículo 7.2.e. del Estatuto de Roma—. Esta definición de tortura —amplia y genérica, que no se circunscribe a agentes del Estado— permite interpretar que no solo desde el Estado se puede torturar. En esta línea, la CVR ha entendido que, con ocasión del conflicto armado que atravesó nuestro país, los actos de tortura provinieron de todas las partes involucradas. La diferencia radicaría en los fines perseguidos; mientras que la tortura practicada desde el Estado tenía como objetivo obtener información, confesiones, autoincriminaciones o incriminaciones a terceros, la ejercida por los delincuentes terroristas buscaba castigar, intimidar o acceder a información.²⁷

La tortura se encuentra proscrita en una serie de instrumentos internacionales, entre los que destacan la Declaración Universal de los Derechos Humanos —artículo 5— y el Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos

²⁵ Más aún con la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad, suscrita por el Perú.

²⁶ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Expediente 2488-2002-HC/TC. Sentencia del 18 de marzo de 2004.

²⁷ COMISIÓN DE LA VERDAD Y RECONCILIACIÓN. *Informe Final*, t. VI, pp. 207 y ss. y 225 y ss.

—artículo 7: «nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes»—. Otros instrumentos internacionales ofrecen una definición más detallada de la tortura. Así, la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes,²⁸ la define como «todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia», y la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura²⁹ la define como «todo acto realizado intencionalmente por el cual se inflijan a una persona penas o sufrimientos físicos o mentales, con fines de investigación criminal, como medio intimidatorio, como castigo personal, como medida preventiva, como pena o con cualquier otro fin. Se entenderá también como tortura la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica.

Las mencionadas convenciones estipulan, también, la obligación de los Estados parte de adoptar medidas legislativas, administrativas, judiciales o de otra índole eficaces para impedir los actos de tortura y, al igual que el Estatuto de Roma, no reputan como tortura los dolores o sufrimientos mentales o físicos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a estas.

El artículo 321 del Código Penal conceptúa el delito de tortura estipulando que «el funcionario o servidor público o cualquier persona, con el consentimiento o aquiescencia de aquél, que inflija a otros dolores o sufrimiento graves, sean físicos o mentales, o lo someta a condiciones o métodos que anulen su personalidad o disminuyan su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o aflicción psíquica, con el fin de obtener de la víctima o de un tercero una confesión o información, o de castigarla por cualquier hecho que haya cometido o se sospeche que ha cometido, o de intimidarla o de coaccio-

²⁸ Ratificada por el Estado peruano el 7 de julio de 1988. Entró en vigencia el 6 de agosto de 1988.

²⁹ Ratificada por el Estado peruano el 27 de febrero de 1990. Entró en vigor para el Perú el 28 de abril de 1991.

narla, será reprimida con pena privativa de libertad no menor de 5 ni mayor de 10 años. Si la tortura causa la muerte del agraviado o le produce lesión grave y el agente pudo prever este resultado, la pena privativa de libertad será respectivamente no menor de 8 ni mayor de 20 años, ni menor de 6 ni mayor de 12».

En la medida en que se encuentra incluido en el título de delitos contra la humanidad y según lo dicho anteriormente —véase el apartado *Concepto de delito de lesa humanidad*—, la tortura será un delito de lesa humanidad siempre y cuando se trata de un ataque generalizado o sistemático, y se pueda afirmar la intervención del Estado mediante su tolerancia, participación o aquiescencia.

Según lo dispuesto por el Código Penal y, desde el punto de vista de la tipicidad positiva objetiva, el delito de tortura presenta dos modalidades. La primera está referida a infligir dolores o sufrimientos graves, físicos o mentales, y la segunda, a someter a otro a condiciones o métodos que anulen su personalidad o disminuyan su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o aflicción psíquica.

En cuanto a la primera modalidad, por dolor se ha de entender una sensación molesta y aflictiva de una parte del cuerpo por causa interior o exterior,³⁰ y por sufrimiento cualquier padecimiento, dolor o pena.³¹ Los dolores y sufrimientos pueden ser físicos o mentales, lo que se condice con la costumbre jurídica de equiparar como medios delictivos la violencia física y la mental. En efecto, mientras que el dolor o sufrimiento físico hace alusión al padecimiento corporal, el mental se refiere a una amenaza o intimidación, siendo ambos idénticos desde el punto de vista normativo. Con esto no se pretende afirmar que los dolores o sufrimientos físicos constituyan *vis absoluta*, ya que esta se tiene como causa que elimina la acción en términos jurídico-penales.³² Caso contrario se incurriría en el sinsentido de supeditar la tipicidad de la tortura a que el dolor o sufrimiento físico sea de tal intensidad que la víctima no tenga capacidad de controlar voluntariamente su comportamiento, con lo

³⁰ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Diccionario de la lengua española*, primera acepción. En <<http://buscon.rae.es/draeI>>.

³¹ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Diccionario de la lengua española*, segunda acepción. En <<http://buscon.rae.es/draeI>>.

³² JESCHECK, Hans y Thomas WEIGEND. *Tratado de derecho penal. Parte general*. Granada: Comares, 2002, § 23.IV.2.a; WESSELS, Johannes y Werner BEULKE. *Strafrecht, Allgemeiner Teil*. 32. Aufl. Heidelberg: C. F. Müller Verlag, 2002, n.m. 97.

cual ni siquiera estaría en capacidad de confesar o brindar información al torturador. Lo lógico es que el dolor o sufrimiento físico, si bien ha de ser grave, debe permitir a la víctima confesar o brindar la información que pretende el sujeto activo.

Hace bien el Código Penal en no mencionar qué dolores o sufrimientos físicos o mentales podrán reputarse como típicos. Se deja así en plena libertad al intérprete para que, en la medida en que se trata de un dolor o sufrimiento grave, lo incluya como medio de tortura.

Llama la atención, no obstante, que los dolores o sufrimientos, sean físicos o mentales, tengan que ser graves, pues si hay dolores o sufrimientos graves es porque existen también dolores y sufrimientos leves que, a la luz de la literalidad del artículo 321 del Código Penal, no serían típicos. La inclusión del adjetivo «grave» para calificar los dolores o sufrimientos puede provocar distorsiones político-criminales: al no tenerse un criterio legal que permita distinguir un dolor o sufrimiento grave de uno leve, podría sugerirse una asimilación al delito de lesiones. En efecto, el delito de lesiones graves —artículo 121 del Código Penal— se diferencia del de lesiones leves —artículo 214—, básicamente, por el daño ocasionado a la integridad psicofísica —poner en peligro inminente la vida de la persona, mutilar o hacer inapropiado para su fin un órgano o miembro principal del cuerpo o toda lesión que requiera treinta o más días de asistencia o descanso—. Con arreglo a ello, se podría interpretar que si la tortura no genera una lesión grave en el sujeto torturado, no se tratará de un dolor o sufrimiento grave. Tal interpretación, empero, debe ser descartada pues la diferencia entre una lesión grave y una leve se basa en su idoneidad para menoscabar el bien jurídico protegido en el delito de lesiones, que es la integridad psico-física. Por lo indicado, el criterio que se debe seguir para determinar cuándo un dolor o un sufrimiento es grave y, por ende, establecer si califica como medio para cometer el delito de tortura, es el de idoneidad. En otros términos, implica comprobar si el dolor o sufrimiento infligido al sujeto pasivo es idóneo para que el sujeto activo consiga los fines que se propone, a saber, obtener de la víctima o de un tercero una confesión o información, castigarla, intimidarla o coaccionarla.

El criterio de idoneidad habrá de ser así entendido en su acepción objetiva-subjetiva. En un primer momento se valorará si el dolor o sufrimiento infligido es, *per se*, suficiente para alcanzar los objetivos propuestos y, en un segundo momento, el dolor o sufrimiento se analizará en relación con la capacidad de resistencia de la víctima —por ejemplo, el grado de resistencia de un solda-

do no es el mismo que el de una mujer mayor—. Este juicio de idoneidad presenta la ventaja de evitar que un dolor o sufrimiento que no tipifica como delito de lesiones graves, sino como lesiones leves o, incluso, como falta contra la persona —artículo 441 del Código Penal— pueda, no obstante, ser considerado como medio típico de tortura al ser idóneo para obtener de la víctima o de un tercero una confesión o información, castigarla, intimidarla o coaccionarla. Por lo demás, la interpretación propuesta se condice con la autonomía que ha de tener el delito de tortura, como delito de lesa humanidad, frente a las lesiones, como delito contra un bien jurídico individual. Y sirve, además, para descartar los abusos o excesos en que pudiera incurrir la autoridad, que deberán ser tipificados como delitos contra el cuerpo y la salud, libertad o como delito de abuso de autoridad.

La segunda modalidad del delito de tortura —que consiste en someter a otro a condiciones o métodos que anulen su personalidad o disminuyan su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o aflicción psíquica— tiene, también, que interpretarse de conformidad con el criterio de idoneidad. En otras palabras, será un medio para cometer el delito de tortura cualquier método o condición al que se someta a la víctima que resulte idónea para obtener de ella o de un tercero una confesión, información, o para castigarla, intimidarla o coaccionarla.

Es adecuado que, en esta segunda modalidad, no se exija la *causación* de un dolor físico o una aflicción psíquica a la víctima, habida cuenta que; por un lado, dichos supuestos se subsumen en la primera modalidad delictiva y; por otro, que se extiende el ámbito de aplicación del delito de tortura al comprenderse en él los casos en que, por una u otra razón, no se infligen dolores o sufrimientos físicos o psíquicos.

Aunque el Código Penal no lo diga, el escenario natural de una tortura como delito de lesa humanidad —ataque generalizado o sistemático y que responda a un plan o patrón— será una detención, regular o arbitraria, y el ambiente en el cual se lleva a cabo: bases, cuarteles militares, centros de reclusión transitorios, comisarías, jefaturas policiales, o direcciones o jefaturas contra el terrorismo.³³ En la medida en que el autor sea un funcionario o servidor público, o cualquier persona que actúe con su consentimiento o aquiescencia, la actuación del sujeto como funcionario público se dará, normalmente, en aque-

³³ Cf. COMISIÓN DE LA VERDAD Y RECONCILIACIÓN. *Informe Final*, t. VI, p. 236.

llos casos en los que por su rol de funcionario o servidor público tenga la posibilidad de obtener de una persona una confesión o información, o de castigarla, intimidarla o coaccionarla. Que en la mayoría de supuestos sea así, no implica que el delito de tortura presuponga, siempre y en todos casos, una detención.

De esto se sigue que, si los grupos terroristas o sediciosos que se valen de actos de tortura para intimidar, castigar u obtener información no son funcionarios públicos ni actúan con el consentimiento o aquiescencia de estos, difícilmente podrá atribuírseles la comisión del delito de tortura, al menos mientras permanezca la actual regulación.

El delito de tortura es un delito doloso, y la modalidad culposa es atípica. El dolo, como en cualquier otro delito, significa conocimiento por parte del sujeto activo de que su comportamiento pone en peligro el bien jurídico —el conocimiento del comportamiento típico—. ³⁴ Esto significa, para el tipo penal de tortura, que el sujeto activo conoce que inflige dolores o sufrimientos a la víctima, o que conoce que somete a otro a condiciones o métodos que anulan su personalidad o disminuya su capacidad física o mental.

Las posibilidades de apreciar un error de tipo son prácticamente nulas, pues se debe considerar que forman parte de los llamados *conocimientos mínimos*³⁵ y, en consecuencia, resultan atribuibles a cualquier persona imputable el conocimiento de que, por ejemplo, cualquiera de los siguientes actos producen dolores físicos graves: «golpear al detenido con un calcetín lleno de arena que, al impactar en la espalda, hace que expulse todo el aire sin dejar huellas»;³⁶ «introducir a una persona con los pies y manos atados y en posición de cabeza a tierra en un cilindro con líquido mezclado con sustancias tóxicas como detergente, lejía, kerosene, gasolina, agua sucia con excrementos u orines varias veces [...] produciendo ahogamiento, ardor en los ojos, garganta y un dolor intenso en los pulmones»;³⁷ «colocar a la víctima envuelta totalmente con un trapo de manera que no podía moverse y luego era sumergida al agua»;³⁸ «colocar al capturado en una cama metálica o silla a los que se había instalado cables de electricidad y se le rociaba agua»;³⁹ «violar la libertad sexual

³⁴ JAKOBS, Günther. *Derecho penal. Parte general*. Madrid: Marcial Pons, 1997, pp. 312 y ss.; BACIGALUPO, Enrique. *Derecho penal. Parte general*. Lima: ARA Editores, 2004, pp. 304 y ss.

³⁵ RAGUÉZ Y VALLÉS, Ramón. *El dolo y su prueba en el proceso penal*. Barcelona: Bosch, 1999, pp. 379 y ss.

³⁶ Testimonio 700045. COMISIÓN DE LA VERDAD Y RECONCILIACIÓN. *Informe Final*, t. VI, pp. 256 y ss.

³⁷ Testimonio 732008. COMISIÓN DE LA VERDAD Y RECONCILIACIÓN. *Informe Final*, t. VI, pp. 256 y ss.

³⁸ Testimonio 100063. COMISIÓN DE LA VERDAD Y RECONCILIACIÓN. *Informe Final*, t. VI, pp. 256 y ss.

³⁹ Testimonio 700287. COMISIÓN DE LA VERDAD Y RECONCILIACIÓN. *Informe Final*, t. VI, pp. 256 y ss.

de un detenido».⁴⁰ Asimismo, resulta atribuible a cualquier persona imputable el conocimiento de que, por ejemplo, «amenazar de muerte, fingiendo una eminente ejecución»⁴¹ o «introducir en un helicóptero al detenido, después de varios minutos de vuelo le quitan la venda [...] es lanzado del helicóptero hacia el vacío y suspendido por espacio de media hora»,⁴² si bien no conlleva necesariamente un dolor físico o una aflicción psíquica, es un método que disminuye su capacidad física o mental.

El tipo de lo injusto del delito de tortura contiene un elemento subjetivo distinto de dolo de tendencia interna trascendente, configurado por el objetivo que persigue el sujeto activo con los actos de tortura. En puridad de términos, son tres las intenciones que prevé el Código Penal: a) obtener de la víctima o de un tercero una confesión o información, b) castigar a la víctima por cualquier hecho que haya cometido o se sospeche que ha cometido; y, c) intimidar o coaccionar a la víctima. Para afirmar la tipicidad del comportamiento es suficiente que concorra solo una de ellas. Como intenciones con las que debe actuar el sujeto activo, no se precisa que las alcance u obtenga; no son resultados materiales. Por lo tanto, cualquiera de estas intenciones puede ser el móvil con que actúe el sujeto en cualquiera de las dos modalidades típicas del delito de tortura. Para ilustrarlo con un ejemplo, será tortura infligir dolores físicos graves con el propósito de que la persona reconozca su participación en un delito que ha cometido, aun cuando este no confiese o declare en tal sentido.

En cuanto al círculo de autores, el artículo 321 del Código Penal prevé la posibilidad de que sean funcionarios o servidores públicos, así como particulares, siempre y cuando actúen con el consentimiento o aquiescencia del funcionario o servidor público. En este último caso, la responsabilidad de la autoridad pública no queda descartada y puede ser calificado como coautor o autor mediato. Es posible, incluso, calificarlo como autor mediato en virtud del dominio de la organización.⁴³ Puede, también, responder como cómplice aunque tal calificación no se corresponderá con el desvalor de acción que representa la vulneración del deber funcional.

⁴⁰ Testimonio 100205. COMISIÓN DE LA VERDAD Y RECONCILIACIÓN. *Informe Final*, t. VI, pp. 256 y ss.

⁴¹ Testimonio 100001. COMISIÓN DE LA VERDAD Y RECONCILIACIÓN. *Informe Final*, t. VI, pp. 256 y ss.

⁴² Testimonio 202604. COMISIÓN DE LA VERDAD Y RECONCILIACIÓN. *Informe Final*, t. VI, pp. 256 y ss.

⁴³ MEINI, Iván. «La autoría mediata en virtud del dominio sobre la organización». *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*, 4, 2003, pp. 261 y ss.

Precisamente, para evitar situaciones político-criminales no deseables en orden a la sanción que se debe imponer a los funcionarios públicos y diferenciarla de la que ameritan los particulares, en el derecho comparado —en España, por ejemplo— se aprecia una tendencia a regular el delito de tortura como una especie del género «trato degradante» o «contra la integridad moral». Se tipifica la tortura como delito especial impropio, y se limita la posibilidad de su comisión a título de autor solo a los funcionarios públicos, lo que no impide la intervención y posterior sanción como cómplices de particulares. La responsabilidad a título de autor de los particulares se reserva así para el resto de casos de delitos de «trato degradante» o «contra la integridad moral». De esta manera, siendo la tortura un delito especial impropio, el elemento *control estatal* estará siempre presente, lo que a su vez permite preservar la naturaleza jurídica del delito de tortura como crimen de lesa humanidad.⁴⁴

El tipo penal de tortura contempla una circunstancia agravante: si causa la muerte del agraviado o le produce lesión grave y el agente pudo prever este resultado, la pena privativa de libertad será respectivamente no menor de ocho ni mayor de veinte años, ni menor de seis ni mayor de doce. La previsión de esta agravante en los términos transcritos solo permite interpretar que si el agente «pudo prever» el resultado es porque no lo conoció, lo que equivale a decir que no actuó con dolo. Y si se quiere evitar incurrir en responsabilidad objetiva —proscrita por el artículo VII del Título Preliminar del Código Penal—, se tendrá que afirmar que el sujeto se condujo con imprudencia, lo que implica que le resultaba exigible prever el resultado de muerte o lesión grave. Se trata, en definitiva, de un concurso ideal entre el delito de tortura y el de homicidio culposo, o entre el de tortura y el de lesiones graves culposas que, regulado expresamente en la Parte especial del Código Penal, evitar tener que acudir a la regla general del artículo 48.

Debido a la naturaleza del delito de tortura así como a los móviles con que ha de actuar el sujeto activo, la tortura precederá normalmente al delito de desaparición forzada o al de ejecución extrajudicial —homicidio simple o asesinato—, y sucederá con frecuencia al de secuestro. Podrá entrar en concurso con delitos como la violación de la libertad sexual que se utilicen como medio para infligir dolores o sufrimiento graves, o que constituyan condiciones o métodos que anulen la personalidad del sujeto o disminuyan su capaci-

⁴⁴ TAMARIT SUMALLA, Josep Ma. En Gonzalo Quintero Olivares (dir.). *Comentarios a la parte especial del derecho penal*, p. 264 y s.

dad física o mental, aunque no causen dolor físico o aflicción psíquica. Podrá tratarse de un concurso aparente de leyes si el medio utilizado para torturar es el delito de lesiones, pues su desvalor de acción y resultado quedan aprehendidos en el desvalor de acción y de resultado de la tortura, al ser aquel un medio idóneo para causar a otros dolores o sufrimiento físicos graves.

6. Ejecuciones extrajudiciales

Como se sabe, el delito de ejecución extrajudicial no está tipificado en nuestro ordenamiento jurídico penal. Dicha omisión se justificaría en la medida en que los comportamientos que en doctrina se califican como ejecución extrajudicial, pudiesen ser reconducidos a tipos penales que la legislación nacional prevé. Pero ello, para que no sea una respuesta simbólica, debería garantizar; por un lado, que todos —y no solo algunos, ni siquiera la mayoría— de los supuestos de ejecución extrajudicial pudiesen ser reconducidos a algún tipo penal y; por otro lado, que la sanción con la que se conmina a dichos tipos penales, constituya una respuesta proporcional al desvalor de acción y de resultado de un comportamiento de ejecución extrajudicial. Sin perjuicio de volver sobre ello, se puede adelantar que la imprevisión de un tipo penal que sancione expresamente la ejecución extrajudicial y, por ende, la necesidad de tener que acudir al tipo de homicidio calificado o asesinato —artículo 108 del Código Penal—, es, si bien no una laguna de impunidad, sí una respuesta que no logra aprehender en su verdadera dimensión el reproche sacionormativo que genera la ejecución extrajudicial.

De hecho, esa es la razón por la cual la Organización de las Naciones Unidas estableció, en 1989, que los Estados —dentro de los cuales se encuentra el Perú— deberían regular de manera autónoma este delito en sus legislaciones internas. Esta encomienda se condice con lo previsto en el artículo 3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en el artículo 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos —que se pronuncian sobre el derecho a la vida que tiene toda persona y declaran expresamente que nadie puede ser privado de ella arbitrariamente— y en los artículos 7.1.a y 8.2.c.i. del Estatuto de Roma. Según una interpretación consensuada, el respeto por el derecho a la vida se debe procurar también en situaciones excepcionales.

Según la CVR, la ejecución extrajudicial es el homicidio individual o colectivo perpetrado por agentes del Estado, particulares, grupos paramilitares u

otras fuerzas que actúan bajo el control u orden de un gobierno, con su complicidad, tolerancia, aquiescencia, fuera de un proceso judicial.⁴⁵ A partir de esta definición, se entiende que la ejecución extrajudicial se compone de los siguientes elementos:

- a) Se trata de un atentado contra la vida humana independiente, que bien puede tener como víctima a una sola persona o a un colectivo. Es irrelevante la existencia o no de vínculos —ideológicos, sanguíneos, políticos, culturales— entre los miembros del colectivo. Este primer elemento induce a pensar que la ejecución extrajudicial, al no estar prevista en el Código Penal, bien podría ser reconducida a los tipos penales que protegen la vida humana independiente —artículo 106 del Código Penal y siguientes—, precisándose que, si existe más de una víctima, se tendrá que aplicar las reglas que informan el concurso ideal —artículo 48— y real —artículo 50—, así como las del delito continuado —artículo 49—.
- b) En cuanto al sujeto activo, si bien la ejecución extrajudicial puede ser cometida por cualquier persona —un particular o un funcionario público—, se aprecia la concurrencia de un elemento que hace alusión a la presencia del control «oficial» o «gubernamental» —agentes del Estado, particulares, grupos paramilitares u otras fuerzas que actúan bajo el control u orden de un gobierno, con su complicidad, tolerancia, aquiescencia—. Ello cobra sentido si se recuerda que, al ser la ejecución extrajudicial un delito de lesa humanidad, es precisamente el control «oficial» o «gubernamental» lo que permite distinguir este delito de un delito común contra la vida humana independiente. En otras palabras, al cometerse la ejecución extrajudicial con el aval, tolerancia, participación o aquiescencia del poder público, cuando no con la intervención directa de agentes del Estado, lo normal será que dichas ejecuciones se enmarquen en un plan o patrón que responda a una directiva estatal o gubernamental. Esto, a su vez, facilita aceptar que las ejecuciones se perpetrarán de manera generalizada y sistemática.
- c) En tercer lugar, la ejecución extrajudicial tiene la particularidad de realizarse al margen de un procedimiento judicial. Esta característica «ajenidad al proceso judicial» no significa que resulte posible ejecutar a una persona en el marco de un proceso judicial regular —eso, en todo caso,

⁴⁵ COMISIÓN DE LA VERDAD Y RECONCILIACIÓN. *Informe Final*, t. vi, pp. 142 y ss.

tiene que ser tratado a la luz de la prohibición o permisión de la pena de muerte— sino que, por el contrario, la decisión final sobre el destino del sujeto se toma sin tener en cuenta las reglas que exigen que cualquier tipo de sanción se imponga en el marco de un proceso judicial, con la sumisión a las garantías que informan el debido proceso y, por ende, el respeto de los derechos del procesado. Esto es compatible con el hecho de que la ejecución extrajudicial se comete al margen de un proceso judicial, precisamente, para garantizar la eliminación del sujeto; pues si fuese llevado a juicio, su suerte, podría ser una condena pero no su eliminación, desaparición o exterminio.

En esta línea, y teniendo en cuenta la definición analizada, parece claro que la ejecución extrajudicial es utilizada por el Estado como instrumento para-legal de lucha contra personas o grupos que, con o sin legitimidad, representan un riesgo para su estabilidad o continuidad.

De lo señalado, se desprende que la ejecución extrajudicial puede ser tipificada como homicidio calificado. Ello, sin embargo, no impide llamar la atención de que, pese a que la ejecución extrajudicial sea un atentado contra la vida humana independiente y, por lo tanto, tenga sentido que, para colmar la laguna que representa su no previsión en el Código Penal, se reconduzcan dichos casos al asesinato, la ejecución extrajudicial es algo más que un asesinato. Eso se concluye si se revisa el artículo 108 del Código Penal.

La modalidad de asesinato que más se podría asemejar a la ejecución extrajudicial es la contemplada en el artículo 108.2: «matar a otro para facilitar u ocultar otro delito». El resto de modalidades consiste en matar por ferocidad, lucro o placer —artículo 108.1—; con gran crueldad o alevosía —artículo 108.3—; y, por fuego, explosión, veneno o por cualquier otro medio capaz de poner en peligro la vida o salud de otras personas —artículo 108.4—. Es cierto que una ejecución extrajudicial puede ser perpetrada con gran ferocidad o crueldad, o utilizando algún medio idóneo para poner en riesgo la vida o la salud de las personas, pero tales características no son propias ni inherentes a la ejecución extrajudicial. En todo caso, la historia nos enseña que, al ser un mecanismo clandestino de exterminio, será frecuente que suceda a un delito de secuestro, desaparición forzada, tortura, violación de la libertad sexual o lesiones, se configure así la modalidad del artículo 108.2 del Código Penal de matar para ocultar otro delito. Aunque menos frecuente, cabe también imaginarse la posibilidad de que la ejecución extrajudicial anteceda a otro delito,

como, por ejemplo, al delito de genocidio, por lo que pudiera ser calificada de asesinato merced a la modalidad del artículo 108.2, de matar para facilitar otro delito.

Pese a lo anterior, nada impide reconocer que existen casos de ejecuciones extrajudiciales que se cometen sin que el autor pretenda con ellos ocultar o facilitar otros delitos, por lo que es imposible tipificar tales supuestos como asesinato. En estos casos, la alternativa será reconducirlos al tipo básico del homicidio. Pero ello, aun cuando evita la impunidad, deja abierta una laguna de agravación, ya que la sanción del homicidio simple del artículo 106 del Código Penal —pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de veinte años— resulta manifiestamente desproporcionada, por benévola, para un caso de ejecución extrajudicial. Se requiere la tipificación del delito de ejecución extrajudicial en términos como los propuestos por la CVR.

Lo dicho en el párrafo previo no obsta a reconocer que, siendo los sujetos activos de la ejecución extrajudicial agentes del Estado, serán, por lo general, funcionarios o servidores públicos. Queda así expedita la aplicación de la cláusula contenida en el artículo 46-A del Código Penal, que a la letra, y para lo que aquí interesa, señala: «constituye circunstancia agravante de la responsabilidad penal si el sujeto activo se aprovecha de su condición de miembro de las Fuerzas Armadas, Policía Nacional, autoridad, funcionario o servidor público, para cometer un hecho punible o utiliza para ello armas proporcionadas por el Estado o cuyo uso le haya autorizado por su condición de funcionario público. En estos casos el juez penal aumentará la pena hasta en un tercio por encima del máximo legal fijado para el delito cometido [...]».

El artículo 46-A del Código Penal es, tal como su literalidad explícita, de obligatoria aplicación, siendo facultad del juez el *quantum* de la agravación —puede ser, como máximo, un tercio de la pena conminada y, como mínimo, un día—. La razón es, hasta cierto punto, elemental: si el autor del delito se aprovecha de su cargo de funcionario o servidor público para cometer el delito, al desvalor de acción del delito cometido habrá que añadirle el desvalor que significa la vulneración del deber funcional. Lo contrario sería pasar por alto el principio de culpabilidad y de proporcionalidad que, al proscribir penas que no se condigan con el reproche sacionormativo del comportamiento realizado y exigir que la pena sea por un acto propio, prohíben, como toda agravación arbitraria, cualquier atenuación injustificada. En esta idea ahonda al reparar que el propio artículo 46-A *in fine* señala que la agravación de la pena no se aplicará «cuando la circunstancia agravante —el aprovechamien-

to del cargo de funcionario o servidor público— esté prevista al sancionar el tipo penal o cuando ésta sea elemento constitutivo del hecho punible». En otras palabras, se prohíbe, por el *ne bis in idem*, la doble desvaloración de la lesión del deber funcional que representa el aprovechamiento de la función pública para delinquir. Luego, si queda vedada la doble desvaloración de la lesión del deber funcional es porque se reconoce su relevancia penal cuando ocurre. Para decirlo con un ejemplo, una ejecución extrajudicial tipificada como homicidio simple podría recibir una pena máxima de veintiséis años y ocho meses.

Aun cuando se aplique el artículo 46-A en los casos de ejecuciones extrajudiciales tipificadas como delitos contra la vida humana independiente, el límite, en la práctica, lo constituye la imposibilidad de aumentar la pena por encima de treinta y cinco años, tope temporal de la pena privativa de libertad. De esta manera, los casos de ejecuciones extrajudiciales que se reconduzcan al tipo penal de asesinato podrían no tener una sanción proporcional, pues el máximo de pena del artículo 108 es, precisamente, treinta y cinco años.

Otra forma de paliar los problemas penológicos que suscita la no tipificación del delito de ejecución extrajudicial en nuestro ordenamiento jurídico, siempre y cuando la ejecución extrajudicial entre en concurso ideal o real con otro ilícito, aumentar la pena de conformidad con lo establecido en los artículos 48 y 50 del Código Penal, respectivamente.

Sin embargo, ni la aplicación del artículo 46-A ni las reglas concursales, últimamente modificadas, logran encubrir el criticable trasfondo político-criminal que representa la ausencia del delito de ejecución extrajudicial en nuestro Código Penal. A menos que se tipifique de manera autónoma, no se podrá aprehender en su integridad y verdadera dimensión el desvalor de acción y de resultado que encarna una ejecución extrajudicial.

La imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad y otras violaciones de derechos humanos

Wilfredo Pedraza

En general, la prescripción de la acción penal es la extinción de la potestad punitiva del Estado y resulta de una autolimitación del ejercicio del *ius puniendi*, regulado en nuestro país por el artículo 78 del Código Penal vigente.

Las formas de fundamentar la prescripción han sido diversas. El profesor español José María Rodríguez Devesa señala, por ejemplo, que:

[...] con el tiempo la pretensión punitiva se debilita y termina por considerarse inconveniente su ejercicio, tanto desde el punto de vista retributivo y de la prevención general como en relación con los fines resocializadores de la pena. Se destruyen también o se hacen difíciles las pruebas, dificultando la instrucción razonable de un proceso, y se producen cambios de personalidad del delincuente que pueden llegar a anular su energía criminal a consecuencia de los estragos físicos que ocasionan los años.¹

Por su parte, el profesor Juan Bustos Ramírez sostiene que la existencia de la prescripción se encuentra íntimamente ligada a la necesidad de la pena. Después de un determinado lapso se estima innecesaria la pena, no solo por razones de tipo preventivo-general o especial, sino también en virtud del propio concepto de *necesidad de la pena*.² Otros argumentos aluden a la extinción de los efectos antijurídicos del hecho y la alarma social producida, así como a la eliminación de un estado de incertidumbre en las relaciones jurídicas entre el delincuente y el Estado.³

¹ RODRÍGUEZ DEVESEA, José María. *Derecho penal español. Parte general*. Madrid: Dykinson, 1992, p. 681.

² Cf. BUSTO RAMÍREZ, Juan. *Manual de derecho penal. Parte general*. Barcelona: Ariel, 1989, p. 413.

³ Cf. MORILLAS CUEVA, Lorenzo. *Teoría de las consecuencias jurídicas del delito*. Madrid: Tecnos, 1991, p. 197.

Como se puede observar, a diferencia de otras causas de extinción de la acción penal que nuestro Código prevé —muerte del imputado, amnistía, derecho de gracia y cosa juzgada—, la prescripción tiene como rasgo predominante el transcurso del tiempo. El argumento de la temporalidad debe ir acompañado, necesariamente, por fundamentos basados en razones político-criminales.

Precisamente por ello, tanto nuestra legislación como el derecho comparado, no han previsto fórmulas temporales uniformes para la prescripción de todos los delitos. Por el contrario, razones de política criminal han llevado a establecer plazos diferenciados de prescripción en atención a la gravedad y magnitud de los hechos.⁴ Tal situación, evidencia que el solo paso del tiempo no dice mucho sobre el fundamento de la prescripción, si no va acompañado por motivaciones de carácter político-criminal que, finalmente, regulan el ejercicio del poder punitivo del Estado.

Es probable que, en la mayoría de delitos, el transcurso del tiempo aconseje la renuncia a la acción penal o a la imposición de una pena. Pero en otros casos la dimensión de los hechos y su profunda connotación social justifican perseguir el delito sin tener en consideración el tiempo transcurrido desde su comisión, aunque ello signifique afirmar una excepción al principio de legalidad respecto de la imprescriptibilidad de algunos delitos, lo que supondrá el inicio de un proceso penal, con independencia de que el ordenamiento nacional haya previsto un plazo perentorio para el ejercicio de la acción.⁵

1. La imprescriptibilidad en el derecho internacional

En el ámbito del derecho interno todos los delitos prescriben; en cambio, desde la perspectiva del derecho internacional de los derechos humanos, tal principio tiene excepciones. Y no se trata de una contradicción, sino de la aplicación sistemática de la ley. Por tanto, para saber si la imprescriptibilidad de

⁴ El artículo 80 de nuestro Código Penal dice: «La acción penal prescribe en un tiempo igual al máximo de la pena fijada por la ley para el delito, si es privativa de libertad. En caso de concurso de real de delitos, las acciones prescriben separadamente en el plazo señalado para cada uno. En caso de Concurso ideal de delitos, las acciones prescriben cuando haya transcurrido un plazo igual al máximo correspondiente al delito más grave. La prescripción no será mayor a veinte años. Tratándose de delitos sancionados con pena de cadena perpetua se extingue la acción penal a los treinta años. En los delitos que merezcan otras penas, la acción prescribe a los dos años. En casos de delitos cometidos por funcionarios públicos y servidores públicos contra el patrimonio del Estado o de organismos sostenidos por este, el plazo de prescripción se duplica».

⁵ Cf. INSTITUTO DE DEMOCRACIA Y DERECHOS HUMANOS DE LA PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ. *Procesamiento de violaciones de derechos humanos en el Perú: características y dificultades*. Lima: IDEHPUCP, 2006, p. 62.

algunos delitos tiene sustento jurídico debemos remitirnos a la propia ley penal que —como no puede ser de otra manera— está circunscrita al ámbito del derecho aplicable.

Sobre el particular, Federico Andreu-Guzmán⁶ señala que el derecho internacional es claro al definir la naturaleza de la ley penal aplicable: «se trata tanto de la legislación nacional como del Derecho internacional».⁷ Para demostrarlo, invoca el artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y el artículo 7 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, tratados que señalan que ninguna persona puede ser condenada por actos u omisiones que al momento de cometerse no fueran delitos «según el Derecho nacional o internacional». Además, cita a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, instrumento que si bien solo se refiere al «derecho aplicable», no está excluyendo al derecho internacional.⁸

En consecuencia, es claro que la ley penal aplicable está conformada tanto por el derecho interno como por el derecho internacional, y no porque lo recomiende la doctrina, sino porque los instrumentos internacionales invocados, particularmente el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así lo disponen.

Ahora bien, el inciso 1 del artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece que:

nadie podrá ser condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional», y consagra el principio de legalidad. Sin embargo, seguidamente, en su inciso 2 señala que «nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del Derecho reconocidos por la comunidad internacional.

⁶ ANDREU-GUZMAN, Federico. «Imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad versus irretroactividad de la ley penal: un falso dilema». En *Retos de la judicialización en el proceso de verdad, justicia, reparación y reconciliación*. Lima: Coordinadora Nacional de Derechos Humanos, 2003, p. 145.

⁷ FAÚNDEZ LEDESMA, Héctor. «La prohibición de leyes penales ex post facto». En *Administración de justicia y derecho internacional de los derechos humanos*. Caracas: Universidad Central de Venezuela, 1992, p. 361.

⁸ Al respecto, Faúndez Ledesma opina que «en lo concerniente a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el que esta se refiera solo al 'Derecho Aplicable' —sin excluir el Derecho internacional—, implícitamente está admitiendo el que uno u otro ordenamiento jurídico —el interno o el internacional— pueda tipificar delitos». FAÚNDEZ LEDESMA, Héctor. «La prohibición de leyes penales ex post facto».

Según Federico Andreu-Guzmán, se trata de una expresa excepción al principio de irretroactividad de la ley penal que:

tiene por objeto permitir el enjuiciamiento y castigo de actos reconocidos como criminales por los principios generales de Derecho internacional, aun cuando estos actos no estaban tipificados al momento de su comisión ni por el Derecho internacional ni por el Derecho nacional.⁹

En mi concepto, esta excepción permite la inaplicación de las disposiciones internas relacionadas con la prescripción de algunos delitos pues, de otro modo, no sería posible cumplir con la obligación estatal de investigar, procesar y castigar a los responsables de graves violaciones de derechos humanos, obligación que proviene del derecho internacional de los derechos humanos y que puede ser satisfecha solamente mediante un proceso penal en el que se investigue los hechos alegados, se procese a los presuntos responsables y se les imponga —de ser el caso— una sanción.¹⁰ Por ello, su invocación como base legal para afirmar la imprescriptibilidad de tales delitos no debiera ser objeto de controversia, salvo que —erradamente— se insista en la vigencia del derecho penal nacional, o se demande equivocadamente la implementación de las normas internacionales en el derecho interno,¹¹ ignorando que el artículo 55 de la Constitución Política del Estado ya dispone que «los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional», y que las normas relacionadas con los derechos humanos son autoejecutables —por lo que no requieren de una ley interna para ser aplicadas—.

Debemos recordar que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos fue ratificado por nuestro país en abril de 1978, y entró en vigor el 28 de julio del mismo año. Desde entonces, forma parte del derecho nacional y es de obligatorio cumplimiento.¹² Al respecto, Elizabeth Salmón y Fabián Novak, al referirse a la incorporación de los tratados en el derecho interno —basados

⁹ ANDREU-GUZMÁN, Federico. «Imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad versus irretroactividad de la ley penal: un falso dilema», p. 146.

¹⁰ Cf. COMISIÓN DE LA VERDAD Y RECONCILIACIÓN. *Informe Final*. Lima: CVR, 2003, t. VII.

¹¹ Sobre diversos problemas encontrados en la judicialización de las violaciones de derechos, cf. INSTITUTO DE DEMOCRACIA Y DERECHOS HUMANOS DE LA PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ. *Procesamiento de violaciones de derechos humanos en el Perú: características y dificultades*.

¹² Nótese que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos entró en vigor dos años antes del inicio del conflicto interno, hecho que debería problematizar menos su aplicación, pues, en este caso, no se trata del empleo retroactivo de la norma.

en artículo 15 de la Constitución—, señalan que nuestro sistema constitucional opta por su aplicación inmediata, y lo que implica que el Estado no requiere emitir acto adicional alguno de incorporación, sino que basta con que haya «celebrado» un tratado que se encuentre en vigor de acuerdo con sus propias disposiciones. Además, citan el artículo 3 de la ley 26647, Ley sobre Perfeccionamiento de Tratados que dispone que los tratados «entran en vigencia y se incorporan al Derecho nacional, en la fecha en que cumplan las condiciones establecidas en los instrumentos internacionales respectivos».¹³

Añaden, luego, que «nuestra Constitución [...], al establecer que los tratados celebrados por el Estado [...] forman parte del Derecho nacional, opta por un sistema de aplicabilidad inmediata que se acerca a una evidente y saludable comprensión monista¹⁴ de las relaciones entre el Derecho internacional y el Derecho interno».¹⁵

En consecuencia, es claro que el derecho aplicable está constituido por las normas internas y por el derecho internacional y que las disposiciones contenidas en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos —incluida la excepción al principio de legalidad— deben ser cumplidas en virtud del mandato constitucional. A ello debemos acotar que el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, ha establecido que «una parte no podrá invocar las disposiciones de su Derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado», y que su artículo 26 consagra el principio *Pacta sunt Servanda* conforme al cual: «todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe». Las disposiciones señaladas permiten la remoción de cualquier obstáculo —incluida la prescripción— que podría impedir el procesamiento de graves violaciones de los derechos humanos.

Por otro lado, una importante expresión del desarrollo del derecho internacional está contenida en la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad (en adelante, la Convención).¹⁶ El tratado internacional en mención fue promovido con el

¹³ SALMÓN, Elizabeth y Fabián NOVAK. «El derecho internacional y el derecho interno». En *Las obligaciones internacionales del Perú en materia de derechos humanos*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2000, p. 108.

¹⁴ La concepción monista postula la unidad entre el derecho internacional y el derecho interno. Por su parte, el dualismo sostiene su separación, y demanda la incorporación de la norma internacional en el sistema interno para su aplicación.

¹⁵ SALMÓN, Elizabeth y Fabián NOVAK. «El derecho internacional y el derecho interno», p. 111.

¹⁶ Adoptada por la Asamblea General de Organización de las Naciones Unidas en su resolución 2391 (XXIII) del 26 de noviembre de 1968, y entró en vigor el 11 de noviembre de 1970, de conformidad con el artículo VIII.

convencimiento de que la represión efectiva de tales crímenes es un elemento importante para prevenir su comisión, así como consolidar la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales. De esta manera, se pretendía superar definitivamente los obstáculos del derecho interno que impedían el procesamiento y castigo de los responsables de los crímenes de guerra y lesa humanidad. Antes de suscribirse la Convención, ninguna declaración solemne, instrumento o tratado había previsto estos aspectos de un modo expreso.

Casilda Rueda Fernández sostiene que el fundamento del interés por la imprescriptibilidad en el ordenamiento internacional encuentra su origen en la preocupación que suscitaba en la opinión pública mundial la aplicación de las normas del derecho interno relativas a la prescripción de los delitos ordinarios a los crímenes de guerra y a los crímenes contra la humanidad. Apunta que, en el ámbito normativo, el tema empezó a ser tratado después de la Segunda Guerra Mundial, pues tal principio no fue contemplado en el Estatuto del Tribunal de Núremberg; y que, años más tarde, fue objeto de estudio en el seno de las Naciones Unidas y en el Consejo de Europa, lo que dio como resultado la Convención, y, en un plano regional, la Convención del Consejo de Europa.¹⁷

De acuerdo con la Convención,¹⁸ son imprescriptibles, cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido, los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad cometidos en tiempo de guerra y de paz —según la definición dada en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg—, así como la expulsión por ataque armado u ocupación y los actos inhumanos debidos a la política de *apartheid* y el delito de genocidio definido en 1948 por la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, aun si esos actos no constituyeran una violación del derecho interno del país donde fueron cometidos.

Más recientemente, y como otra importante expresión del desarrollo del derecho internacional, el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional,¹⁹ en su artículo 29 dispuso que «los crímenes de la competencia de la Corte no prescriben».

¹⁷ Cf. RUEDA FERNÁNDEZ, Casilda. «Represión de los delitos de derecho internacional». En *Delitos de derecho internacional: tipificación y represión internacional*. Barcelona: Bosch, 2001, p. 167.

¹⁸ Nuestro país se adhirió a la Convención el 11 de agosto de 2003, mediante resolución legislativa 27998, y entró en vigor el 11 de noviembre del mismo año. La reserva formulada en la adhesión, en tanto desnaturaliza su objeto, carece de eficacia legal, en virtud del artículo 27 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados.

¹⁹ Fue ratificado por el Estado peruano el 10 de noviembre de 2001, y entró en vigor el 1 de julio de 2002.

2. La imprescriptibilidad en la Corte Interamericana de Derechos Humanos

La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en concordancia con el derecho internacional, ha asumido la tesis de imprescriptibilidad ante casos de graves violaciones de los derechos humanos. Así, en el caso *Chumbipuma Aguirre*, conocido como *Barrios Altos*,²⁰ señaló que:

[...] son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretenden impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el derecho internacional de los derechos humanos [...]

Recientemente, en el caso *La Cantuta*,²¹ la Corte indicó que:

[...] los hechos de La Cantuta, cometidos contra las víctimas ejecutadas extrajudicialmente o desaparecidas forzosamente, constituyen crímenes contra la humanidad que no pueden quedar impunes, son imprescriptibles y no pueden ser comprendidos dentro de una amnistía [...].

Agregó que «en cumplimiento de su obligación de investigar y en su caso sancionar a los responsables de los hechos, el Estado debe remover todos los obstáculos, de facto y de jure, que mantenga la impunidad, y utilizar todos los medios disponibles para hacer expedita la investigación y los procedimientos respectivos y así evitar la repetición de hechos tan graves como los presentes. El Estado no podrá argüir ninguna ley ni disposición de Derecho interno para eximirse de la orden de la Corte de investigar y, en su caso, sancionar penalmente a los responsables de la Cantuta».

²⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Barrios Altos vs. Perú*. Sentencia del 14 de marzo de 2001. Serie C, n.º 75.

²¹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso La Cantuta vs. Perú*. Sentencia sobre fondo, reparaciones y costas del 29 de noviembre de 2006. Serie C, n.º 162, párrafos 225 y 226.

3. La imprescriptibilidad en el Tribunal Constitucional

El Tribunal Constitucional también se ha pronunciado sobre la imprescriptibilidad de delitos que violenten gravemente los derechos humanos. Así, en el caso *Genaro Villegas Namuche*,²² resolvió que:

corresponde al Estado el enjuiciamiento de los responsables de crímenes de lesa humanidad y, si es necesario, la adopción de normas restrictivas para evitar, por ejemplo, la prescripción de los delitos que violenten gravemente los derechos humanos.

Además, en la sentencia emitida por el supremo intérprete de la Constitución en la demanda de la Defensoría del Pueblo sobre justicia militar²³ indica:

Asimismo, debe precisarse que están fuera del plazo de *vacatio sententiae* los procesos seguidos a militares por delitos contra los derechos humanos y, en general, todos aquellos que pueden considerarse como de lesa humanidad, toda vez que, por la materia, estos no son susceptibles de ser juzgados por los tribunales militares, cuya nueva organización justifica esa *vacatio sententiae*; y porque, como se ha señalado en la STC NO. 2488-2002-HC/TC, tienen la naturaleza de imprescriptibles.

Consideramos que ambas sentencias reflejan con claridad la postura del Tribunal Constitucional del Perú que, también, ha asumido la imprescriptibilidad de los delitos contra los derechos humanos.

4. La imprescriptibilidad en la jurisprudencia del Poder Judicial

La jurisprudencia nacional no ha sido uniforme en esta materia. Sin embargo, la Sala Penal Nacional, órgano jurisdiccional especializado en el juzgamiento de violaciones de los derechos humanos, en decisiones recientes, ha asumido el criterio de la imprescriptibilidad de los delitos contra la humanidad y ha sentado un importante precedente.

Un ejemplo lo constituye el denominado caso *Accomarca* —expediente 36-05-F—, donde uno de los inculpados dedujo una excepción de prescrip-

²² TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Expediente 2488-2002-HC/TC. Sentencia del 18 de marzo de 2004.

²³ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Expediente 0023-2003-AI/TC. Sentencia del 9 de junio de 2004. Párrafo 92.

ción, que el 9 de agosto de 2005 fue declarada fundada por el juez penal a cargo de la investigación, el que afirmó que los hechos imputados al procesado no estaban considerados por el Código Penal de 1924 —vigente en la época de los hechos— como delito de lesa humanidad, y, que la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, carecía de eficacia jurídica por cuanto no había sido implementada por el derecho interno, ni tenía prevista una sanción a pena privativa de libertad. La resolución fue apelada por el representante del Ministerio Público y por la parte civil.

La Sala Penal Nacional, mediante resolución del 25 de noviembre de 2005, revocó el auto apelado y declaró infundada la excepción de prescripción de la acción penal. En los fundamentos señalan que el hecho de procesar los actos como asesinato, «no implica en modo alguno negarle la condición de violaciones a los derechos humanos [...] la subsunción en tipos penales locales de ningún modo contraría ni elimina el carácter de crímenes contra la humanidad [...]». Añaden que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en las sentencias de los denominados caso *Barrios Altos* y caso *Bulacio* ha establecido que son inadmisibles las disposiciones de prescripción o cualquier otro obstáculo de derecho interno, mediante el cual se pretenda impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos. Finalmente, indican que la imprescriptibilidad se encuentra reconocida por la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad y resaltan que ninguna reserva o interpretación que contravenga su aplicación puede ser observada en virtud del principio *pacta sunt servanda*.

Como se puede notar, esta importante resolución no se limitó a aplicar el derecho interno para fundamentar la imprescriptibilidad sino que invocó instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos, jurisprudencia del Sistema Interamericano, e incluso del Tribunal Constitucional, cuyos fundamentos fueron reproducidos en otro paradigmático expediente, como es el caso *Cayara*, donde también declaró la imprescriptibilidad de los delitos investigados.

5. Conclusión

La imprescriptibilidad de los delitos contra la humanidad es una excepción al principio de legalidad que aparenta tensión entre la clásica interpretación positivista del derecho interno con las normas del derecho internacional. La

tensión es aparente puesto que la situación se resuelve aplicando la ley penal, integrada por ambos derechos.

Esta medida excepcional inspirada en el derecho internacional no debe suponer la implementación de procesos arbitrarios pues, si la necesidad de justicia es el motor de esta excepción, en nombre de ella, se debe también ofrecer al imputado las máximas garantías procesales y el respeto a los derechos fundamentales, como expresión de legitimidad democrática en un Estado de derecho. La imprescriptibilidad de los delitos contra la humanidad no tiene el simple propósito de facilitar una investigación, sino de posibilitar un acto de justicia material en casos que, por su trascendencia, no solo ofendieron al individuo, sino a toda la comunidad.

Finalmente, es importante precisar que si bien el derecho internacional habilita el principio de imprescriptibilidad, no se trata de una facultad irrestricta que pueda ser aplicable a un gran número de delitos. Todo lo contrario, se trata de una habilitación cerrada, limitada a los delitos contra la humanidad, cometidos en tiempo de paz o de guerra.

Notas sobre el derecho penal del enemigo y los derechos humanos*

Iván Meini

1. Introducción

En la discusión jurídico-penal de la actualidad, tal vez, el, así denominado, derecho penal del enemigo —*Freindstrafrecht*— sea el tema que más pasiones despierta y más controversias suscita entre sus seguidores y detractores.¹ A estos se les suele representar como garantistas y liberales; a aquellos se les cataloga de totalitarios y fascistas. Se llega así a proclamar que el derecho penal del enemigo legitima reacciones jurídico-penales no acordes con el respeto de los derechos fundamentales, propias de regímenes en donde las cuotas de democracia difícilmente alcanzan un nivel de aceptación. Hasta donde alcanzo a observar, sin embargo, el derecho penal del enemigo es una descripción de la realidad o, mejor dicho, un esfuerzo descriptivo de la forma como, a veces, los Estados reaccionan frente a cierto tipo de criminalidad grave. Como tal, el derecho penal del enemigo adolece de capacidad configurativa; es, en este sentido histórico, *avalorativo*.

No obstante, en tanto diagnóstico del comportamiento estatal, ofrece la posibilidad de confrontar la política-criminal que siguen los Estados con los estándares propios de un derecho penal liberal que pretenda garantizar la liber-

* Las presentes notas se limitan a ofrecer una aproximación general al derecho penal del enemigo y la protección penal de los derechos humanos, por lo que las citas utilizadas responden a dicho objetivo. Abundante material bibliográfico puede encontrarse en la contribución de GRACIA MARTÍN, Luis. «Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado derecho penal del enemigo». *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. En <<http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-02.pdf>> y en la precisa monografía de POLAINO-ORTS, Miguel. *Derecho penal del enemigo. Desmitificación de un concepto*. Lima, 2006.

¹ Cf. con múltiples referencias bibliográficas, GRACIA MARTÍN, Luis. «El trazado histórico iusfilosófico y teórico-político del derecho penal del enemigo». En *Homenaje al profesor doctor Gonzalo Rodríguez Mourullo*. Madrid: Thomson-Cívitas, 2005, pp. 447 y ss. Cf. también, GRACIA MARTÍN, Luis. «Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado derecho penal del enemigo».

tad. En otras palabras, si se mantiene la naturaleza descriptiva del derecho penal del enemigo se podría echar mano de una herramienta útil para denunciar los excesos en que incurren ciertos gobiernos en su afán por brindar seguridad en detrimento del respeto de los derechos de quienes consideran sus enemigos.

Adentrarse en el estudio del derecho penal del enemigo —categoría, por demás, en permanente construcción— implica algo más que el simple recurso de citar ejemplos de manual. Supone desentrañar de dónde proviene el término *enemigo* que se utiliza en derecho penal y qué significa ser enemigo. Esta interrogante, como se puede intuir, puede ser correctamente resuelta solo si se tiene en claro cuál es el fin de la pena; lo que, a su vez, presupone tomar postura sobre el concepto de persona y de Estado. La conjugación de estos elementos —Estado, persona, fin de la pena— ofrece un escenario idóneo para; primero, entender a qué se hace referencia cuando se alude al derecho penal del enemigo y; segundo, adoptar una posición respecto de él. Debe quedar claro, sin embargo, que no existe un único derecho penal del enemigo. Por eso, aun con las limitaciones de espacio, aquí se pretende seguir la evolución histórica del derecho penal del enemigo que, desde doctrinas funcionalistas, viene siendo repudiado —en mi concepto— no tanto por lo que dice sino por lo que se cree que dice. El resultado final será confrontar si las reacciones estatales que, en terreno de protección penal de los derechos humanos se dan, pueden ser consideradas manifestaciones del derecho penal del enemigo, y hasta qué punto dicha calificación las deslegitimaría.

2. El delincuente como ciudadano. Sobre el fin de la pena

El Estado y su ordenamiento jurídico persiguen posibilitar y asegurar la libertad de las personas, no en un sentido total y absoluto —lo que sería utópico—, sino en un nivel que permita a los ciudadanos desarrollarse como personas. La libertad, en lo que aquí interesa, no podría existir en una sociedad si es que no se organizara en derecho pues, en tal caso, se trataría de la libertad del más fuerte en detrimento de quien no lo es; en definitiva, de arbitrariedad y no de justicia. Por eso, solo mediante la limitación de las esferas de libertad en relación con los demás se puede garantizar su pleno e igualitario ejercicio. Este postulado, ciertamente genérico, permite entender que la lesión de intereses vitales de otro, cuando se comete un delito, trasciende al titular de dicho interés; no se perturba solo a él, se menoscaba, a la vez, el ordenamiento jurídico que, promovido y asegurado por el Estado, es un ordenamiento de libertad de

las personas. En este contexto, la pena sirve para el fortalecimiento y el mantenimiento del derecho como expresión de seguridad para la libertad de los individuos.² Formulado de otro modo: la pena cumple la función de mantener la vigencia de la norma jurídica como modelo de orientación de conductas. Consecuencia directa de ello es que la pena refuerza la idea colectiva de que nadie puede comportarse como el infractor —refuerza la conciencia jurídica y la confianza del ciudadano en el ordenamiento jurídico—.

Lo expresado en el párrafo anterior ha sido tenido en cuenta recientemente por un sector de la doctrina³ para advertir que el fin de la pena no puede agotarse en una mera descripción analógica del postulado de Hegel, en virtud de la cual, con la imposición de la sanción penal, el Estado comunica que la norma cuestionada por el infractor con su delito sigue teniendo vigencia en la sociedad y rigiendo las relaciones entre los ciudadanos. El complemento sería que, con la imposición de la pena, se asegurara la confianza de la sociedad en la norma. Se pasa así de un plano meramente comunicativo a uno cognitivo y real, pues mientras que lo primero —la vigencia de la norma— se puede afirmar con independencia de la pena que se aplique, la forma en que se haga y el tipo de Estado que la imponga, lo segundo únicamente podrá constarse ahí donde la pena logre realmente generar confianza en la sociedad frente al ordenamiento jurídico. Los casos en los cuales la colectividad toma la justicia *por su mano* son clara muestra de que la pena no cumple con su función cognitiva de generar confianza y fidelidad en el ordenamiento jurídico.⁴ Para resumir lo dicho hasta aquí: el *significado* de la pena es la contradicción de la negación de la vigencia de la norma por parte del delincuente; mientras que su *fin* sería la salvaguarda cognitiva en la sociedad de su vigencia.⁵ El fin

² Cf. PAWLIK, Michael. *Person, Subjekt, Bürger. Zur Legitimation von Strafe*. Berlín: Duncker und Humblot, 2004.

³ Fundamental Jakobs. En JAKOBS, Günther y Manuel CANCIO MELIÁ. *Derecho penal del enemigo*. Madrid: Civitas, 2003, pp. 21 y ss. También JAKOBS, Günther. «La pena estatal: significado y finalidad». *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*, 5, 2004, pp. 171 y ss., en especial, pp. 199 y ss. Con diferentes matices, FREUND, Georg. «Sobre la función legitimadora de la idea del fin en el sistema integral del derecho penal». En Georg Freund y Jürgen Wolter. *El sistema integral del derecho penal. Delito, determinación de la pena y proceso penal*. Madrid: Marcial Pons, 2004, pp. 91 y ss.; en especial, pp. 97 y ss.

⁴ Ciertamente, las razones en mérito a las cuales la sociedad no confía en el ordenamiento jurídico no se limitan a la función de la pena. El funcionamiento de las instancias de control —Ministerio Público, Poder Judicial, PNP, la cifra negra de la criminalidad, la corrupción, etcétera— son determinantes en este análisis. Sin embargo, lo que se quiere decir cuando se habla de confianza en el ordenamiento jurídico es, en mi concepto, si las personas tienen fundadas razones para creer que el resto no solo *no debe* comportarse como la norma penal prohíbe, sino si creen que *no se comportarán* como la norma proscribire.

⁵ Cf. JAKOBS, Günther. «La pena estatal: significado y finalidad», p. 200.

de la pena se verifica, más que en el infractor como individuo, en la sociedad como colectivo.

El razonamiento acabado de condensar significa que el infractor —el delincuente— nunca pierde su estatus de ciudadano, pues se le sanciona *como parte* de la sociedad por haber violentado una norma penal que el ordenamiento jurídico, del cual el infractor forma parte, considera elemental para garantizar el ejercicio de la libertad de sus miembros, incluso la suya propia. El delincuente lesiona una norma que le *pertenece* a él también, y como tal es co-responsable de su existencia y mantenimiento. Esta característica de pertenencia del infractor al ordenamiento jurídico se advierte, asimismo, con nitidez cuando se acepta que el autor de un delito tiene el deber de reparación. Esto significa que si el infractor no presentara defectos de motivación para orientar sus comportamientos según la norma penal, se sometería, voluntaria y espontáneamente, al recorte de su libertad que conlleva el delito cometido. Pero, como el infractor normalmente tiene un defecto de motivación normativa, se le impone el deber de reparar el daño causado —el cuestionamiento a la validez de la norma— mediante la pena. Planteamientos orientados en la línea de los aquí descritos llevan a que al autor del delito se le reconozca en la pena como *ciudadano*⁶ o, como en términos de Hegel, a que se le honre con la pena.⁷

Si se sigue esta línea argumental se encuentran suficientes y poderosas razones de fondo para exigir que el *ius puniendi* se ejerza respetando el estatus de ciudadano del delincuente. Las consecuencias de considerarle ciudadano habrán de manifestarse en el plano de la realidad, a no ser que se esté dispuesto a caer en un juego de etiquetas. Contra lo que se pudiera pensar a primera vista, que el fin de la pena tenga que ver con el aseguramiento cognitivo de la vigencia de la norma y no con la resocialización del sujeto, permite no solo calificar al infractor como ciudadano sino que obliga al Estado a tratarlo como tal.

3. Sobre el derecho penal del enemigo

La locución *derecho penal del enemigo* sugiere que su construcción se hace por oposición: hablar de un derecho penal del enemigo tiene sentido donde existe un derecho penal de no-enemigos —o ciudadanos—. La sintaxis enseña

⁶ Cf. JAKOBS, Günther. «La pena estatal: significado y finalidad», pp. 210 y ss.

⁷ Cf. HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Fundamentos de la filosofía del derecho*. Madrid: Libertarias y Prodhufi, 1993, § 100.

que la diferencia más notoria entre uno y otro es el *objeto* ante el cual reaccionan. Enemigo, en este contexto —y descartando que se trate de un ciudadano—, es sinónimo de fuente de peligros y denota una persona que voluntariamente se autoexcluye del sistema social y cuestiona, de manera más o menos duradera, la vigencia del ordenamiento jurídico mediante las normas de convivencia más elementales que permiten a los demás desarrollar su completa personalidad.⁸ Cuando el enemigo delinque, a diferencia de cuando lo hace el ciudadano, atenta contra la constitución misma del Estado, por lo que la función de la pena como reacción del Estado no podría quedarse en un plano exclusivamente comunicativo —significando la vigencia de la norma y generando fidelidad de la sociedad en el ordenamiento jurídico—, tendría que eliminar al sujeto peligroso. Tal es la función de la pena en el derecho penal del enemigo.⁹ En términos simbólicos, se puede decir que, mientras el ciudadano permanece dentro del ordenamiento jurídico, el enemigo se sitúa fuera de él.

Las referencias anteriores demuestran que el criterio rector que se utiliza en doctrina para diferenciar al ciudadano del enemigo nada tiene que ver con qué tan peligroso es el sujeto en sí mismo. La peligrosidad con la que se califica al enemigo es el resultado que se obtiene a partir de su confrontación con ciertas normas jurídicas de carácter elemental. Y es lógico que sea así, pues el enemigo se construye por referencia frente a un determinado sistema social que emite las normas jurídicas elementales que el enemigo desacata. Así, por ejemplo, se dice que muchas normas sobre asociaciones criminales, violencia doméstica, violación de derechos humanos, terrorismo, criminalidad económica y corrupción —entre otros temas— son manifestaciones del derecho penal del enemigo.

Todo esto, hasta donde alcanzo a ver, tiene dos posibles lecturas. La primera, siguiendo la interpretación que en doctrina es abrumadoramente mayoritaria, radica en entender que dado que los delitos que conformarían el derecho penal del enemigo expresan atentados contra normas jurídicas elementales, quien las incumple es tenido ya no como un ciudadano sino como enemigo. La importancia o trascendencia del *interés que se protege* es aquí el criterio que permite calificar a una persona de enemigo. La segunda lectura es

⁸ Cf. POLAINO-ORTS, Miguel. *Derecho penal del enemigo. Desmitificación de un concepto*, p. 107 y s.; MALLQUI HERRERA, Edwin. «Estabilización de la vigencia de la norma y seguridad cognitiva. Breves consideraciones acerca de derecho penal del enemigo en las concepciones vigentes de Günther Jacobs y Manuel Cancio Meliá». *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*, 6, 2005, p. 177 y s.

⁹ Cf. JAKOBS, Günther. «La pena estatal: significado y finalidad», pp. 221 y ss.

que el adjetivo enemigo es una expresión de la que se vale el Estado para referirse a aquellos individuos que, por una u otra razón, resultan potencialmente peligrosos por no someterse a las normas penales que buscan asegurar a la sociedad frente a peligros. El centro de atención pasa de la trascendencia del interés a proteger hacia *la forma cómo se protege*. Lo anterior se puede expresar de otro modo: una cosa es entender que el infractor es enemigo por la forma como se comporta —primera lectura— y otra, por la forma como lo trata el Estado —segunda lectura—.

Por ejemplo, la tipificación del delito de agrupación delictiva del artículo 317 del Código Penal puede ser considerado por muchos como una manifestación del derecho penal del enemigo porque entienden que castiga actos preparatorios. Si realmente fuese así y se reprimieran actos preparatorios, no cabría duda de que el artículo 317 sería una manifestación del derecho penal del enemigo, pues la *forma* en que el Estado trata al infractor no se condice con el respeto al principio de lesividad. Pero si se asume que el delito de asociación delictiva del artículo en cuestión tutela la tranquilidad pública —las condiciones mínimas exigibles al Estado en las que la persona puede desarrollarse libremente como ciudadano—, se debe aceptar que la existencia de agrupaciones organizadas específica y exclusivamente para cometer delitos, aun cuando no hayan cometido un injusto distinto al de agruparse para delinquir, representan ya un peligro concreto para el interés protegido de tranquilidad pública. De ahí se sigue que el tipo del artículo 317 del Código Penal no es, como usualmente se denuncia, un adelantamiento de las barreras de punición a actos preparatorios, sino un delito de peligro concreto. En este caso, el Estado *no trata* al infractor como enemigo sino como ciudadano. El mismo análisis se puede y debe seguir frente, por ejemplo, a algunas disposiciones que el Tribunal Constitucional, en su sentencia del 4 de enero de 2002 (expediente 010-2002-AI/TC), declaró inconstitucional.¹⁰ Aun cuando el TC no lo haya mencionado expresamente, las características del tipo penal de apología que declaró inconstitucional eran manifestaciones del derecho penal del enemigo.

A estas alturas convendría reservar la expresión *derecho penal del enemigo* para referirse a aquellos casos en los que, con independencia de la trascendencia que pueda tener el bien jurídico para la sociedad o para la propia existencia del ordenamiento jurídico, el Estado *trata* al infractor de la norma como enemigo. Por el contrario, cuando se le trate como ciudadano, aun cuando el in-

¹⁰ Así, por ejemplo, el artículo 7 del decreto ley 25475.

fractor se *comporte* como enemigo, el Estado aplicará el derecho penal del ciudadano. El ejemplo que de manera más clara grafica lo indicado es la sentencia condenatoria emitida por la Sala Penal Nacional en el proceso penal seguido contra la cúpula del grupo terrorista Sendero Luminoso.¹¹ Guzmán, Iparraguirre y el resto de terroristas se comportaron durante años y lo siguen haciendo como enemigos, pero la respuesta estatal plasmada en la sentencia refleja que fueron tratados como ciudadanos.

Para resumir: una de las bondades históricas del derecho penal del enemigo, con frecuencia olvidada, es que, como descripción de la forma de proceder del Estado frente a cierto tipo de criminalidad, sirve al mismo tiempo de crítica. Así quien comete el delito de genocidio o el de tortura —artículos 319 y 321 del Código Penal, respectivamente— comunica que, para él, no rigen las normas elementales de convivencia social que protegen los derechos humanos y *se comporta* como enemigo —se puede ensayar otros términos como enajenado, alimaña, etcétera— frente al ordenamiento jurídico que, para su propia subsistencia, exige el respeto de dichas normas. Pero eso todavía nada dice sobre si la forma como reacciona el Estado al tratar al infractor es propia del derecho penal del enemigo o si lo trata como ciudadano.

4. Legitimación de expectativas de seguridad mediante el derecho penal

Lo dicho permite, con cierta facilidad, discriminar cuándo se está frente al derecho penal del enemigo y cuándo frente al derecho penal del ciudadano: depende de si el Estado recorta los ámbitos de libertad de la persona sin que sea una limitación legítima. Qué significa aquí legítimo es algo sobre lo que no se puede profundizar por razones de espacio, pero valga con decir que hace alusión al respeto de los derechos y garantías de la persona que solo pueden verse limitadas en un Estado que se digne a cumplir con su misión de posibilitar y asegurar la libertad de las personas, cuando se supere el examen de idoneidad, necesidad y razonabilidad. Con un ejemplo, una ley que autoriza la intervención telefónica sin autorización judicial, o una que permita la detención prolongada de una persona o su incomunicación, trata a la persona como enemigo pues la intervención telefónica en tales condiciones, así como la detención prolongada y la incomunicación, no son medidas idóneas, razonables ni proporcionadas para lo que se pretende conseguir con ellas.

¹¹ Cf. SALA PENAL NACIONAL. Expediente acumulado 560-2003. Caso *Abimael Guzmán Reinoso y otros*. Sentencia del 13 de octubre de 2006.

Si se atiende a las manifestaciones del derecho penal del enemigo, se advierte que responden siempre al objetivo del Estado por mantener determinadas condiciones de seguridad mediante la neutralización de los sujetos que considera peligrosos. La historia conoce muchos casos, como las leyes que sancionan la mendicidad o la vagancia en los regímenes totalitarios y otros tantos ejemplos que se pueden encontrar en la Alemania de Hitler, la China de Mao, la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas de Stalin, la Cuba de Castro, la Argentina de Videla, el Chile de Pinochet y el Perú de Fujimori. Articular las medidas propias del derecho penal del enemigo implica que el Estado realice un análisis prospectivo del sujeto en orden a su peligrosidad y no tanto un examen retrospectivo de los hechos por él cometidos. Hoy, sin embargo, se pueden reconocer algunos supuestos en los que el derecho penal interviene en atención de la peligrosidad del sujeto. Sucede así con la reincidencia. En ella, se valoran los actos que el sujeto pudiera cometer en el futuro, a no ser que se esté dispuesto a violentar el *ne bis in idem* al querer explicarla en los hechos ya cometidos. El mismo análisis prospectivo se da cuando la ley —artículo 135 del Código de Procedimientos Penales— obliga al juez a ponderar el peligro de fuga de la persona a quien le impondrá la medida cautelar de detención. Aquí, si bien la detención se determina sobre la base de elementos probatorios que obran en el expediente judicial, no deja de ser un juicio de valor sobre una expectativa de comportamiento del infractor. La libertad ambulatoria de una persona que ha ejercido violencia familiar puede ser restringida mediante su alejamiento del lugar donde residen sus víctimas. La expatriación y la expulsión del país, penas según el artículo 30 del Código Penal, pueden ser tenidas como una de las máximas expresiones de un derecho penal basado en la peligrosidad —de un derecho penal del enemigo, en definitiva—.

Estos ejemplos demuestran que, en el Perú, opera un derecho penal que, en algunas oportunidades pretende asegurar expectativas de seguridad, sin esperar a que se produzca la lesión de los intereses en peligro. Ello, en realidad, no constituye inconveniente alguno, pues es totalmente legítimo que el Estado de derecho intervenga mediante el derecho penal para asegurar un determinado *status quo* y sancione el aminoramiento de las condiciones de seguridad —cuestión distinta y previa es si dicho *status quo* es legítimo en el sentido de que posibilita y garantiza la libertad de las personas—. Las controversias y problemas surgen, sin embargo, a la hora de establecer los límites de dicha intervención. Cuando los límites transgredan los derechos de las personas, estas dejarán de ser tratadas como ciudadanos y serán, ante el Estado, enemi-

gos. Pero, como se puede intuir, la determinación de tal circunstancia no incumbe a la teoría del delito, sino más al derecho constitucional y a los principios que, dentro de un Estado democrático y social de derecho, limitan el ejercicio del *ius puniendi*. Con todo, se puede pensar en un criterio rector genérico que permita denunciar manifestaciones del derecho penal del enemigo: cuando el uso de la coerción penal no esté suficientemente objetivado y, por el contrario, se preste a la arbitrariedad. Parece racional, por ejemplo, impedir ingresar a un avión a quien no está dispuesto a entregar su arma de fuego, pero es irracional impedirselo a un musulmán por el simple hecho de serlo, y es correcto interceptar una línea telefónica si el juez lo considera oportuno y necesario, pero no que lo haga el servicio de inteligencia.

Planteado así el asunto, se ha de reconocer que, si bien el recurso a un derecho penal del enemigo será usual en los regímenes totalitarios y comunistas, en los democráticos también pueden surgir —y, de hecho, sucede— manifestaciones de derecho penal del enemigo. Ello es así porque, tal como se ha dicho, el derecho penal del enemigo no pretende, al menos como aquí se le entiende, legitimar sino describir.

Conviene diferenciar entre lo que es un manejo abusivo y excesivo por parte del Estado del derecho penal y del recurso al derecho penal del enemigo. Lo primero puede ser catalogado como lo que, usualmente, se denuncia bajo el rubro de *hipertrofia del derecho penal*, pero mientras no se produzca un tratamiento contrario a los derechos básicos de las personas, no llegará a ser derecho penal del enemigo. Ciertamente, el derecho penal del enemigo presupone un uso excesivo y abusivo de la coerción penal, pero no todo uso excesivo y abusivo deviene en derecho penal del enemigo. Las expectativas de seguridad pueden ser legítimamente reforzadas por la norma penal en un Estado de derecho pero dicha legitimación se pierde cuando no resultan idóneas, proporcionales ni racionales para garantizar la libertad en sociedad de las personas.

5. Derecho penal del ciudadano, derecho penal del enemigo y protección penal de los derechos humanos

A estas alturas se puede ya tomar postura sobre la relación que podría existir entre la protección de los derechos humanos y el derecho penal del enemigo —en realidad, frente a cualquier forma de criminalidad—. Para ello me valdré de dos casos hipotéticos: a) El primero, referido al procesamiento y condena en tribunales internacionales de delitos de lesa humanidad cometidos en con-

textos en los cuales es difícil hablar de la existencia de un ordenamiento jurídico —como el caso de *Slobodan Milošević*—, y el propio ordenamiento jurídico permite la vulneración de los derechos humanos —como el genocidio nazi o el comunismo en Cuba—. b) La segunda hipótesis hace alusión a los crímenes contra los derechos humanos perpetrados en un contexto en el cual sí existe un ordenamiento jurídico que prohíbe penalmente la violación de los derechos humanos —como en los casos de conflictos armados internos como la situación vivida en el Perú—.

Con respecto al primer supuesto, se podría interrogar si, desde los postulados de los cuales surge el derecho penal del enemigo y, también, el derecho penal del ciudadano, se puede hablar de un ordenamiento jurídico mínimo vinculante con arreglo al cual las vulneraciones de los derechos humanos básicos son injustos penales con independencia del lugar donde se cometan. Una respuesta jurídico-penal que respete la coherencia tendrá que admitir que tal ordenamiento no existe, al menos en los casos a los que se ha hecho referencia.¹² Es verdad que la existencia de tribunales internacionales ofrece una orientación normativa en orden a la persecución penal, pero los derechos humanos, como tales, y en estos casos, no tienen capacidad real de orientar comportamientos. En este contexto, la imposición de una sanción penal por atentar contra los derechos humanos no podría legitimarse y, por lo tanto, no encontraría su finalidad en el intento por mantener o reforzar la vigencia de una norma jurídica que no existe realmente, sino que su fin se limitaría a establecer la norma relativa a la protección de derechos humanos. Si con la sanción penal se impone un determinado orden jurídico donde antes no existía uno, o donde campeaba un orden jurídico bárbaro, a quien se sanciona según las reglas de un ordenamiento externo, no se le puede considerar ciudadano del ordenamiento que se impone, sino su enemigo.

El que sea un enemigo, empero, no autoriza a tratarlo como tal. Aquí, una vez más, es menester llamar la atención de que lo relevante es cómo el Estado reacciona ante el enemigo, y no tanto, al menos en lo relativo al presente ensayo, cómo actúa el enemigo. De manera que, más allá de la terminología que se utilice, lo cierto es que incluso en los casos en los que no existe un sistema sociojurídico que sancione la violación de derechos humanos o cuando el sistema jurídico lo permita, la reacción internacional no debería desbordar los límites de aquel sistema respetuoso de los derechos humanos que pre-

¹² Cf. JAKOBS, Günther. «La pena estatal: significado y finalidad», p. 220.

tenden imponer. Un ejemplo que contradice la lógica aquí expuesta es la forma en que se condenó a muerte y ejecutó a Saddam Hussein.

La interrogante planteada en los párrafos anteriores respecto de la factibilidad de hablar de un ordenamiento jurídico mínimo vinculante en el cual las vulneraciones de los derechos humanos básicos son siempre injustos penales puede ser también abordada teniendo en cuenta los aportes del derecho internacional de los derechos humanos. En este sentido, se reconoce un *ius cogens* internacional con arreglo al cual se asume que existe un ordenamiento jurídico internacional, en algunos casos no positivizado, que tendría fuerza vinculante. Este *ius cogens* versaría fundamentalmente sobre el respeto de los derechos humanos *elementales*. Acorde con ello, la implementación en el derecho interno de los convenios, tratados o pactos internacionales sobre derechos humanos no tendría valor constitutivo sino declarativo, en el sentido de que se limitaría a reconocer una realidad, la del *ius cogens* internacional ya existente. Si se sigue esta línea de argumentación, se llega a aceptar que la sanción penal, en los casos planteados, sí cumpliría una función de mantenimiento de las normas que conforman el *ius cogens* internacional sobre protección de derechos humanos.

La consecuencia práctica es permitir el procesamiento de violaciones de derechos humanos incluso en los casos que la implementación del delito contra la humanidad en el derecho interno se haga después de cometido el injusto. Las críticas que, desde el principio de legalidad se pueden articular —irretroactividad no favorable al reo— se neutralizarían, si se tiene en cuenta el aspecto material de este, conforme con el cual la legalidad se protege como mecanismo de motivación del sujeto y límite del Estado, de manera que, allí, el sujeto cuenta con otros mecanismos de motivación —en lo que aquí importa, el *ius cogens* internacional—. La posibilidad de motivación, entonces, quedaría asegurada.¹³ Este razonamiento, como es fácil advertir, se contraponen en sus fundamentos con el anterior, pues la no existencia de un ordenamiento jurídico *formal* no sería impedimento para que el *ius cogens* internacional de los derechos humanos tenga fuerza motivadora.

En todo caso, y asumiendo que se trata de una respuesta limitada en espacio, fondo y forma, habrá que reconocer que un ordenamiento jurídico y la

¹³ Quedaría pendiente la discusión sobre qué pena imponer, pues si bien el *ius cogens* internacional permitiría la motivación del sujeto en cuanto a la conducta prohibida, no lo haría en cuanto a la pena por imponer. Este vacío podría llenarse, tal vez, si la infracción, según el *ius cogens*, es merecedora, y siempre lo fue, de la sanción más grave de cadena perpetua.

fuerza orientadora de sus normas no es cuestión de que un acto administrativo pueda resolver, no al menos si se quiere ir más allá de la formalidad —la entrada en vigencia de una norma no garantiza su conocimiento ni acatamiento—. Aunque formalmente rija y esté vigente un determinado derecho que no se conoce —o se conoce solo escuetamente—,¹⁴ la función de la pena como reforzamiento de la norma penal solo podrá predicarse en un plano estrictamente formal, pero no en uno material. La imposición de la sanción penal equivaldría al establecimiento de un ordenamiento jurídico. Aquí, el sujeto, al menos en términos materiales, vive, al igual que el enemigo, *extramuros* del derecho, pero, a diferencia de este, no por decisión propia sino, muchas veces, porque el Estado no ofrece posibilidades de integración. A pesar de ello, al igual que con el enemigo, el ordenamiento jurídico debe tratarlo como persona.

Puede que resulte más realista aceptar que no solo en los casos analizados de violación de derechos humanos, sino también en los supuestos en los que la norma penal —por más validez formal que tenga— no tiene capacidad para regir como pauta de orientación de comportamientos, la función de la pena no puede ser el reforzamiento cognitivo de algo que no existe formalmente o de algo que se desconoce, respectivamente, sino el establecimiento de un ordenamiento jurídico o de una realidad cognitiva, respectivamente.

La segunda hipótesis planteada para cotejar el derecho penal del enemigo con la violación de derechos humanos, que se produce cuando tiene lugar en un contexto en el cual sí existe un ordenamiento jurídico que prohíbe penalmente la violación de los derechos humanos —conflictos armados internos—, no ofrece muchas complicaciones teóricas. Aunque los violadores de derechos humanos se comporten como enemigos, son tratados como personas. Utilizar el calificativo de enemigo para estos casos tiene, conforme se vio, una función más descriptiva que configurativa. Lo importante sigue siendo que la reacción del Estado esté debidamente objetivada y libre de cualquier atisbo de arbitrariedad y subjetividad; que, en definitiva, se trate al sujeto como persona. En estos supuestos, la pena sí cumple con su función de reforzar la confianza de la sociedad en el ordenamiento jurídico —el castigo de un terrorista dentro de los límites de un Estado de derecho, genera tal reacción en la sociedad— pues no se establece o impone un ordenamiento jurídico, sino que, efectivamente, se refuerza.

¹⁴ Piénsese en los casos en que un grupo social se rige por sus propias pautas.

En resumen, tanto cuando el infractor de la norma se autoexcluye del ordenamiento jurídico —el sujeto se *comporta* como enemigo— como en los casos en los que el sujeto está siempre fuera del ordenamiento jurídico, se les considera enemigos. Con independencia de que el infractor de la norma penal sea un ciudadano o un *enemigo*, el principio conforme al cual el Estado posibilita y garantiza la libertad de las personas impide *tratar* al infractor como enemigo, sea ciudadano o enemigo. Esto no significa que el Estado no pueda sancionar penalmente la defraudación de expectativas de seguridad del *status quo* que el ordenamiento jurídico requiere para garantizar su existencia y desarrollo. En el ámbito de la violación de los derechos humanos, ello significa que la pena que se impone por actos contrarios a los derechos humanos cometidos donde y cuando el ordenamiento jurídico lo permitiera, o donde y cuando no existiera un ordenamiento jurídico, cumple la función de establecer o imponer un ordenamiento jurídico respetuoso de los derechos humanos. Ello obliga a reconocer que el condenado es un enemigo, aunque no autorice a tratarlo como tal. Si la condena es por violaciones de derechos humanos cometidas donde y cuando regía un ordenamiento jurídico que lo prohibía, el infractor, al comportarse como enemigo, se autoexcluye del ordenamiento jurídico y deviene en enemigo. Que el infractor sea enemigo o que se comporte como tal al autoexcluirse del ordenamiento jurídico terminan siendo situaciones idénticas, pues en ambos casos, y a diferencia del ciudadano, se sitúan *extramuros* del ordenamiento jurídico.

Parte II
La agenda procesal para la
judicialización de violaciones
de derechos humanos

Las mejores prácticas para el procesamiento judicial de las violaciones de derechos humanos

Douglass Cassel

No es usual que las violaciones de derechos humanos sean adecuadamente procesadas por los sistemas judiciales. No se puede afirmar que en algún país del mundo las vulneraciones de los derechos humanos fundamentales son juzgadas con un estricto respeto por las reglas del debido proceso y con la participación de fiscalías eficaces en la denuncia de los delitos. Por ende, no es fácil referirse a un conjunto de mejores prácticas para judicializar estos casos.

Cabe recordar que los más exitosos ejemplos de procesamiento penal de violaciones de derechos humanos se han producido en contextos donde las transiciones han concluido con el triunfo de la democracia y el desprestigio de las fuerzas armadas, derrotadas en conflictos bélicos —como en el caso de Argentina en la década de 1980—, abatidas tras fallidas gestiones gubernamentales en materia económica —como el caso de Grecia en la década de 1970— o por actos de corrupción y engaño —como el caso de Chile y el descubrimiento de las cuentas bancarias del fallecido general Augusto Pinochet—.

Otros procesos relativamente exitosos se caracterizaron por la presión ejercida por las grandes potencias de Europa y Norteamérica, como sucedió con los tribunales penales internacionales para la ex Yugoslavia y Ruanda.

Por tales motivos, en busca de determinar las mejores prácticas para investigar, perseguir y, eventualmente, sancionar las violaciones de derechos humanos no es pertinente tomar como referencia la situación de un país o un tribunal en particular, sino recoger los elementos más favorables de distintas experiencias e intentar edificar un modelo idóneo.

En procura de realizar este ejercicio de manera didáctica, señalaré y describiré 10 factores que deben verificarse para que sea viable un correcto procesamiento penal de las afectaciones a los derechos humanos.

1. Jueces y fiscales sólidamente formados y capacitados

Es indispensable contar con jueces y fiscales cuya formación sea consistente en derecho penal sustantivo y en derecho procesal, tanto en el proceso judicial interno como respecto de las normas internacionales destinadas a asegurar que se desarrolle un juicio justo para los acusados de violar derechos humanos y para las víctimas de tales ofensas. La formación en derecho internacional de los derechos humanos y derecho internacional humanitario es, por ende, imprescindible.

Los magistrados de los tribunales penales para la ex Yugoslavia, Ruanda y la Corte Penal Internacional (CPI), por ejemplo, han mostrado el nivel académico necesario para conocer procesos de esta naturaleza. Encontrar casos de excelencia en las cortes nacionales reviste mayor dificultad. No obstante, ni el magistrado más capacitado puede conocer a la perfección el *corpus iuris* internacional y comparado en derechos humanos.

Por tal motivo, es pertinente implementar mecanismos que permitan fortalecer las capacidades de jueces y fiscales para afrontar el procesamiento de violaciones de derechos fundamentales.

Los servicios de asesoría a los operadores judiciales tales como dictámenes de instituciones públicamente reconocidas por su conocimiento de la legislación y jurisprudencia aplicable, los informes o memoriales *amicus curiae*, o el apoyo de asesores jóvenes para los despachos fiscales y judiciales¹ son especialmente útiles e importantes.

Ilustrando lo afirmado acerca de los dictámenes de expertos, menciono, por ejemplo, a aquellos que fueron presentados por diversos peritos —entre otros, quien escribe— en el año 2006 y atendidos por el Tribunal Constitucional de Indonesia respecto de la ley sobre el establecimiento de una comisión de la verdad y reconciliación de dicho país. Sobre los *amicus curiae*, resalto su fundamental incidencia en el proceso judicial seguido en los Estados Unidos de América en relación con la situación de los detenidos en la base militar de Guantánamo.²

¹ Tal como se hace en los Estados Unidos con los egresados más destacados de las facultades de Derecho, quienes auxilian a los magistrados en sus labores.

² Cf. *Rasul vs. Bush*, 542 U.S. 466 (2004).

2. Evitar el exceso de formalismo para evaluar las pruebas

Otra de las mejores prácticas identificadas consiste en evitar el exceso de formalismo y la utilización de criterios rígidos para la recepción y evaluación de las pruebas en los procesos vinculados con violaciones de derechos humanos.

Puntualmente, y a la luz de la experiencia acumulada en el derecho comparado, no se debe restar valor a la prueba testimonial. Ella debe estudiarse en función de su potencial para generar convicción en los juzgadores a partir de las *reglas del sano juicio*.

Diversos pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos han recurrido a las pruebas *circunstanciales* y las pruebas de patrones de conducta para esclarecer hechos y responsabilidades.

3. Desvincular la demanda civil del proceso penal

Dadas sus mayores posibilidades de éxito, es conveniente desvincular las demandas civiles entabladas contra Estados de los procesos penales seguidos contra individuos.

Las sentencias de la Corte Interamericana y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos evidencian que es más sencillo establecer la responsabilidad de un Estado frente a violaciones de derechos humanos que las responsabilidades penales de determinadas personas. Ambas instancias supranacionales suelen emitir fallos que condenan a Estados sin que se haya individualizado las responsabilidades penales con altos niveles de certeza. Y establecen importantes medidas hacia la consecución de la justicia como la reivindicación del honor y dignidad de la víctima, la exposición autorizada de la verdad de los hechos, y el otorgamiento de reparaciones económicas y morales. Si es posible atribuir responsabilidad internacional a los Estados por violaciones de derechos fundamentales, también debiera ser factible hacerlo en tribunales nacionales.

Pese a lo señalado, es necesario tener presente que el enjuiciamiento de responsabilidades estatales no puede impedir ni obstruir la determinación de las responsabilidades penales individuales, y que la propia Corte Interamericana ordena que los Estados investiguen, procesen y —cuando así corresponda—, condenen y sancionen a los autores materiales e intelectuales de los hechos violatorios.

4. Diseño de una estrategia fiscal basada en prioridades

Otra práctica altamente recomendable es el diseño de una estrategia para la selección y planteamiento de las acusaciones por violaciones de derechos humanos que se base en la previa identificación de las prioridades. Si se pretende judicializar las violaciones de derechos humanos en un contexto de graves y numerosas vulneraciones, deben determinarse, con anterioridad, los criterios que permitirán elegir los casos que serán investigados y perseguidos. Es materialmente imposible procesar todos los casos y hacerlo exitosamente.

La oficina del fiscal de la Corte Penal Internacional tiene, por ejemplo, una estrategia que consiste en elegir los casos que presenten los *violadores más responsables* y las *violaciones más graves*.³ Los *violadores más responsables*, en ese esquema, son los autores mediatos o quienes tienen responsabilidades de mando; y las *violaciones más graves* son definidas por cuatro elementos: la gravedad de la violación, la cantidad de violaciones, la manera de perpetrarlas y las consecuencias que acarrearán en las víctimas y la sociedad en general. Además, se tiene en cuenta la potencialidad que tiene cada caso para explicar las violaciones de derechos humanos cometidas y se eligen aquellos casos que, por las pruebas acopiadas, reúnan las mayores posibilidades de alcanzar una condena.

Los criterios expuestos buscan la eficiencia de recursos y la eficacia procesal. Se deben concentrar los recursos humanos y materiales en los casos en los que sea más probable obtener sentencias favorables.

5. Funcionamiento de una estructura de mando que dirija a investigadores y fiscales especializados

La persecución eficaz de las violaciones de derechos humanos demanda una fluida y constante coordinación entre los investigadores —que, en muchos casos, son los agentes policiales— y los fiscales. La comunicación debe estar acompañada por la confianza en la calidad del trabajo y la voluntad de las contrapartes.

Lamentablemente, la comunicación, coordinación y —menos aún— la confianza no caracterizan las pesquisas en casos de violaciones de derechos humanos. A diferencia de lo que ocurre en muchos países, la Corte

³ Cf. INTERNATIONAL CRIMINAL COURT, OFFICE OF THE PROSECUTOR, *Report on Prosecutorial Strategy*. En <http://www.icc-cpi.int/library/organs/otp/OTP_Prosecutorial-Strategy-20060914_English.pdf>.

Penal Internacional vuelve a mostrar una práctica muy deseable: todos los fiscales e investigadores se encuentran al mando de una sola persona, el fiscal en jefe.

Otro factor relevante es la especialización. Los investigadores de la CPI están debidamente capacitados y tienen experiencia en la investigación de casos de esta índole y no necesariamente en los procesos, mientras que los fiscales no necesitan especial pericia para realizar pesquisas y averiguaciones pero sí un amplio conocimiento del trabajo acusatorio. De esta manera, el trabajo en equipo que desarrolla la CPI, con profesionales especializados y bajo el mando del fiscal de la Corte, permite obtener óptimos resultados.

6. Participación de las víctimas en todas las etapas del proceso

Los intereses y necesidades de las víctimas de las violaciones de derechos humanos no siempre son adecuada y fidedignamente recogidos por los fiscales. Por tal razón, es extremadamente conveniente que las víctimas participen en todas las etapas de los procesos judiciales. Ello asegura que sean escuchadas y tomadas en cuenta.

Asimismo, es importante que las víctimas no perciban el proceso como una injusticia más y otra forma de exclusión, sino que sientan que pueden participar en la defensa de sus derechos. Para tal fin, el Estado debe proveer de ayuda económica que permita a todo afectado por la vulneración de un derecho fundamental contratar a un abogado que facilite su concurso en el descubrimiento y revelación de la verdad y en la determinación de las reparaciones correspondientes.

7. Protección procesal de víctimas y testigos

La presencia de los abogados de agentes acusados de perpetrar las violaciones de derechos humanos o el conocimiento de las identidades de las víctimas y los testigos puede intimidarlos y disuadirlos de participar en los procesos judiciales y colaborar con la búsqueda de justicia.

Conocedores de la situación, los tribunales internacionales suelen dar protección procesal a las víctimas y testigos de manera que no se conozcan sus identidades antes de las audiencias públicas de los juicios. Los reglamentos de las cortes facultan e invitan a los magistrados a ordenar el cumplimiento de determinadas medidas de tutela. Proteger procesalmente a las víctimas y testi-

gos es, sin duda, una de las mejores prácticas para la eficaz judicialización de violaciones de derechos fundamentales.

Un ejemplo de protección procesal se puede apreciar en el primer proceso penal que desarrolló la CPI, por crímenes contra la humanidad perpetrados en Uganda a partir del 2002. En el caso se acusó formalmente a cinco jefes guerrilleros de un grupo llamado Ejército de Resistencia del Señor en junio de 2005. Sin embargo, dicha acusación no se publicó hasta octubre de 2005, pues el fiscal quería cerciorarse de que los testigos y las víctimas estuvieran debidamente protegidos.

8. Protección física de víctimas y testigos

Es también necesaria la protección física de las víctimas y los testigos relacionados con casos de violaciones de derechos humanos.

Un modelo tempranamente implementado para cautelar la integridad de las personas es el Witness Protection Program que desarrolló el FBI⁴ para proteger a las personas que testificaron contra la mafia que operaba en los Estados Unidos de América. A quien colaboró con la justicia se le asignó una clave, nueva documentación, se cambió su lugar de domicilio, se le brindó apoyo económico e, incluso, se le colocó en otros puestos de trabajo. La situación, empero, se torna compleja cuando los acusados son miembros de las fuerzas de seguridad del Estado que podrían acceder a la información sobre los testigos.

En Colombia se ha intentado ejecutar un programa similar al del FBI con cierto grado de éxito. La experiencia acumulada demuestra que, para proteger efectivamente a las víctimas y los testigos, es indispensable contar con los recursos económicos requeridos para llevar a cabo iniciativas de tal magnitud, con una reglamentación precisa y adecuada, y con un cuerpo de seguridad independiente de las fuerzas armadas o policiales que se encargue de implementar los programas: podrían depender de una Corte Suprema o una Defensoría del Pueblo.

Es probable que la concurrencia de tales elementos no baste para garantizar la integridad de víctimas y testigos. Ante tal eventualidad, no puede descartarse la opción de salir del país. En tales casos, diversos centros de derechos humanos de universidades estadounidenses reciben, por medio de lo que po-

⁴ Siglas del Federal Bureau of Investigation de los Estados Unidos de América.

dría llamarse *asilo académico*, a personas de países cuyos sistemas de protección no pueden garantizarles seguridad.

9. Voz pública de los tribunales

Es común que los medios de comunicación y la ciudadanía en general no comprendan las actuaciones judiciales. Por ello, una de las mejores prácticas para conseguir la eficaz judicialización de las violaciones de derechos humanos y para comprometer a la opinión pública en la búsqueda de justicia en una sociedad radica en transmitir oportunamente, con veracidad y didácticamente lo que ocurre en un proceso judicial, en sus etapas y objetivos.

La labor se presenta, sin duda, difícil para jueces y fiscales que no están adiestrados en comunicaciones y relaciones públicas y que, en buena medida, piensan que el funcionamiento de una oficina de comunicaciones podría atentar contra la dignidad profesional de la judicatura.

En tal sentido, la experiencia de los tribunales penales internacionales es muy relevante. En sus primeros años de funcionamiento, el Tribunal Penal para la ex Yugoslavia solo tuvo una oficina de prensa que se limitaba a enviar copias de las sentencias y dar cuenta de las fechas de las audiencias, pero no ofrecía detalles a la ciudadanía sobre lo que sucedía en La Haya —sede del Tribunal—. Ello propició que la opinión pública de la ex Yugoslavia, en especial en Serbia, se formara ideas en contra del Tribunal, al que acusaban de parcializado o calificaban como una arma de la OTAN⁵ contra la población. El Tribunal permanecía impávido, no defendía su rol, su importancia y la razón de sus posturas.

Años después, los jueces entendieron la necesidad de informar sobre lo que sucedía en los procesos, para lo cual abrieron oficinas en el territorio de la ex Yugoslavia y ofrecieron ponencias y conferencias en eventos y foros públicos. Aprendida la lección, al crearse el Tribunal Especial para Sierra Leona, se instalaron oficinas de comunicaciones.

10. Voluntad política

El elemento de mayor trascendencia para alcanzar justicia en los casos de violaciones de derechos humanos es la existencia y verificación de una certera e

⁵ Acrónimo de la Organización del Tratado del Atlántico Norte.

indubitable voluntad de las más altas esferas del poder público para luchar contra la impunidad.

Las mejores prácticas señaladas previamente no tendrán éxito si no existe una voluntad política para ello en los líderes de los poderes del Estado.

Si el presidente o el primer ministro de un país no está comprometido con impulsar los procesos judiciales por violaciones de derechos humanos, si no disponen que agentes militares y policiales y, en general, todos los funcionarios públicos colaboren con alcanzar la justicia, los esfuerzos serán infructuosos.

Un ejemplo negativo de ello fue la posición del gobierno estadounidense ante las evidencias presentadas por los medios de comunicación —en fotografías y vídeos— de las torturas perpetradas en la cárcel iraquí de Abu Ghraib. La respuesta inicial de la Casa Blanca luego de informes periodísticos sobre tortura perpetrada por nuestros militares en Afganistán a partir del 2002 fue, simplemente, que Estados Unidos y sus soldados no torturaban a personas detenidas. Y ello significó un nefasto mensaje para las tropas: lo importante es perseguir y encontrar a los acusados de terrorismo, y la tortura no es un tema prioritario. Solo después de que se incrementaron las denuncias periodísticas y de que las torturas fueron objeto de cuestionamiento en todo el mundo, el gobierno de Estados Unidos tomó conciencia de la relevancia del tema. A partir del reconocimiento, se produjo un cambio en la práctica. El caso citado demuestra la trascendencia del liderazgo político para la investigación, persecución y eventual sanción de las violaciones de los derechos de las personas.

La actividad probatoria en los procesos por violación de derechos humanos

Víctor Cubas

En el sistema procesal penal vigente en el Perú existe una grave confusión de conceptos en relación con la actividad probatoria. No se distingue adecuadamente la prueba —o verdadera prueba, denominación usada por la doctrina— y los actos de investigación o diligencias *sumariales*. Esta situación ha generado graves problemas en la administración de justicia y flagrantes violaciones al debido proceso.

El problema surge por la redacción del artículo 72 del Código de Procedimientos Penales el cual dispone que: «la instrucción tiene por objeto reunir la prueba de la realización del delito, las circunstancias en que se ha perpetrado, sus móviles y descubrir a los autores y cómplices del mismo [...]». De acuerdo con tal criterio, en la etapa de investigación o instrucción judicial se reúnen pruebas acerca de la comisión de un hecho delictuoso, lo que bastaría para resolver el conflicto penal. Esa concepción sobre el objeto de la instrucción justifica la existencia del *proceso sumario* y permite que, en dicho ámbito, se emitan sentencias sin que medie la etapa de juicio o juzgamiento.

Ello implica olvidar conceptos elementales de carácter doctrinario que informan el proceso penal, el cual tiene, por lo menos, dos etapas: una de investigación y otra de decisión o de fallo. Cada una de ellas tiene características propias y finalidades específicas.

En la primera etapa, denominada *instrucción o investigación* preparatoria, el juez o el fiscal —incluso la Policía, de acuerdo con el modelo procesal— dirige la preparación del juicio. La *instrucción o investigación* preparatoria tiene carácter reservado y está destinada a efectuar actos de investigación o diligencias *sumariales* con el propósito de recabar la evidencia necesaria acerca del hecho delictuoso y la responsabilidad del imputado.

Durante la *instrucción o investigación* preparatoria, se realizan diligencias preliminares —en especial, los actos que no podrán reproducirse en la etapa

de juicio como la *prueba preconstituida*—; se emplean medios de investigación como las declaraciones de imputados, agraviados y testigos; se elaboran informes periciales; se practican reconocimientos de personas y cosas e inspecciones judiciales, así como actos de *prueba anticipada*; con la finalidad de reunir los elementos de convicción necesarios para que el fiscal pueda decidir si formula acusación o requiere el sobreseimiento. Los actos de investigación tienen solo ese objetivo por lo que el conocimiento obtenido en esta primera etapa no debe utilizarse para dictar y fundamentar sentencias. Es imprescindible la etapa de juzgamiento.

La segunda etapa del proceso, *juicio o juzgamiento*, es de competencia exclusiva y excluyente de los órganos jurisdiccionales: un juez unipersonal o un colegiado dotado institucionalmente de independencia e imparcialidad. En la etapa de *juicio o juzgamiento* se llevan a cabo los actos de prueba —*verdadera prueba*—, orientados a crear convicción en el juzgador sobre la responsabilidad o irresponsabilidad del imputado en la comisión del delito. La prueba se genera como consecuencia del debate contradictorio, desarrollado en igualdad de condiciones, de manera que el imputado tenga la posibilidad real y concreta de defenderse de los cargos planteados en la acusación. La finalidad del juicio es que el juez alcance un conocimiento en grado de certeza que le permita condenar o absolver al inculpado.

La diferencia expuesta, por demás sencilla, no suele ser cabalmente comprendida en el Perú y se piensa que el juicio es un trámite formal destinado a formar un expediente.

Acorde con la estructura del proceso penal regulado por las disposiciones de Código de Procedimientos Penales y las modificaciones introducidas como consecuencia de normas constitucionales, inmediatamente después de tomar conocimiento de la *noticia criminis* debe efectuarse una *investigación preliminar o previa*, integrada por las diligencias de urgencia¹ que practica el fiscal —por sí mismo o por medio de la Policía—. El propósito es determinar el carácter delictuoso de los hechos, identificar e individualizar a los presuntos autores y establecer si la acción está expedita. En otras palabras, el fiscal, sobre sus consideraciones respecto de la verificación de una causa probable —conforme con lo dispuesto por la Ley Orgánica del Ministerio Público—, debe decidir si formaliza la denuncia penal e insta al juez a dictar un auto apertorio de instrucción, o, si dispone el archivo provisional o definitivo de la investigación.

¹ El Código Procesal Penal las denomina diligencias preliminares.

En relación con las denuncias sobre violaciones de derechos humanos formuladas en nuestro país, debe decirse que han existido suficientes elementos probatorios para que los fiscales formalicen denuncias e impulsen la instauración de procesos. En los lugares donde se registró una mayor incidencia de atentados contra los derechos de la persona,² el Ministerio Público recibió y registró la *noticia criminis*³ y su actuación puede calificarse de burocrática. Ante la suposición de que los perpetradores eran elementos de las fuerzas de seguridad, los fiscales remitieron oficios a autoridades y jefes de los Comandos Político-Militares para solicitar información sobre las posibles detenciones. Cuando dichos documentos eran contestados, las respuestas se limitaban a negar la intervención de miembros de las fuerzas de seguridad o a indicar que debían dirigirse a otra instancia. Dos o tres días después, los familiares de las víctimas solían acercarse al despacho fiscal e informar acerca del hallazgo del cuerpo, sin vida, de la persona cuya detención fuera denunciada. No era extraño que los restos mostrasen síntomas de torturas y evidenciaran ejecuciones con armas de fuego. El fiscal se acercaba al lugar de los hechos para verificar la situación y cumplía un papel similar al de un notario en desmedro de su condición de representante del Ministerio Público: certificaba el hallazgo del cadáver, los familiares lo identificaban y disponía su traslado a la morgue para que se realizara una necropsia. Con ello solía concluir la investigación.

¿No correspondía al fiscal dirigirse al lugar donde supuestamente se encontraba el detenido —generalmente, un local militar— y hacer allí una verificación? ¿No debía levantar un acta, tomar los dichos de las autoridades y de otros detenidos, verificar si en los lugares señalados se encontraba la persona agraviada y, finalmente, responsabilizar a las autoridades del Comando Político Militar por la seguridad y la vida de los detenidos allí? ¿Por qué los fiscales, a pesar de encontrar evidencias de delitos contra los derechos humanos, cerraban los casos? Indudablemente, no era por deficiencia normativa. ¿Era, acaso, por miedo? ¿Los encargados de administrar justicia se dejaban amedrentar por autoridades arbitrarias?

La autoridad se constituye, precisamente, para ejercer funciones de control que eviten que se haga mal uso del poder y se avasalle los derechos funda-

² En ciudades como Ayacucho, Huancayo, Lima o Tarapoto.

³ Que, en gran parte de los casos, se refería a detenciones arbitrarias practicadas en horas de la noche mediante allanamientos ilegales de domicilios perpetrados por sujetos de apariencia juvenil que portaban armas de fuego de uso militar y cuyos rostros estaban cubiertos con pasamontañas.

mentales de la persona. Podemos sostener *a priori* que las autoridades del Ministerio Público y del Poder Judicial, en el período de violencia atravesado por el Perú en las dos últimas décadas del siglo XX, abdicaron de sus funciones y no se preocuparon por investigar para sancionar a los responsables de hechos delictivos con lo que encubrieron graves hechos delictivos y fomentaron la impunidad.

La mayor cantidad de los delitos contra los derechos humanos perpetrados durante el mencionado lapso no ha sido investigada. En la medida en que transcurren los años, hacerlo resulta más complicado pero no es un cometido imposible.

Aunque los perpetradores forman parte de organizaciones criminales que procuraron impedir la identificación de las víctimas y dificultar las investigaciones, es factible reconstruir los hechos tomando en consideración el rol fundamental de la *prueba indiciaria*.

La investigación en el caso *La Cantuta* pudo realizarse en función de la prueba indiciaria y podría hacerse en los demás casos sobre la base de una clara voluntad política de sancionar las vulneraciones de derechos fundamentales.

En *La Cantuta*, inicialmente, solo encontramos fragmentos de huesos quemados y calcinados. Hubiera sido fácil sostener que era imposible establecer la identidad de las víctimas y cerrar la investigación. Pero nos propusimos averiguar lo sucedido. Formamos un *equipo interdisciplinario de investigación*, establecimos coordinaciones interinstitucionales, solicitamos el apoyo de instituciones públicas y privadas y, como consecuencia de ello, el equipo de médicos del Instituto de Medicina Legal estuvo en condiciones de señalar, por deducción, las características de las víctimas. Para sorpresa nuestra, coincidían plenamente con los rasgos de las personas desaparecidas.

Posteriormente, logramos comprobar que las llaves encontradas entre los restos pertenecían a los estudiantes Richard Amaro Córdor y Juan Mariños Figueroa, que el maxilar con una corona de cromo cobalto correspondía a Bertila Lozano, que los restos de una chompa pertenecían a Robert Teodoro, que un retazo de corduroy de color beige pertenecía a una prenda de vestir de Heráclides Pablo, que uno de los huesos hallados era de Felipe Flores Chipana. En las fosas de Huachipa, determinamos que el medio esqueleto encontrado pertenecía a Dora Oyague y que el esqueleto completo era de Luis Enrique Ortiz Perea. ¿Podíamos, con este cúmulo de indicios, sostener que no se había cometido el delito?

Continuando con la investigación, identificamos a los principales autores materiales y los denunciados penalmente. Finalmente, los perpetradores fueron sustraídos de la acción judicial por una decisión política y beneficiados con la legislación de amnistía. Estas decisiones, empero, incrementaron las sospechas respecto de la responsabilidad del gobierno de turno en tales hechos.

Reabierto el proceso, después de la caída del régimen de Alberto Fujimori, los integrantes del destacamento Colina han proporcionado información detallada acerca de la forma y circunstancias en que ocurrieron los hechos. Han narrado cómo se preparó el operativo militar, las felicitaciones que recibieron de su comandante general y del propio presidente de la República, los pagos que les hicieron y los ofrecimientos planteados para *comprar* su silencio así como datos sobre los procesos en el fuero militar realizados con la intención de liberarlos de responsabilidad.

Lo expuesto parecía una tarea imposible, pero ahora los sucesos son conocidos públicamente por la información que brindaron los integrantes de comandos de aniquilamiento en casos como el reseñado —*La Cantuta*—, *Barrios Altos*, *Campesinos del Santa* y *Pedro Yauri*.

Todos los casos de violaciones de derechos humanos investigados por la Comisión de la Verdad y Reconciliación cuentan con importantes cantidades de testimonios prestados por supervivientes de los hechos de violencia y familiares de las víctimas. Sus versiones aportan datos de suma relevancia para las investigaciones. Con tal información, resultaría sencillo acreditar la comisión de delitos en casos como *Apiza*, *Los Molinos*, *Indalecio Pomatanta*, *Castro Castro* —entre otros— puesto que, una vez detectados los sitios de entierro, los peritos antropológico-forenses contribuirían decididamente con la identificación de las víctimas, la determinación de la forma y circunstancia de los crímenes, y la reconstrucción conceptual de los hechos.

Las principales complicaciones se encuentran en la búsqueda por señalar la autoría, en especial, la autoría material dado que los efectivos de comandos especiales solían actuar con seudónimos. Las identidades deben ser conocidas por los jefes militares y estar documentadas en archivos, pero es extremadamente complejo acceder a ellos ante el recurrente argumento de que no existen.

Menor complejidad reviste establecer la autoría intelectual. Las autoridades militares son responsables directas por haber ordenado la realización de actos criminales o lo son por no haber propiciado su investigación en pos de sancionar a los verdaderos culpables. Ellos conocieron oportunamente de la

comisión de los delitos y, además, tienen el rol de garantizar los derechos de las personas.

Los delitos contra los derechos humanos no han sido investigados porque, en muchos casos, los operadores han sido timoratos y han mostrado un temor reverencial frente al poder. El Ministerio Público no estuvo imposibilitado para promover, cuando menos, investigaciones preliminares. Ante las detenciones ilegales, secuestros, desapariciones forzadas que concluyeron en ejecuciones extrajudiciales, los familiares de las víctimas conocían —o sospechaban la ubicación— el lugar donde se había enterrado los cadáveres. Si se abría una investigación con la finalidad de ubicar los sitios de entierro, una vez hallados los restos, peritos de antropología forense podían determinar las causas de la muerte, la fecha, el tipo de armas empleado y otros datos útiles para la reconstrucción de los hechos y la identificación de los autores.

Aunque los miembros de las tropas actuaran con identidad supuesta, en todos los casos es fácil señalar quiénes eran las autoridades militares. Los jefes eran conocidos y estaban plenamente identificados. Hubiese bastado que se determinara la identidad de uno de los presuntos responsables para que el fiscal promoviera la acción penal, formalizando la correspondiente denuncia ante el juez instructor. Instaurado el proceso, en el transcurso de la investigación judicial, podía haberse identificado a otros presuntos responsables y, en el desarrollo del juicio, esclarecerse sus responsabilidades.

La actuación del Ministerio Público y del Poder Judicial refleja una actitud discriminatoria y, en consecuencia, ilegal porque en casos de delitos comunes denunciaron a los presuntos autores —en muchos casos sin fundamento y sin elemento probatorio alguno— pero, en los graves casos de violación de derechos humanos, buscan encontrar algo que es imposible obtener si no se realizan investigaciones: certeza absoluta. Y como nunca podrán tener certeza sin investigar, simplemente no hacen nada.

En pocos casos, los fiscales han *dignificado* el ejercicio de la función. Cabe destacar a Ana Cecilia Magallanes, quien culminó la investigación del caso *Barrios Altos*. Otro caso ejemplar es el de Cristina Olazábal, quien ha impulsado la investigación en Ayacucho y ha logrado determinar que, en el cuartel Los Cabitos, se enterró clandestinamente a víctimas. ¿A quién puede atribuirse la responsabilidad de tales hechos, si no a las autoridades que ejercieron cargos en la época en que se produjeron?

Es imprescindible investigar para conocer lo ocurrido. Debemos tener presente que los deudos de los miles de desaparecidos no solo buscan que se im-

ponga sanciones a los responsables. Ellos, antes que nada, quieren conocer la verdad, tener convicción sobre el destino de sus familiares y si se determina que fueron ejecutados, recuperar sus restos para darles cristiana sepultura. La incertidumbre, la ignorancia e, inclusive, la duda respecto de lo que realmente pasó es más grave que enfrentar la realidad. Es necesario actuar con espíritu cristiano y devolver a cientos de familias la tranquilidad arrebatada irracionalmente, debemos solidarizarnos con ellos y poner fin a su dolor y sufrimiento.

En mi opinión, no es difícil investigar los casos de violaciones de derechos humanos. Se requiere actuar con independencia, coraje y decisión para cumplir el rol que la Constitución encomienda a fiscales y jueces. Sin embargo, no podemos ser ingenuos y debemos analizar si el Gobierno actual está dispuesto a permitir que los órganos encargados de la persecución penal cumplan con sus labores y si está dispuesto a prestar el apoyo necesario para ello.

Debemos preguntarnos, también, si el Ministerio Público está dispuesto a implementar una política institucional que tenga como objetivo fundamental la investigación y, a la vez, programas para la protección de las víctimas. Cuando se realiza un trabajo de esta naturaleza, no puede obviarse el análisis de la coyuntura política, y considerar si quienes ejercieron el poder durante las dos décadas de violencia en el Perú están dispuestos a avalar la investigación sobre comandos de aniquilamiento, la determinación de responsabilidades en las autoridades por los casos de ejecuciones en los penales El Frontón, Lurigancho, y Castro Castro; y de los comandos de las fuerzas armadas por los graves hechos que ocurrieron al amparo de los regímenes de excepción.

La respuesta es obvia. Y solo se está fomentando la impunidad y sentando un funesto precedente. Es necesario determinar responsabilidades y asumirlas, aprender de nuestros propios errores, y sancionar para que no se repitan hechos dolorosos que han producido profundas heridas y que han acentuado las diferencias que existen en nuestro país. El gobierno en un Estado de derecho no puede fomentar la organización de instituciones paralelas, integradas por personal rentado con fondos públicos, para que asuman la defensa de los presuntos violadores de derechos humanos mientras se olvida poner en práctica un sistema medianamente eficiente de protección a las víctimas.

En el Perú, como en cualquier Estado constitucional, la defensa es un derecho irrenunciable, por lo que existe un sistema de defensoría de oficio para aquellas personas que no pueden tener un abogado defensor de su elección. Dejemos que cada cual cumpla su rol.

Juez natural y procesos por delitos contra los derechos humanos

Ronald Gamarra

El procesamiento de la práctica de las violaciones de los derechos humanos acontecidas en el Perú entre 1980 y 2000 —que, sin duda alguna, obedeció a un patrón criminal común y permaneció en la impunidad hasta la caída de Alberto Fujimori— es, hoy en día, uno de los principales retos que enfrenta la administración de justicia. La judicialización presenta innegables avances y notables deficiencias. Entre los primeros se puede mencionar el número de investigaciones fiscales en curso —según las cifras oficiales, 516 en total, de las cuales 356 se han abierto en Ayacucho— y de procesos penales incoados —36 en total—,¹ la identificación y *encausamiento* de los responsables, el rechazo de las diversas excepciones deducidas para impedir la prosecución penal y la paulatina configuración de un especializado sistema de justicia para los casos de derechos humanos; y, entre los últimos, se ubica la ausencia de un plan de investigación y de una adecuada estrategia en no pocas indagaciones fiscales, la falta de implementación de un sistema de protección para las víctimas, la no entrega de información solicitada por los fiscales de parte del Ministerio de Defensa y el alto número de víctimas sin defensa legal.²

En relación con el tema del juez natural, dos son los problemas que la judicialización debe encarar. Por un lado, la persistencia de la justicia militar

¹ Cf. MINISTERIO PÚBLICO-FISCALÍA DE LA NACIÓN. *Informe de la Comisión de Evaluación y Análisis del Informe Defensorial n.º 97*. En <http://www.mpfm.gob.pe/especializados/informe_defensorial97.php>.

² Puede consultarse el ilustrativo texto de VEGA, Eduardo. «La responsabilidad penal de los agentes del Estado». En Lisa Magarrell y Leonardo Filippini (eds.). *El legado de la verdad: la justicia penal en la transición peruana*. Lima: Centro Internacional para la Justicia Transicional e Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2006. Además, el Informe Defensorial n.º 97, *A dos años de la Comisión de la Verdad y Reconciliación*, aprobado mediante resolución defensorial 0021-2005/DP del 28 de septiembre de 2005; y el Informe Defensorial n.º 112, *El difícil camino de la reconciliación. Justicia y reparación para las víctimas de la violencia*, aprobado mediante resolución defensorial 0056-2006/DP del 6 de diciembre de 2006.

en el juzgamiento de los casos de violaciones de los derechos humanos y; por otro, la existencia de una estructura especializada en tal juzgamiento y la decisión atribuida a determinados órganos jurisdiccionales de Lima para conocer los casos con independencia del lugar de comisión de los hechos. Presentaré más adelante unas breves líneas sobre ambos tópicos y el estado de la cuestión.

1. Procesos por delitos contra los derechos humanos, Poder Judicial y justicia militar

La violación de los derechos humanos conlleva implícita la gravedad del crimen perpetrado, la afectación de derechos inderogables de carácter absoluto y la indefensión de las víctimas. En atención a ello, desde hace muchos años se sostiene, de manera pacífica, que corresponde al Poder Judicial su conocimiento, investigación y decisión jurídica definitiva, existiendo, además, una profusa jurisprudencia internacional en el sentido de que la competencia de los tribunales militares, allí donde existen,³ debe circunscribirse a los delitos estrictamente castrenses con total exclusión de las violaciones de los derechos humanos.

1.1. La escena internacional

Diversas son las normas y estándares internacionales que prescriben que las violaciones de los derechos humanos deben estar, en toda circunstancia, bajo la jurisdicción del derecho común competente, y que limitan la competencia de la justicia castrense a los delitos militares cometidos por personal militar;⁴ abundante es, en ese mismo sentido, la jurisprudencia de los órganos de tratados de derechos humanos de las Naciones Unidas;⁵ no es otra la postura de los

³ Actualmente, de manera directa o indirecta, se plantea la conveniencia de abolir los tribunales militares, por lo menos en época de paz. Al respecto, puede verse el *Informe sobre la cuestión de la administración de justicia por los tribunales militares*, presentado por Emmanuel Decaux a la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos —julio de 2003—.

⁴ Entre otros, la Convención Interamericana sobre la Desaparición Forzada de Personas; Principios básicos de las Naciones Unidas relativos a la independencia de la judicatura; Declaración de las Naciones Unidas sobre la protección de todas las personas contra la desaparición forzada; Principios sobre la administración de justicia por tribunales militares.

⁵ Entre muchos otros, las observaciones y recomendaciones del Comité de Derechos Humanos del Perú —Documento de las Naciones Unidas CCPR/S1519 y CCPR/C/SR1521—; las observaciones y recomendaciones del Comité contra la Tortura al Perú —Documentos de las Naciones Unidas A/50/44, del 26 de julio de 1995, y A/55/44, del 16 de noviembre de 1999—; las observaciones y recomendaciones del Comité de los Derechos del Niño a Colombia —Documento de las Naciones Unidas CRC/C/15/Add.30, del 15 de febrero de 1995—.

procedimientos temáticos de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas;⁶ y similar es la doctrina de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.⁷

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido reiteradamente que, en un Estado democrático de derecho, los tribunales militares han de tener un alcance restrictivo y excepcional, estar orientados a la protección de intereses jurídicos vinculados con las funciones asignadas a las fuerzas castrenses y; por tanto, solo deben estar habilitados para juzgar militares por la comisión de delitos o faltas que por su propia naturaleza atenten contra bienes jurídicos propios del orden militar.⁸

1.2. El ámbito interno

Lamentablemente, lo aceptado en el plano internacional no tuvo su correlato en el país durante mucho tiempo, por lo menos no entre 1980 y 2000, lapso en el que el Estado no permitió el inicio y la prosecución de averiguaciones serias, objetivas e imparciales, orientadas al descubrimiento de la verdad y la imposición de sanciones a los autores de violaciones de los derechos humanos, y época en la que en los pocos casos en que el Poder Judicial adelantó procesos penales, la justicia militar se abocó de manera inmediata al conocimiento de supuestos fácticos que no eran de su competencia, instauró causas con fraude a la ley y, consiguientemente, sobreseyó los procesos o impuso penas menores —recuérdese, por ejemplo, los casos del asesinato de los pobladores de Callqui, la desaparición y ejecución de pobladores en Pucayacu y la matanza de campesinos en Accomarca—.

A la caída del régimen autoritario de Alberto Fujimori, factores tales como la apertura democrática, el ensayo de una nueva política en materia de derechos humanos, el acatamiento de las sentencias de la Corte Interamericana

⁶ Entre otros, informes del relator especial sobre las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias —desde 1983—, del relator especial sobre la cuestión de la tortura —de 1988 en adelante—, del relator especial sobre la independencia de magistrados y abogados —desde 1988—, del grupo de trabajo sobre desaparición forzada e involuntaria —desde 1989—, y del grupo de trabajo sobre la detención arbitraria —desde 1999—.

⁷ Informe sobre Chile —1985—; Informe anual —1997—; Tercer informe sobre la situación de los derechos humanos en Colombia —1999—; Segundo informe sobre la situación de los derechos humanos en el Perú —2000—; Informe sobre terrorismo y derechos humanos.

⁸ Cf. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Durand Ugarte vs. Perú*. Sentencia del 16 de agosto de 2000. Serie C, n.º 68; *Caso Cantoral Benavides vs. Perú*. Sentencia del 18 de agosto de 2000. Serie C, n.º 69; *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*. Sentencia del 30 de mayo de 1999. Serie C, n.º 52.

de Derechos Humanos, el trabajo de la Comisión de la Verdad y Reconciliación (CVR), el fortalecimiento de determinadas instituciones de la democracia y el estado de la justicia castrense,⁹ alentaron la elaboración de propuestas de modificación jurídica encaminadas a adecuar la estructura de la justicia militar al orden constitucional —entre el 2002 y el 2004 se hicieron públicas las sugeridas por la Comisión para la Reestructuración Integral de las Fuerzas Armadas y por la Comisión Especial para la Reforma Integral de la Administración de Justicia— y permitieron un conjunto de pronunciamientos del Tribunal Constitucional, la Defensoría del Pueblo y el Poder Judicial que señalaron que la jurisdicción ordinaria es la llamada a resolver las violaciones de los derechos humanos y restringieron la competencia de los tribunales militares al conocimiento de los delitos de función.

El Tribunal Constitucional —el órgano de mayor relevancia para la defensa de los derechos fundamentales, debido a la credibilidad de la que merecidamente goza y a la trascendencia de sus fallos— declaró, al conocer el caso *Huamaní Tipismana*, que tratándose de conductas que afectan bienes jurídicos fundamentales como la vida y la integridad física, propios del ámbito de la justicia penal común, su juzgamiento no es competencia de la justicia militar sino del Poder Judicial.¹⁰

La Defensoría del Pueblo, ratificando posiciones expuestas en los últimos años del fujimorismo, rechazó el argumento del fuero personal como definitivo del delito de función militar y concluyó que solo lo es el criterio material que atiende a la naturaleza del bien jurídico afectado por la conducta; propuso la supresión de las conductas previstas como delito militar que, en realidad, afectaban bienes jurídicos de naturaleza común —como la libertad y el patrimonio— y solicitó la integración del orden penal militar en el Poder Judicial;¹¹ paralelamente, en el 2003 interpuso dos demandas de inconstitucionalidad.

⁹ Al iniciarse la transición democrática, heredamos una justicia militar caracterizada por su impresionante vastedad, sus normas anacrónicas y su incompatibilidad con el Estado de derecho; una justicia militar que durante los años de la violencia política —ciertamente iniciada por los grupos terroristas— fue una fuente de impunidad de graves violaciones de los derechos humanos cometidos por miembros de las fuerzas armadas y de la Policía; una justicia militar que durante la administración de Alberto Fujimori estuvo vinculada al hoy condenado por corrupción y procesado por violaciones de los derechos humanos, Vladimiro Montesinos; y, una justicia militar involucrada en evidentes actos de corrupción.

¹⁰ Cf. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Expediente 1154-2002-HC/TC. Sentencia del 20 de junio de 2002.

¹¹ Cf. DEFENSORÍA DEL PUEBLO. *La justicia militar en una etapa de transición: análisis de los proyectos de reforma*. Informe defensorial n.º 64, 2002; *¿Quién juzga qué? Justicia militar vs. justicia ordinaria*. Informe defensorial n.º 66, 2003.

lidad ante el Tribunal, dirigidas contra la ley 24150 de los Comandos Político-Militares, y el Código de Justicia Militar, la Ley Orgánica de Justicia Militar y la Ley del Ministerio de Defensa.

La Corte Suprema de Justicia sostuvo que el enjuiciamiento de los hechos delictivos que constituyen atentados a los derechos humanos corresponde siempre a la potestad jurisdiccional ordinaria,¹² la cual prescribe la presunción general de competencia como fuero atrayente al que están sometidos, en principio, todos los justiciables por ser el Poder Judicial integrante de la estructura del Estado.

El propio Consejo Supremo de Justicia Militar, tras el fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Barrios Altos*, reconoció que si los hechos criminales inciden en el ámbito de los derechos humanos no pueden ser conocidos por los tribunales castrenses.¹³

1.3. La insistencia castrense

El paso del tiempo desde la caída del régimen de Alberto Fujimori y compañía, los cambios en la política, el contexto de debilidad democrática en el manejo de las fuerzas armadas y el correlativo *reposicionamiento* de ellas en la escena nacional, las ha envalentonado al punto de pretender una vuelta al pasado, es decir, de sustraer de los tribunales ordinarios a los autores de violaciones de derechos humanos, vía la instauración de investigaciones paralelas a las que desarrolla el Poder Judicial y el planteamiento de las contiendas de competencia con el propósito de lograr la impunidad de tales crímenes.

Aun cuando en el 2003 se registra el indebido reinicio de los abocamientos, es en el 2004 y 2005 que este alcanza su máximo nivel. Por entonces, según la información del propio Consejo Supremo de Justicia Militar, la Vocalía de Instrucción del Consejo de Guerra llegó a conocer 21 casos de violaciones de los derechos humanos, todos ellos reportados como tales por la CVR, y en investigación en diversas instancias del Ministerio Público y del Poder Judicial.¹⁴ Hoy, pese a las críticas y cuestionamientos, la justicia militar se empe-

¹² Sentencia de la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, del 3 de agosto de 2001.

¹³ Resolución de Sala Plena del CSJM, del 1 de junio de 2001, recaída en la causa 494-V-94.

¹⁴ Cf. GAMARRA, Ronald. «Derechos humanos, justicia y transición democrática: el balance institucional». En Lisa Magarrell y Leonardo Filippini (eds.). *El legado de la verdad: la justicia penal en la transición peruana*. Lima: Centro Internacional para la Justicia Transicional e Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2006.

ña en mantener competencia sobre 11 casos de violaciones de derechos humanos. Así, la Vocalía de Instrucción del referido Consejo Supremo conoce los casos de Los Molinos, la matanza de campesinos en Putis, el arrasamiento en la margen izquierda del río Huallaga, los asesinatos y desapariciones de estudiantes y catedráticos en la Universidad Nacional del Centro, las ejecuciones arbitrarias en Accomarca, la matanza de Chumbivilcas, las ejecuciones arbitrarias de Pucará, y la desaparición forzada de Ángel Escobar Jurado y el asesinato de Falconieri Zaravia; mientras la Fiscalía de la Vocalía de Instrucción del Consejo Supremo tiene a su cargo las violaciones de los derechos humanos en el cuartel Los Cabitos, en Pucayacu II y las ejecuciones arbitrarias de pobladores en Cayara.¹⁵

En un plano más general, pero relacionado con el aludido *reposicionamiento* de la justicia militar y sus posibilidades de mantener una irregular competencia en delitos contra los derechos humanos, debe mencionarse el cabildo ejercido por el Consejo Supremo de Justicia Militar ante el Congreso y el Poder Ejecutivo que finalmente logró una ley de organización, funciones y competencia de la jurisdicción especializada en el ámbito penal militar policial —ley 28665— y un Código de Justicia Militar-Policial —decreto legislativo 961—, que pretenden una justicia paralela al Poder Judicial y que tipifican como delitos de función un importante conjunto de conductas que solo describen afectaciones a bienes jurídicos de carácter común y no militar, y una serie de conductas que refieren meras infracciones de carácter disciplinario o administrativo.¹⁶

1.4. La respuesta

En los últimos años, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reiterado su jurisprudencia sobre los tribunales militares al precisar que estos, en democracia, tienden a reducirse e incluso a desaparecer, por lo que —allí donde existan— deben limitarse exclusivamente al conocimiento de los delitos

¹⁵ Cf. DEFENSORÍA DEL PUEBLO. *El difícil camino de la reconciliación. Justicia y reparación para las víctimas de la violencia*. Informe defensorial n.º 112. Aprobado mediante resolución defensorial 0056-2006/DP, del 6 de diciembre de 2006.

¹⁶ Cf. LOVATÓN, David. «30 razones por la inconstitucionalidad de la ley de organización y funciones de la justicia militar». En <http://www.justiciaviva.org.pe/nuevos/2006/febrero/09/30_razones.doc>; GAMARRA, Ronald, «El (también) inconstitucional Código de Justicia Militar Policial». En <<http://www.justiciaviva.org.pe/justiciamail/jm0230.htm>> .

de función perpetrados por militares en servicio activo; y recordar que cuando asumen competencia sobre un asunto que debe conocer el Poder Judicial, se ve afectado el derecho al juez natural y el debido proceso.¹⁷

Por su parte, en el plano interno, el Tribunal Constitucional ha acogido dos demandas planteadas por la Defensoría del Pueblo contra leyes que definen diversos aspectos de la justicia militar. Al resolver una de ellas, interpuesta contra determinados artículos de la ley 24150 —modificada por el decreto legislativo 749— que regula el papel de las fuerzas armadas durante los estados de excepción, el supremo intérprete de la Constitución ha vuelto a indicar que el ámbito de competencia de los tribunales castrenses se agota en el delito de función, por lo que el juzgamiento de los ilícitos de naturaleza común corresponde al Poder Judicial, con independencia de la condición de militar que pueda tener el sujeto activo o el sujeto pasivo, y del lugar de la comisión.¹⁸ Al pronunciarse sobre la otra, dirigida contra múltiples artículos del decreto ley 23201 —Ley Orgánica de Justicia Militar—, del decreto ley 23214 —Código de Justicia Militar—, y de la ley 27860 —Ley del Ministerio de Defensa—, el Tribunal Constitucional ha acotado que los delitos contra los derechos humanos y, en general, todos los que pueden considerarse como de lesa humanidad no son susceptibles de ser juzgados por los tribunales militares.¹⁹

Al abordar peticiones específicas relativas a investigaciones y procesos por delitos contra los derechos humanos, el Tribunal Constitucional ha dado pasos significativos. Así, en el caso *Villegas Namuche*, ha reconocido que la ejecución extrajudicial, la desaparición forzada y la tortura son hechos crueles, atroces, y constituyen graves violaciones de los derechos humanos, que no pueden quedar impunes;²⁰ en el caso *Vera Navarrete*, ha ratificado que la desaparición forzada es una de las modalidades más graves de violaciones de los derechos humanos;²¹ y, en el caso *Portella Núñez*, ha señalado que el Estado no puede tolerar la impunidad de los crímenes del Grupo Colina, y otras graves

¹⁷ Cf. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso 19 comerciantes vs. Colombia*. Sentencia del 5 de julio de 2004. Serie C, n.º 109; *Caso de la masacre de Mapiripán vs. Colombia*. Sentencia del 15 de septiembre de 2005. Serie C, n.º 134; *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*. Sentencia del 22 de noviembre de 2005. Serie C, n.º 135; *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Sentencia sobre excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 26 de septiembre de 2006. Serie C N.º 154; y *Caso La Cantuta vs. Perú*. Sentencia sobre fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 29 de noviembre de 2006. Serie C, n.º 162.

¹⁸ Cf. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Expediente 0017-2003-AI/TC. Sentencia del 16 de marzo de 2004.

¹⁹ Cf. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Expediente 0023-2003-AI/TC. Sentencia del 9 de junio de 2004.

²⁰ Cf. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Expediente 2488-2002-HC/TC. Sentencia del 18 de marzo de 2004.

²¹ Cf. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Expediente 2798-04-HC/TC. Sentencia del 9 de diciembre de 2004.

violaciones de los derechos humanos, por una obligación ética fundamental y el debido cumplimiento de compromisos internacionales contraídos por el Perú.²²

En el 2006, el Tribunal Constitucional ha resuelto hasta tres demandas de inconstitucionalidad planteadas por el Ministerio Público y el Colegio de Abogados de Lima contra el nuevo y fortalecido marco jurídico de la justicia militar. Al absolverlas, el colegiado ha cuestionado gran parte del articulado de la ley 28665, declarando la inconstitucionalidad del cuerpo judicial y fiscal militar-policial —los magistrados no pueden mantener la condición de militares en actividad y el Consejo Nacional de la Magistratura no está sujeto a restricciones para seleccionar y designar a jueces y fiscales castrenses—, de todo órgano fiscal por fuera del Ministerio Público, de la oficina de control de la magistratura castrense, de la atribución de competencia a la Sala Suprema Militar-Policial para dirimir las contiendas de competencia entre la justicia militar y la ordinaria, de la competencia de la justicia castrense para conocer las acciones de garantía, de la autonomía presupuestal de la justicia militar, y de todo régimen transitorio de designación de jueces y fiscales militares.²³ Asimismo, ha resquebrajado el decreto legislativo 961, al declarar la inconstitucionalidad de más de 30 artículos del Código de Justicia Militar Policial por tipificar delitos comunes o meras infracciones administrativas; al precisar que la interpretación de la expresión *delito de función* debe ser restrictiva y limitada de forma exclusiva a comportamientos de carácter castrense, y que, ante la duda, una conducta debe ser prevista en el Código Penal común y conocida por el Poder Judicial; y al acotar que los derechos fundamentales como la vida y la integridad física —entre otros— no constituyen bienes jurídicos propios de las fuerzas armadas por lo que deben ser protegidos por la legislación ordinaria.²⁴

También la Defensoría del Pueblo, en estos últimos años y como parte de un temprano estudio sobre el proceso de judicialización de las violaciones de los derechos humanos, ha identificado como un serio problema la inaceptable decisión de la justicia militar de abocarse a este tipo de causas, por lo que ha recordado al presidente del Consejo Supremo de Justicia Militar su deber de

²² Cf. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Expediente 0275-2005-PHC/TC. Sentencia del 9 de febrero de 2005.

²³ Cf. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Expediente 0004-2006-PI/TC. Sentencia del 29 de marzo de 2006; y expediente 0006-2006-PI/TC. Sentencia del 13 de junio de 2006.

²⁴ Cf. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Expediente 0012-2006-PI/TC. Sentencia del 15 de diciembre de 2006.

instruir a los jueces y fiscales castrenses para que se abstengan de iniciar o reabrir investigaciones paralelas a las del Ministerio Público y el Poder Judicial.²⁵ Posteriormente, ha señalado la ilegal continuación de las investigaciones de la Vocalía de Instrucción del Consejo Supremo;²⁶ y, finalmente ha anotado que tal situación es indebida y contraria a la postura de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema de Justicia.²⁷

En lo que atañe a las decisiones del Poder Judicial sobre este tema, es de anotar que, del 2004 en adelante, la Corte Suprema se ha pronunciado de manera reiterada, al dirimir las contiendas de competencia en los casos de la ejecución extrajudicial de Indalecio Pomatanta Albarrán,²⁸ la desaparición de autoridades de Chuschi,²⁹ la tortura y muerte de Efraín Aponte Ortiz,³⁰ y las ejecuciones extrajudiciales en el puesto policial de Santo Tomás-Chumbivilcas,³¹ que nunca puede considerarse acto de servicio la comisión de crímenes horribles y los atentados graves a los derechos humanos, por lo que los tribunales militares carecen de competencia para conocer las violaciones de los derechos fundamentales. Al tiempo que los órganos del sistema judicial de derechos humanos, en el caso *El Frontón*, resolvieron que la investigación de miembros de las fuerzas de seguridad acusados de violaciones de los derechos humanos por la justicia militar es parcial y carece de independencia, no satisface los estándares establecidos en el derecho internacional, es un juicio ilegítimo y, por tanto, no puede beneficiarse de la cosa juzgada;³² en el caso de la desaparición forzada en Huancapi, que la justicia militar no es la vía prevista por la legislación nacional e internacional para juzgar los casos de violaciones de derechos humanos por lo que tales procesos no constituyen cosa juzgada y

²⁵ Cf. DEFENSORÍA DEL PUEBLO. *A un año de la Comisión de la Verdad y Reconciliación*. Informe defensorial n.º 86. Aprobado por resolución defensorial 020-2004/DP.

²⁶ Cf. DEFENSORÍA DEL PUEBLO. *A dos años de la Comisión de la Verdad y Reconciliación*. Informe defensorial n.º 97.

²⁷ Cf. DEFENSORÍA DEL PUEBLO. *El difícil camino de la reconciliación. Justicia y reparación para las víctimas de la violencia*. Informe defensorial n.º 112.

²⁸ Sentencia de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema recaída en la competencia 18=2004, del 17 de noviembre de 2004.

²⁹ Sentencia de la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema recaída en la competencia 29-04, del 14 de diciembre de 2004.

³⁰ Sentencia de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema recaída en la competencia 08-2005, del 1 de julio de 2005.

³¹ Sentencia de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema recaída en la competencia 18-2005, del 23 de agosto de 2005.

³² Sentencia de la Sala Penal Nacional recaída en el incidente 17-05-D, excepción de cosa juzgada, del 30 de noviembre de 2005.

el hecho debe ser investigado por el Poder Judicial,³³ y tratándose del caso de la ejecución extrajudicial de Hugo Bustíos Saavedra, que los delitos de lesa humanidad deben ser juzgados en el fuero común y que no resulta procedente ningún recurso de inhibición ni la expedición de resolución alguna que declare la competencia de la justicia castrense.³⁴

2. Procesos por delitos contra los derechos humanos y estructura penal especializada

Basados en una específica recomendación de la CVR, asumida también por la Comisión Especial para la Reforma Integral de la Administración de Justicia y la Defensoría del Pueblo, el Poder Judicial y el Ministerio Público han creado una estructura penal especializada en el procesamiento de violaciones de los derechos humanos.³⁵ Toda vez que esta parece haber sido adoptada sin tener en claro el diseño de la organización que se requería para atender la necesidad y urgencia del sometimiento a juicio de los autores de graves crímenes contra los derechos humanos y la complejidad de tales investigaciones, el sistema ha ido armándose en el camino y a través del tiempo,³⁶ es decir, configurándose de forma paulatina.³⁷ Pese a ello, sin duda alguna, hoy en día es uno de los aspectos positivos del proceso de judicialización iniciado.

En consideración a las no pocas dificultades que presenta —marchas y contramarchas, superposición de órganos, relativa coordinación entre el Poder Judicial y el Ministerio Público, falta de especialización de los magistrados y fiscales designados, no dedicación exclusiva a casos de derechos humanos—, se ha afirmado que la estructura penal creada es insuficiente y no constituye un sistema eficaz de investigación y juzgamiento. Incluso se ha calificado de inapropiado el uso del vocablo *sistema especializado* para designar a los órganos judiciales y fiscales que procesan violaciones de derechos humanos «en la

³³ Auto de apertura de instrucción del Juzgado Mixto de Fajardo, del 7 de octubre de 2004.

³⁴ Auto de apertura de instrucción del Juzgado Penal Supraprovincial de Ayacucho, del 13 de mayo de 2005.

³⁵ Básicamente, resolución administrativa 170-2004-CE-P, resolución administrativa 060-2005-CE-PJ, resolución administrativa 075-2005-CE-PJ, directiva 01-2005-P-SPN —tratándose del Poder Judicial—, y resolución 631-20002-MP-FN, resolución 1122-2002-MP-FN, resolución 2034-2003-MP-FN, resolución 2036-2003-MP-FN, resolución 1645-2004-MP-FN y resolución 1602-2005-MP-FN —en el caso del Ministerio Público—.

³⁶ Cf. GAMARRA, Ronald. «Derechos humanos, justicia y transición democrática: el balance institucional». En Lisa Magarrell y Leonardo Filippini (eds.). *El legado de la verdad: la justicia penal en la transición peruana*.

³⁷ Cf. DEFENSORÍA DEL PUEBLO. *A dos años de la Comisión de la Verdad y Reconciliación*. Informe defensorial n.º 97. Además, VEGA, Eduardo. «La responsabilidad penal de los agentes del Estado». En Lisa Magarrell y Leonardo Filippini (eds.). *El legado de la verdad: la justicia penal en la transición peruana*.

medida que éstos no reúnen, entre otras, las características de especialización, exclusividad y adecuada coordinación entre sus instancias».³⁸

Ahora bien, con independencia del debate acerca de su eficacia³⁹ y denominación, en el terreno dogmático cabe preguntarse por la relación existente entre la estructura penal especializada o el sistema especializado y el derecho al juez natural. Discusión que, por cierto, no ha sido planteada en juicio por ninguno de los procesados ni por las víctimas o sus familiares, tampoco invocada de oficio por la judicatura, y que, en términos prácticos, ha facilitado la sustanciación de las causas incoadas. Al respecto, es de señalar que la fórmula sistema especializado-juez natural ha sido objeto de no pocos estudios y tratados en materia procesal penal, de regulación legal y que existe una antigua y sólida jurisprudencia que avala su pacífica concurrencia: el primero no importa la vulneración del segundo.

Entre nosotros, aunque en referencia a otros sistemas, el Tribunal Constitucional ha dicho, en los casos *Bedoya de Vivanco*,⁴⁰ *Mori Dávila*,⁴¹ y *Cruz Hernández*⁴² que la unidad del Poder Judicial no impide la especialización orgánico-funcional de juzgados y tribunales por razón de la materia; que son criterios válidos de especialización la existencia de cierto tipo de criminalidad que engloba diversos tipos penales, que se practica desde el Estado y cuyos autores disfrutaban de una particular capacidad de información e influencia, también la necesidad de protección de bienes constitucionalmente relevantes, así como la complejidad del asunto y la densidad de la carga procesal. Ha señalado, también, que no vulnera el derecho al juez natural —en realidad, el derecho a no ser desviado de la jurisdicción predeterminada— la decisión del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial de especificar, vía resolución administrativa, la subespecialidad de una sala penal o un juzgado previsto por la ley —artículo 82, inciso 28, de la Ley Orgánica del Poder Judicial— cuando así lo requiera una más rápida y eficaz administración de justicia; y que la justicia especializada que forma parte del Poder Judicial difiere de la justicia excepcional —órganos jurisdiccionales *ex post facto* o comisiones creadas al efecto—, por lo que

³⁸ Cf. INSTITUTO DE DEMOCRACIA Y DERECHOS HUMANOS DE LA PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ. *Procesamiento de violaciones de derechos humanos en el Perú: características y dificultades*. Lima: IDEHPUCP, 2006.

³⁹ Cf. INSTITUTO DE DEFENSA LEGAL. *La judicialización de las violaciones a los derechos humanos en el Perú*. En <<http://www.idl.org.pe/Publicaciones/judicializa.pdf>>.

⁴⁰ Cf. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Expediente 1076-2003-HC/TC. Sentencia del 9 de junio de 2003.

⁴¹ Cf. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Expediente 1330-2002- HC/TC. Sentencia del 9 de julio de 2002.

⁴² Cf. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Expediente 1276-2005- HC/TC. Sentencia del 17 de marzo de 2005.

no representa vulneración alguna al derecho al juez predeterminado por ley, que es un elemento propio del concepto de juez natural.

Por otro lado, vinculadas con el tema del juez natural, aparecen las resoluciones administrativas y directivas adoptadas por el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial y la Sala Penal Nacional que, en el 2005, habilitaron a los Juzgados Penales Supraprovinciales de Lima a conocer las nuevas denuncias formalizadas por el Ministerio Público por delitos contra los derechos humanos acontecidos en cualquier lugar del país, siempre que se encuentren comprendidos en ellas tres o más agraviados. Sobre el particular, la Defensoría del Pueblo ha sostenido que algunas disposiciones de la directiva 001-2005-P-SPN «resultan de dudosa compatibilidad con derechos fundamentales» tales como el derecho a la tutela judicial efectiva, el derecho a la prueba, el principio de inmediación y el derecho a la igualdad en el proceso;⁴³ y, recientemente, ha vuelto a señalar que la remisión de casos a los órganos jurisdiccionales, con sede en Lima, de la estructura penal especializada, afecta «los derechos fundamentales referidos al debido proceso como el derecho a la tutela judicial efectiva, el derecho a la prueba, el principio de inmediación y el derecho a la igualdad de oportunidades entre las partes».⁴⁴ Por lo demás, quienes se han ocupado de este tema han señalado que las aludidas resoluciones administrativas son cuestionables y que la directiva en mención es arbitraria y carece de sustento técnico y legal.⁴⁵

La decisión no está exenta de crítica y debate, pero, ciertamente, en lo que concierne al derecho al juez natural, no se puede negar que los casos remitidos a Lima lo son sobre la base de normas de reparto que fijan un criterio objetivo, son conocidos por magistrados que forman parte del Poder Judicial, su potestad jurisdiccional ha sido establecida con anterioridad y su independencia e imparcialidad en la sustanciación de la causa no es discutida. Y a tenor de lo expresamente constatado por la Defensoría del Pueblo, se trataría de jueces idóneos que cuentan con una mayor especialización y un aceptable manejo de la información que aparece en el expediente,⁴⁶ atributos que forman parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho al juez natural.

⁴³ Cf. DEFENSORÍA DEL PUEBLO. *A dos años de la Comisión de la Verdad y Reconciliación*. Informe defensorial n.º 97.

⁴⁴ DEFENSORÍA DEL PUEBLO. *El difícil camino de la reconciliación. Justicia y reparación para las víctimas de la violencia*. Informe defensorial n.º 112.

⁴⁵ Cf. CANO, Gloria, y Karin NINAQUISPE. «El papel de la sociedad civil en la demanda y promoción de justicia». En Lisa Magarrell y Leonardo Filippini (eds.). *El legado de la verdad: la justicia penal en la transición peruana*.

⁴⁶ Cf. DEFENSORÍA DEL PUEBLO. *El difícil camino de la reconciliación. Justicia y reparación para las víctimas de la violencia*. Informe defensorial n.º 112.

Parte III
Política judicial y política institucional
en el juzgamiento de violaciones
de derechos humanos

Juzgar los crímenes en las transiciones a la democracia

María José Guembe

En las últimas décadas se ha desarrollado extensamente el concepto de justicia transicional, surgido de la necesidad de elaborar y proyectar las distintas experiencias vividas luego de la caída de los regímenes autoritarios de América Latina y Europa del este a partir de la década de 1980.

Una de las cuestiones que surge con más fuerza en el contexto de las transiciones a la democracia es la actuación de la justicia contra los responsables de graves violaciones de los derechos humanos y los potenciales efectos que esta puede tener sobre la estabilidad del nuevo gobierno. En este campo, en el que compiten los derechos de las víctimas con las necesidades de la política, aparecen las obligaciones del Estado, emanadas del derecho internacional de los derechos humanos, como el límite del que el Estado no debe apartarse.

Frente a ciertos crímenes, tales como los crímenes de guerra o los de lesa humanidad, la justicia es un imperativo que las instituciones del Estado tienen que impulsar. Algunos factores cumplen un papel central en la realización de la justicia. Por un lado, la voluntad de las autoridades políticas y los funcionarios judiciales. Sin un compromiso fuerte de parte de estos con la realización de investigaciones y juicios, las pretensiones de las víctimas pueden quedar insatisfechas. El balance de fuerzas en el que se haya producido la transición democrática también determinará, en gran medida, la capacidad del Estado de actuar. Otro factor que tendrá incidencia en la realización de la justicia será el estado de las instituciones encargadas de llevar adelante el juzgamiento y la existencia de recursos necesarios.

Además de estas cuestiones, surgen otras relacionadas específicamente con el modo en que se realizan los juicios. *¿Qué tribunales deben impulsar el juzgamiento? ¿Con qué leyes? ¿A quiénes juzgar? ¿Por qué casos?*

No se trata solo de abordar el pasado ni de lidiar con un presente complejo, sino también de asumir qué cambios se desea producir hacia el futuro; en

qué sentido el proceso de justicia transicional permitirá avanzar hacia la construcción de una sociedad distinta a la que dieron lugar las graves violaciones de los derechos humanos.

Las definiciones que se adopten desde el Estado no serán unívocas puesto que son diferentes agencias las que, con su actuación, irán armando el proceso transicional. Sea cual fuere la estrategia que se pretenda implementar, participarán diferentes instancias del Estado, con lógicas de funcionamiento propio e intereses distintos.

Miembros del Poder Ejecutivo, jueces y legisladores tienen un importante papel que cumplir en la definición de las políticas. Las transiciones suelen ser momentos óptimos para encarar reformas legislativas que tiendan a democratizar las instituciones del Estado. Del mismo modo, el poder político se encontrará en la situación planteada con la facultad de realizar cambios en el contenido de las instituciones y también en sus integrantes. Remover de sus puestos a los funcionarios cuestionados del régimen anterior puede ser una tarea central frente a la pretensión de encarar cambios estructurales. En el caso de los funcionarios judiciales, los cambios pueden ser necesarios, también, para garantizar la viabilidad de los juicios.

No pasa inadvertido que todas estas decisiones están sujetas a constricciones coyunturales y esquemas de poder. Sin embargo, la construcción de poder y el fortalecimiento de las nuevas autoridades pueden surgir de la decisión firme de adoptar cambios, más que de la indefinición acerca de estos.

1. Algunas cuestiones que atañen a la realización de la justicia

1.1. Jueces y tribunales

En la actuación de las leyes, los jueces están en condiciones de impulsar, desde su autonomía, modificaciones que propicien una mejor garantía de los derechos humanos. En algunas partes del mundo los jueces suelen ser los más requeridos en el transcurso de los procesos de justicia transicional. En los países de América Latina, por ejemplo, la centralidad de la justicia en el reclamo de las víctimas es muy clara. Una de las cuestiones que hay que enfrentar en el caso de llevar a juicio las violaciones de los derechos humanos es cuáles serán los tribunales encargados de la tarea.

En este sentido, es posible adoptar la decisión de poner la tarea en manos de tribunales especialmente creados para ello. En los casos en que las institu-

ciones del Estado se encuentran muy debilitadas, esta puede ser la única alternativa posible. Contrariamente, en aquellos casos en los que existen instituciones de justicia, parece más conveniente que el juzgamiento sea llevado a cabo por los tribunales ya ordinarios. Ello en virtud de que uno de los fines que las transiciones no deberían perder de vista es el de restablecer las funciones del Estado luego del largo período de anomalía institucional.

La idea es que el Estado pueda responder frente a los graves crímenes y dotar a sus instituciones de la capacidad de reaccionar y corregir situaciones de gravedad. La creación de tribunales *ad hoc* le da a la resolución del problema un carácter excepcional. Al terminar el juzgamiento, el tribunal se disuelve y la capacidad de actuar se diluye. Por el contrario, si quienes logran llevar a cabo la difícil tarea son los tribunales preexistentes, esa capacidad queda instalada en la institución judicial.

Al mismo tiempo, la percepción que la sociedad tenga del desarrollo de la tarea judicial puede quedar asociada al Poder Judicial *reposicionándolo* en importancia. La idea es que los tribunales puedan ser fortalecidos mediante la dotación de mayores y mejores recursos, si es que esto es posible y que ese fortalecimiento sirva para el futuro, de modo que el proceso de transición se proyecte hacia la construcción de una sociedad y un Estado distintos.¹

Ahora bien, más allá de lo que hace a la institución judicial, también hay una tarea que realizar frente a los actores que la integran. Se debe buscar que los jueces encuentren el interés por seguir los casos de graves violaciones de los derechos humanos. Lograr tal objetivo no es sencillo. En este aspecto, puede contribuir contar con medios de comunicación dispuestos a realzar la labor de los jueces frente a la opinión pública. El reconocimiento al compromiso con la justicia proveniente no solo de las víctimas sino de sectores más amplios de la sociedad, impulsará a actuar a aquellos jueces más reticentes.

En casos como el de Argentina, la exigencia de condena judicial por parte de las víctimas coloca a los jueces en el centro de la escena. Nuevamente nos encontramos con el dilema de si los jueces serán los mismos que se encontraban ocupando los cargos durante el gobierno o régimen anterior o si, por el contrario, será necesario realizar un recambio. En este sentido, es importante

¹ En Argentina, el tribunal encargado de llevar adelante el juicio a las juntas militares fue la Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal, un tribunal que integra la estructura del Poder Judicial Federal. La imagen de esta corte y sus jueces quedó permanentemente asociada a la histórica actuación en la condena de los más altos responsables del terrorismo de Estado.

pugnar por modificaciones en la constitución de la justicia, para así remover a aquellos miembros que avalaron las violaciones o crímenes.

Sin embargo, la no remoción de los jueces y funcionarios preexistentes no significa, sin más, que las acciones judiciales no puedan prosperar. Cambiado el escenario político suele producirse un reacomodo de los distintos actores que puede llevar a que aquellos menos pensados se conviertan en acérrimos garantes de los derechos. Este no es el mejor panorama pensando en la proyección a futuro del proceso transicional. Pero tampoco es el peor.

Lo cierto es que más allá del oportunismo de algunos, siempre es posible encontrar funcionarios judiciales realmente comprometidos con los derechos de las víctimas. En estos casos lo decisivo será que cuenten con una dosis de audacia que les permita avanzar aun sabiendo que la resistencia sobre el juzgamiento se hará sentir fuertemente.

En Argentina, al recuperar la democracia no se produjo un gran recambio en la composición del Poder Judicial. El gobierno de Raúl Alfonsín llegó al poder con la promesa de llevar a los más altos responsables del terrorismo de Estado a la justicia y así ocurrió. El juicio a las juntas militares transformó la percepción que el público tenía del poder judicial.² Tanto ese caso, como la actuación en general en la persecución de los responsables de violaciones de los derechos humanos, otorgaron a algunos jueces y fiscales un fuerte reconocimiento público.

Esta imagen se vio reforzada frente al hecho complejo de la sanción de la Ley de Punto Final, en diciembre de 1986.³ La ley fue dictada por el Congreso por iniciativa del Poder Ejecutivo y tenía el objetivo de limitar los juicios que se estaban llevando a cabo, mediante el establecimiento de un plazo de un mes para citar a declaración indagatoria a los militares que aún no habían sido convocados. Frente a esta norma, los jueces potenciaron su actividad, aun durante la feria judicial, para lograr iniciar la mayor cantidad posible de juicios, contrariando así la voluntad del Gobierno de garantizar la impunidad de algunos crímenes.

Este compromiso de los jueces con la sanción de los militares no se mantuvo intacto en el curso del tiempo. Tanto la Ley de Punto Final como la de

² El 9 de diciembre de 1985, la Cámara Federal de Apelaciones de Buenos Aires, luego de nueve meses de investigación, condenó a cinco de los comandantes de las fuerzas armadas miembros de las juntas militares por los crímenes de homicidio, privación ilegal de la libertad y tormentos, entre otros.

³ Ley 23492.

Obediencia Debida⁴ y los indultos a favor de los militares condenados en el juicio a las juntas,⁵ fueron convalidadas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

A esta decisión de la Corte Suprema siguió un largo período de inactividad judicial en relación con los juicios a la dictadura militar que, recién comenzó a cambiar a fines de la década de 1990, con la reapertura de algunos casos.

Esta segunda etapa de la justicia requirió de gran audacia por parte de algunos magistrados. La propuesta de reactivación de la tarea judicial fue aportada en 1995 por las organizaciones de derechos humanos en una forma innovadora: los juicios por la verdad. Frente a la imposibilidad que establecían las leyes de impunidad de imponer sanciones, se propuso a los jueces que avanzaran en la investigación de las circunstancias que habían rodeado los crímenes. La pretensión era volver a instaurar el Poder Judicial como actor en la revisión del pasado, que estaba ocupando un fuerte espacio en la opinión pública.

En ese camino, los jueces se apoyaron en las organizaciones de derechos humanos. El apoyo fue una decisión estratégica, tanto para los jueces que comenzaron a quebrar la barrera de la impunidad desinteresada y bien intencionadamente, como para otros que descubrieron en los juicios relacionados con la dictadura la oportunidad para cambiar su imagen manchada por acusaciones de corrupción.

A partir de 1998, al acercarse el final del gobierno de Carlos Menem, los jueces federales que, en su gran mayoría habían respondido automáticamente al poder político —desbastando la autonomía del Poder Judicial—, comenzaron a intentar distanciarse del Gobierno.⁶

Hubo varios factores que hicieron que los casos por violaciones de los derechos humanos de la dictadura militar se convirtieran en un campo fértil para que los jueces más cuestionados pudiesen limpiar su imagen y garantizar su permanencia en los cargos una vez producido el cambio de Gobierno.

El reclamo por los hechos del pasado se había instalado muy fuertemente en la opinión pública a partir del vigésimo aniversario del golpe de Estado.

⁴ Ley 23521.

⁵ Decreto 1002/89.

⁶ Sobre la reacción de los jueces ante los cambios de gobierno, cf. HELMKE, Gretchen. «Judicial Decision-Making and Strategic Defection: Court-Executive Relations in Argentina, 1976-1995». En <<http://www.personal.umich.edu/~jbednar/Workshoppapers/helmke.pdf>>.

Hasta ese momento, a pesar de las leyes de impunidad, lo habían mantenido vivo las organizaciones de derechos humanos, los familiares de las víctimas y los sobrevivientes, pero no se escuchaban muchas voces de otros ámbitos. El segundo aniversario movilizó fuertemente al periodismo, grupos académicos, estudiantiles, organizaciones sociales y gremiales. El tema se instaló y se mantuvo constante en la agenda pública.

La revitalización de la cuestión no pasó inadvertida para los jueces, como tampoco la importante reacción positiva de la opinión pública local e internacional frente a la detención en Londres del dictador chileno Augusto Pinochet.⁷

Claramente, los vientos iban cambiando y la lucha por los derechos humanos del pasado reciente se ubicaba en el medio de la escena. Quien acumulaba hasta ese momento el mayor rédito por su intervención en los casos argentinos de la dictadura militar era un español: el juez Baltasar Garzón, artífice de la detención de Pinochet y de los pedidos de extradición de un gran número de militares argentinos.

Poco tiempo antes de la detención de Pinochet, Videla fue detenido en Buenos Aires, acusado de orquestar el plan sistemático de apropiación de niños durante la dictadura. A esta detención siguieron las de otros militares de igual rango.⁸ Los casos mencionados habían quedado excluidos de las leyes de Punto Final y Obediencia Debida y, por lo tanto, eran los únicos que podían ser juzgados sin necesidad de adoptar decisión alguna en relación con la validez de tales normas. Sin embargo, en casi quince años desde la recuperación de la democracia, no había habido prácticamente ningún avance en el juzgamiento de los máximos responsables de este delito.

En muchos casos, los avances en materia de juzgamiento de los crímenes de lesa humanidad se vieron motivados por razones ajenas al derecho de las

⁷ El 16 de octubre de 1998, 15 efectivos de Scotland Yard arrestaron al senador Augusto Pinochet en la London Clinic, provocando gran sorpresa mundial y un sinnúmero de reacciones políticas en Chile.

⁸ En julio de 1998, se ordenó el arresto del primer presidente del gobierno militar, el general Jorge Videla. La detención fue ordenada por el juez federal Roberto Marquevich, cuya actuación al frente del juzgado federal de San Isidro se encontraba fuertemente cuestionada. Marquevich fue removido de su cargo en junio de 2004. En noviembre de 1998, se produjo la detención del almirante Emilio Massera, responsable de la unidad clandestina de maternidad que funcionó en ESMA, el mayor y más emblemático centro clandestino de detención que funcionó en Buenos Aires. Videla y Massera habían sido sentenciados a cadena perpetua en el juicio a las juntas, y más tarde, indultados por el presidente Carlos Menem. A estas detenciones siguieron las del general Reynaldo Bignone, el teniente general Cristino Nicolaidis, el almirante Rubén Franco, y el brigadier general Augusto Hughes, más otros 10 oficiales del Ejército y la Armada.

víctimas o a la necesidad de la sociedad de elaborar el pasado. Sin embargo, las resoluciones más decisivas que abrieron nuevamente la posibilidad de llevar adelante los juicios fueron adoptadas por jueces y funcionarios con buena fe y gran conocimiento del derecho. El procurador general de la República también apoyó con sus dictámenes la obligación de juzgar y castigar los delitos.

Más allá de las múltiples circunstancias que hacen a la actuación del Poder Judicial, los mayores avances en las últimas décadas se produjeron al compás del desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos y de las decisiones que se fueron produciendo en el ámbito internacional. Resoluciones como la dictada en el caso *Barrios Altos* por la Corte Interamericana de Derechos Humanos tuvieron gran influencia en la jurisprudencia local. Sin embargo, la utilización de este tipo de avances producidos en el ámbito internacional requiere de lucidez de parte de los distintos actores para obtener de ellos el mayor rédito posible.

1.2. ¿Qué casos serán juzgados?

Más allá de la cuestión acerca de qué tribunales deben llevar adelante los juicios, en muchas ocasiones se presenta, también, la necesidad de resolver qué casos serán juzgados. Esta decisión la imponen el carácter masivo y la clandestinidad de la represión. La cuestión a la que nos enfrentan es cómo hacer frente a una demanda tan grande por parte de las víctimas, en un tiempo razonablemente corto y con la evidencia que pueda reunirse. La decisión de encarar el juzgamiento del total de los casos denunciados o, por el contrario, de acotar dicho universo, estará limitada por la ley en algunos aspectos, por la capacidad real de encarar el juzgamiento, por la necesidad de actuar en un tiempo razonable y, en última instancia, por factores políticos.

¿Cuál es el margen que tiene el Estado para establecer discriminaciones y cuáles son los criterios que las pueden sustentar? Es posible argumentar que ese margen es muy estrecho, puesto que todas las víctimas tienen derecho a ser escuchadas por un juez y a que su caso sea tratado en el marco de un proceso judicial. Ahora bien, esto no siempre será posible.

Resulta oportuno diseñar una estrategia que permita realizar el reclamo de justicia con eficacia. Un criterio que hay que tener en cuenta es el de impulsar los casos que tengan posibilidades de ser juzgados. Es decir, aquellos en los que exista suficiente evidencia y testigos que puedan acercar información. Habrá otros casos en los que, lamentablemente, no pueda recabarse evidencia

sobre los responsables de los delitos y la tarea de investigar se torne muy difícil.

Ahora bien, incluso en tales casos, el Estado debe proveer el ámbito en el que todas las denuncias sean recibidas y analizadas, más allá de que, posteriormente, formen parte de una acusación o condena.⁹

Por otra parte, es probable que, además, para llevar adelante el juzgamiento en un tiempo razonable y con los discursos disponibles, sea necesario establecer un diseño que agrupe los casos de acuerdo con distintos factores como la similitud de las denuncias, la relación de varios casos en cuanto a los imputados, al lugar en el que los hechos ocurrieron, etcétera.

La labor de las comisiones de la verdad, en casos como el de Perú y Argentina, resultó muy útil en ese sentido. Por un lado, estos órganos fueron los encargados de recolectar las denuncias y la información que las documentaba y, lo más importante, los testimonios de las víctimas y testigos. La Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas (CONADEP)¹⁰ argentina fue mucho más acotada que la Comisión de la Verdad y Reconciliación (CVR)¹¹ peruana, pero ambas tuvieron entre sus objetivos centrales judicializar las denuncias recibidas. Si bien en ambos casos se enfrentaron con obstáculos e inconvenientes de diverso tipo, muchas veces originados en la falta de coordinación con el Ministerio Público o la justicia, la labor que desarrollaron fue de fundamental ayuda para la posterior actuación de los jueces.¹²

Tanto la CONADEP como la CVR intentaron, por medio de los casos presentados a la justicia, dar cuenta del sistema represivo que se había implementado y, de este modo, propusieron un ordenamiento de la información transferida a la esfera judicial.

El hecho de que las comisiones de la verdad cuenten con equipos especializados que puedan diseñar estrategias judiciales y coordinarlas con los operadores judiciales, dotará al proceso de una coherencia que será difícil establecer luego de que los juicios estén en marcha.

⁹ En Argentina, la decisión del Ministerio Público en el Juicio a la Juntas fue limitar la acusación a 700 casos, decisión altamente cuestionada por el sector de las víctimas y las organizaciones de derechos humanos. Sin embargo, la posibilidad de presentar denuncias no estuvo limitada.

¹⁰ Comisión Nacional sobre Desaparición Forzada de Personas, creada por decreto del Poder Ejecutivo Nacional 157 del 15 de diciembre de 1983.

¹¹ Comisión de la Verdad y Reconciliación, creada por decreto supremo 065-2001-PCM del 2 de junio de 2001.

¹² Sobre las relaciones entre la CVR y el Ministerio Público en Perú, cf. GONZÁLEZ CUEVA, Eduardo. «The Peruvian Truth and Reconciliation Commission and the Challenge of Impunity». En Naomi Roht Arriaza (ed.). *Transitional Justice in the Twenty-First Century. Beyond Truth versus Justice*. Nueva York y Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

1.3. La representación de las víctimas

La posibilidad de presentar los casos a la justicia está íntimamente relacionada con la cuestión de quién asume la representación de las víctimas. Es importante dotar a estas de la facultad de recurrir ante los jueces independientemente de la actuación de una comisión de la verdad y los fiscales.

En varios países de América Latina, la posibilidad de querellar se encuentra reservada al fiscal, quien decidirá si impulsa la acción penal o no. De este modo, la inacción de los procuradores dejará sin herramientas a los interesados directos en que los casos prosperen. Incorporar la figura del querellante en la legislación procesal podría ser una medida de reforma legislativa que se adopte durante el proceso transicional.¹³

Lo mismo ocurre con la posibilidad de que los damnificados puedan recurrir las decisiones judiciales desfavorables y aportar prueba en el caso de resultar necesario, ya sea por inactividad de los jueces o fiscales, o para complementar la tarea de estos.

Ahora bien, es igualmente importante que el impulso de los casos no quede exclusivamente en cabeza de los damnificados. Es sustancial desarrollar un cuerpo de fiscales capaces de diseñar e implementar estrategias de investigación y juzgamiento ya que, en última instancia, estas dos acciones son responsabilidad del Estado.¹⁴ Una cuestión difícil de resolver es que las distintas agencias que participan en la elaboración de los casos no compitan celosamente entre sí. Jueces, fiscales y, en su caso, las comisiones de la verdad contribuirán, si trabajan coordinadamente, a la mejor realización de la justicia.

Regresando a la cuestión sobre qué casos juzgar, un criterio muchas veces utilizado es el de los casos *estelares* o la relevancia de las víctimas: en mi opinión una decisión sustentada en dichos criterios resulta elitista y, por tanto, poco democrática.

Si la dimensión de los hechos es tal que el Poder Judicial no puede hacerse cargo de la tarea en su totalidad, es conveniente avanzar en el juzgamiento con los casos que estén en condiciones de ser elevados a juicio, pues la demora

¹³ En el caso de Argentina, donde los procesos penales se iniciaron en sede militar, se propició, por la vía de una reforma de la legislación, la facultad de que las víctimas se presentaran como actores civiles con la facultad de aportar pruebas y de interponer recursos. Dicha facultad no existía previamente.

¹⁴ En Argentina, hace pocos años, se creó la Unidad de Fiscales Especializados en Casos de Derechos Humanos que colabora con los fiscales naturales de los juicios, centraliza información, y coordina con los abogados de las víctimas.

en la actuación del Poder Judicial puede ocasionar una mayor presión hacia jueces y autoridades por parte de los grupos que resisten la actuación de la justicia, y exponer a los testigos y denunciadores a situaciones de riesgo.

Volviendo al caso argentino, resulta útil mencionar que, desde la reapertura de los juicios durante los últimos años, no ha habido avances sustanciales en el juzgamiento y condena de los imputados.¹⁵ En gran medida ello se relaciona con la falta de una estrategia clara, contundente y expedita de parte de los funcionarios y operadores judiciales.

Por una parte, esto tiene como consecuencia que los términos de las prisiones preventivas se extiendan más allá de lo razonable o que los imputados puedan obtener su libertad en virtud del retraso de la justicia. Por otra parte, y esta es la consecuencia más grave, los testigos y denunciadores permanecen a disposición de la justicia por un largo período de tiempo, arriesgando su seguridad.

Producto de la falta de una estrategia judicial coordinada es que los testigos deban declarar reiteradamente en distintos juicios, ya que tienen información acerca de diferentes víctimas y no pueden aportarla toda en una sola oportunidad debido a la gran cantidad y dispersión de los procesos.

En los últimos meses se han producido hechos de gravedad que afectaron a personas que aportaron información sobre crímenes del pasado en Argentina. Así, se produjo la desaparición forzada del testigo Jorge Julio López, quien declaró en contra del comisario Etchecolatz, uno de los responsables de la represión ilegal en la provincia de Buenos Aires. Jorge Julio López se encuentra desaparecido desde hace más de tres meses y no se ha logrado obtener información alguna acerca de su paradero. Otro testigo, Luis Geréz, que había testimoniado en la Cámara de Diputados sobre la participación en torturas del ex comisario de la provincia de Buenos Aires, Luis Patti, estuvo desaparecido durante dos días y fue liberado luego de haber sido agredido por sus captores. Tampoco en este caso se pudo establecer quiénes fueron los responsables del secuestro.

Como consecuencia de estos casos, muchos testigos se sienten atemorizados frente a la situación de presentarse a juicio. Si bien hasta el momento no los ha disuadido de prestar declaraciones, existe el temor de que ello ocurra. El Estado no ha dado una respuesta mediante la creación de algún programa de protección de testigos que no implique que estos tengan que ser cuidados por

¹⁵ Solo dos casos han sido juzgados y recibido condena hasta el presente.

las fuerzas de seguridad, las que, a su vez, son sospechosas de participar en los secuestros de López y Geréz.

La manera de dar una respuesta a estas situaciones puede encontrarse en la implementación de mecanismos de protección, en el acortamiento —en cuanto sea posible— de la exposición pública y judicial de los testigos y, sobre todo, en demostrar la decisión firme de avanzar en la condena de los hechos del pasado y de los hechos que puedan ocurrir en el presente relacionados con la investigación del pasado.

1.4. ¿Qué delitos se deben someter a juicio?

¿Hay margen de elección en cuanto a qué delitos someter a juicio? El derecho internacional restringe la capacidad de decisión de los Estados. Desde la entrada en vigencia de diversos tratados internacionales de derechos humanos, los Estados asumieron la obligación de no dejar sin castigo delitos tales como el genocidio, los crímenes de guerra o los de lesa humanidad. Así ha sido establecido y reiterado por tribunales internacionales y ha quedado sentado desde la sanción del Estatuto de Roma y la creación de la Corte Penal Internacional.

Sin embargo, es posible estimar que, en el caso de que un Estado demostrara firmemente su voluntad de juzgar e implementara una política clara de juzgamiento que dejara ciertos delitos impunes por algún motivo especial, los organismos internacionales no lo cuestionarían. Ahora bien, la decisión acerca de qué delitos procesar debe ser muy cuidadosa y no puede dejar fuera cuestiones tales como delitos de género u otros de extrema gravedad.

1.5. ¿A quiénes juzgar?

Nuevamente en este aspecto el derecho internacional limita el margen de decisión del Estado. Símbolo de la fortaleza del Estado de derecho es tanto que la ley se aplique al más poderoso como que se aplique para juzgar los casos más chicos, los más cotidianos. El juzgamiento de esos delitos que afectan diariamente las relaciones en la comunidad, entre vecinos, es muchas veces lo que producirá cambios reales en la vida de las víctimas.

Más allá de esta circunstancia, el juzgamiento de los máximos responsables o de los más emblemáticos violadores de los derechos humanos puede producir mayores efectos en la sociedad respecto de la percepción de aquellos sectores no afectados directamente por la represión.

Si estamos de acuerdo con la justicia simbólica, la cuestión por resolver sería qué símbolos pretendemos imponer o resaltar. Nuevamente parece aconsejable recurrir al criterio teleológico para dar respuesta al interrogante de a quiénes perseguir. En tal sentido, la cuestión sería qué lección queremos dar y qué cambios deseamos priorizar.

Si la decisión es centrarse en los cambios institucionales, quizá la persecución judicial deba comenzar por dirigirse hacia los máximos responsables en las fuerzas armadas y de seguridad, de modo de aleccionar a la oficialidad más joven. También resultará importante prestar atención a la colaboración civil en ciertos ámbitos institucionales, como la Iglesia o el Poder Judicial.

2. Consideraciones finales

Hasta aquí nos hemos referido a algunas cuestiones que es necesario tener en cuenta frente al desafío de llevar a juicio los crímenes cometidos durante períodos de violencia política o regímenes autoritarios.

Las circunstancias especiales que los casos masivos de violaciones de los derechos humanos presentan hacen que se deba adoptar decisiones que faciliten la actuación de la justicia. En este sentido, es importante pensar en los mecanismos óptimos para el *relevamiento* de los casos, la recopilación de la prueba, la representación de las víctimas, la motivación de los operadores jurídicos, entre otras cuestiones. Muchas veces las decisiones acerca de esos asuntos significarán establecer prioridades y, aun distinciones, que pueden ser fuertemente cuestionadas por las víctimas.

Es importante considerar que el momento de la transición democrática representa una oportunidad histórica para producir cambios. Al comienzo del proceso transicional existe una energía que hace propicia la incorporación de mejoras institucionales, reformas legislativas y que hace más fácil, también, la garantía de los derechos de las víctimas. Este estado no se mantiene indefinidamente. En algún momento esa energía que favorece a la justicia empieza a menguar, máxime si no se obtienen resultados ciertos. Por eso algunas de las decisiones de política judicial deben tender a que, en un tiempo relativamente corto, puedan producirse condenas en los procesos penales. El hecho de que algunos juicios se concreten ayudará a restablecer cierto bienestar en las víctimas y también a aplacar las presiones de quienes se oponen a la justicia.

Más allá de los tiempos que cada proceso habilite —en el caso argentino, por ejemplo, más de veinte años después de recuperada la democracia los jui-

cios continúan abiertos— lo importante es que el conflicto pueda trasladarse al lugar de la ley.

En última instancia, todas estas consideraciones se refieren a los modos de facilitar la actuación de la justicia. Para las víctimas, el acceso a la justicia importa la posibilidad de convertirse en sujetos de derecho y, en ese sentido, cambiar su condición. Para la sociedad, la intervención de la justicia tiene el sentido de volver a poner un orden en lo político.

Además de la elaboración del pasado, el proceso de justicia transicional permitirá avanzar hacia la construcción de una sociedad distinta a la que dieron lugar las graves violaciones de derechos humanos.

Actuales riesgos para la judicialización de los casos de la CVR y la lucha contra la impunidad

Walter Albán

No cabe duda de que uno de los temas centrales que la Comisión de la Verdad y Reconciliación (CVR) dejó como parte de las recomendaciones en su *Informe Final*, fue el de la judicialización de aquellos casos que, luego del estudio y análisis de la información disponible al momento de realizar su labor, reunían suficientes indicios y elementos probatorios para ser calificados como las más graves violaciones de los derechos humanos perpetradas durante las dos décadas comprendidas por su investigación.

Se quería entonces —como ahora— impedir que un manto de impunidad pudiera escamotear a las víctimas de tales violaciones una justicia largamente esperada. Al mismo tiempo, sin embargo, se trataba también de convocar al conjunto de la sociedad peruana a una reflexión que le permitiera asumir una cuota de responsabilidad respecto del daño producido por la violencia y la enorme indiferencia que muchos evidenciaron bajo aquellas circunstancias. Ambos objetivos, trazados en procura de sanar las profundas heridas que esta situación ha provocado, obstaculizaban el objetivo de la reconciliación y la construcción de la paz.

1. El progresivo debilitamiento de la voluntad política

Han transcurrido más de tres años desde que la CVR hizo entrega al país de su *Informe Final* y el balance sigue siendo, lamentablemente, desfavorable. Son varios los factores que cabría considerar para tratar de explicar esta situación, pero cobra particular relevancia aquel que, precisamente, fue indispensable para crear la Comisión y otorgarle el más amplio respaldo para su desempeño: la voluntad política, la que a inicios del siglo XXI se expresó de manera con-

tudente entre los peruanos para apostar decididamente por la democracia y desterrar toda forma de autoritarismo. Ese fue el compromiso asumido por todos los sectores políticos y comprendía, entre sus componentes esenciales, el respeto por los derechos humanos y una acción decidida contra la corrupción y la impunidad.

El impulso inicial en la ejecución de tal compromiso, puesto en evidencia durante el régimen transitorio que encabezó el presidente Paniagua,¹ fue debilitándose paulatinamente durante el régimen del presidente Toledo. En efecto, entre julio de 2001 y julio de 2006, al margen de algunas declaraciones que anunciaban el respeto por la palabra empeñada y eventuales medidas específicas dirigidas a obtener la continuidad de lo avanzado hasta ese momento, se hizo también evidente una recurrente actitud vacilante que, en ocasiones, derivó en franco retroceso respecto de cuestiones que resultaban esenciales para la democracia, la lucha anticorrupción y los derechos humanos en el Perú.

La falta de un decidido respaldo al *subsistema anticorrupción*, evidenciado en la escasa o nula atención a sus demandas para contar con los recursos materiales necesarios, la progresiva neutralización de la Procuraduría *Ad Hoc* Anticorrupción, o la demora para poner en ejecución algunas de las recomendaciones de la CVR —mediante la asignación de los recursos correspondientes—, constituyen algunas de las señales más claras de esa negativa tendencia.

2. Los obstáculos en la judicialización de los casos

En ese marco de progresivo debilitamiento de la voluntad política, debemos examinar la evolución observada, específicamente, en lo referido a la judicialización de los procesos que se vienen ventilando ante el Ministerio Público o el Poder Judicial, a partir de los 47 casos que la CVR identificó como las más graves violaciones de los derechos humanos perpetrados en el período de violencia que atravesó el Perú.

Tanto en los dos informes elaborados por la Defensoría del Pueblo en el 2004 y el 2005 —al cumplirse el primer y el segundo aniversario, respectiva-

¹ La elaboración de un proyecto de reforma constitucional a cargo de un grupo de especialistas de reconocida trayectoria democrática; la formulación de una propuesta integral de lucha contra la corrupción, elaborada por el grupo denominado Iniciativa Nacional contra la Corrupción (INA) y la propia creación de la CVR, expresaron, en buena medida, esa voluntad política para honrar el compromiso asumido ante el país por todas las organizaciones identificadas con la recuperación democrática.

mente, de la entrega del *Informe Final* de la CVR y el seguimiento a la judicialización de los casos promovidos por esta—, como en el presentado por el IDEHPUCP sobre el tema,² se advierten escasos avances y serias dificultades para el trámite de los procesos y el objetivo de obtener un resultado exitoso al término de estos.

Así, independientemente de la actuación de los propios operadores de justicia y la necesidad de formular algunas observaciones críticas en determinados aspectos que ameritan ser rectificadas con arreglo a los instrumentos, doctrina y jurisprudencia en materia de derechos humanos, se constatan, también, otras importantes cuestiones que, en buena medida, resultan ajenas a la voluntad de los magistrados que conocen directamente los procesos, pero que inciden negativamente en su desarrollo.

En el ánimo de explicitar mejor tales constataciones, es conveniente realizar una breve evaluación acerca de la evolución observada en algunos rubros que, desde tiempo atrás, han venido siendo señalados como preocupantes, teniendo presentes los informes anteriormente citados, así como los reportes que ha difundido la Coordinadora Nacional de Derechos Humanos.

3. Lo que venía mal y continúa igual

Cuando, en septiembre de 2004, la Defensoría del Pueblo presentó su informe *A un año de la Comisión de la Verdad y Reconciliación*, en el que daba cuenta de los resultados de la supervisión realizada respecto al trámite en el Ministerio Público y el Poder Judicial de los 47 casos presentados por la CVR, se hizo un señalamiento expreso de los principales problemas advertidos en su procesamiento judicial. Así, entre los problemas más relevantes se encontraban los referidos a:

- Dificultades en la recolección de los medios de prueba: rubro que comprende lo señalado por los fiscales a cargo de las investigaciones sobre la poca colaboración obtenida para la entrega de información por parte del Ministerio de Defensa y, en menor medida, del Ministerio del Interior.
- Investigaciones paralelas en el fuero militar: en alusión a diversos casos presentados por la CVR o la Defensoría del Pueblo que venían siendo ini-

² INSTITUTO DE DEMOCRACIA Y DERECHOS HUMANOS DE LA PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ. *Procesamiento de violaciones de derechos humanos en el Perú: características y dificultades*. Lima: IDEHPUCP, 2006.

ciados o reabiertos en el fuero militar, no obstante que, por estar referidos a violaciones de derechos humanos, quedaba claro que no se trataba de delitos de función.

- Dificultades en la calificación de las denuncias: a partir de la constatación de casos que resultaban calificados de manera distinta, en particular, los referidos a los delitos de desaparición, homicidio calificado —ejecución extrajudicial— y tortura.
- Escaso conocimiento especializado y carencias materiales: sobre la base de la demanda formulada por los propios magistrados para acceder a información actualizada respecto de doctrina y jurisprudencia sobre derechos humanos, derecho internacional y derecho penal. Reparando, además, en las precarias condiciones en las que tienen que desarrollar su labor las fiscalías y juzgados, en especial, las ubicadas fuera del distrito judicial de Lima.

Conforme con lo indicado, un año después, al presentar su segundo informe de seguimiento,³ la Defensoría del Pueblo dio cuenta de que los problemas constatados seguían siendo los mismos y se observó un mayor deterioro de las ya deficientes condiciones para un trámite idóneo de los procesos.

En esa oportunidad, el informe defensorial abordó también lo relativo a la directiva 001-2005-CE-PJ, aprobada en abril de ese año por la Sala Penal Nacional del Poder Judicial, por la cual dispuso que las nuevas denuncias o aquellas por calificar, derivadas de violaciones de los derechos humanos en las que se encontraran comprendidos tres o más agraviados, debían ser remitidas a los Juzgados Supraprovinciales en Lima. De esa manera, casos originalmente investigados en los juzgados más próximos a las localidades donde tuvieron lugar los hechos, como los de Accomarca o Cayara, fueron trasladados a la ciudad capital.

Sobre el particular, la Defensoría del Pueblo se pronunció señalando: «[...] dichas disposiciones son de dudosa compatibilidad con los derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva, el derecho de prueba, el principio de inmediación y el derecho a la igualdad en el proceso».⁴

³ Cf. DEFENSORÍA DEL PUEBLO. *A dos años de la Comisión de la Verdad y Reconciliación*. Informe defensorial n.º 97. Aprobado mediante resolución defensorial 0021-2005/DP del 28 de septiembre de 2005.

⁴ Ib. Sobre este asunto, el 10 de mayo de 2005, el defensor del pueblo había cursado el oficio 185-2005-DP al entonces presidente de la Corte Suprema expresándole este parecer, e instándolo a dejar sin efecto la medida. Tal comunicación no fue respondida por la citada autoridad.

A la vez, teniendo presente la permanencia de los principales problemas identificados en su informe del año anterior, la Defensoría del Pueblo hizo puntuales observaciones en cada uno de ellos, ampliándolos con información sistematizada en cada caso, sustentando sus observaciones críticas y formulando recomendaciones para su debida atención. Pero, esta vez, añadió dos temas que merecían especial consideración:

- La necesidad de proteger a las víctimas de las violaciones de los derechos humanos, así como a sus familiares y testigos: al verificar que pese a que las medidas de protección fueron establecidas por la ley 27378 y su reglamento —el decreto supremo 020-2001-JUS—, sus alcances habían sido mínimos o de nula aplicación por diversos factores que comprendían, desde la carencia de recursos materiales para su adecuada implementación, hasta el desconocimiento o simple renuencia de los magistrados para resolver de acuerdo con su contenido. De esa manera, si bien no han sido numerosos los casos denunciados en los que la falta de protección ha puesto en riesgo la vida de algunas de las víctimas, familiares o testigos, o provocado en ellos un justificado temor para colaborar decididamente con la investigación y el juzgamiento de las causas, es evidente que las pocas que sí alcanzaron a ser formuladas, son suficientes para brindar una señal de peligro, con consecuencias muy negativas en el trámite de la generalidad de los procesos.
- La carencia por parte del mayor número de víctimas de una adecuada defensa legal: se reclamó atender el hecho de que, estando comprendidas en los 47 casos presentados por la CVR un total de 1512 víctimas, solo 364 de ellas contaban con patrocinio jurídico, y que en Ayacucho se hallaba el mayor número de víctimas desprovistas de toda asesoría. Dada la importancia de una adecuada defensa para la tutela efectiva de los derechos de las víctimas, y la necesidad de que ellas pudieran tener una más activa intervención en los procesos, resultaba muy importante tratar de resolver esta situación —que afectaba a más del 70% de las víctimas—.

Documentos más recientes, como el informe del IDEHPUCP de junio de 2006 y el último de la Defensoría del Pueblo, del 11 de diciembre de 2006,⁵ confirman la persistencia de los problemas señalados. En efecto, se amplía los

⁵ Resolución defensorial 0056-2006/DP, publicada en el diario oficial *El Peruano*, el 11 de diciembre de 2006, p. 334288.

aspectos relevantes de cada uno de tales obstáculos y se insiste en la imperiosa necesidad de salvarlos, por el bien de los procesos y las víctimas, así como de la salud democrática del país.

4. ¿Un subsistema especializado para la investigación y juzgamiento de las violaciones de los derechos humanos?

Por otro lado, una de las principales recomendaciones de la CVR para llevar a cabo el juzgamiento de los casos que oportunamente presentó ante el Ministerio Público, fue la creación de un subsistema al interior del Ministerio Público y del Poder Judicial que pudiera salvar las seculares deficiencias de nuestro sistema jurisdiccional y permitiera un manejo ágil y especializado de los procesos en atención de su naturaleza compleja y extremadamente delicada. De alguna manera, se buscó, con ello, reproducir el diseño que antes fuera implementado para el procesamiento de los casos seguidos en materia de corrupción. Este mismo temperamento fue el que animó a la Comisión Especial para la Reforma Integral de la Administración de Justicia (CERIAJUS) a sumarse a la recomendación de la CVR y proponer en su propio informe final, de mayo de 2004, la creación del mencionado subsistema.

Probablemente en respuesta a tales recomendaciones y las expresiones de respaldo formuladas por un importante sector de la prensa, así como por algunas organizaciones de la sociedad civil, el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, hacia septiembre de 2004, resolvió ampliar la competencia de la sala nacional a cargo de los casos de terrorismo para que pudiera conocer «los delitos contra la humanidad y los delitos comunes que hayan constituido violaciones a los derechos humanos».⁶ Complementariamente, los juzgados penales especializados en delitos de terrorismo, pasaron a ser supraprovinciales, esto es, ampliaron su competencia territorial, inicialmente por lo menos, en los casos de los juzgados en Lima y Ayacucho.

Tal decisión implicó, desde el origen, una ostensible limitación para atender a cabalidad la recomendación de la CVR en esta materia, toda vez que no se llegó a crear una área especializada al interior del Poder Judicial, sino que se optó por ampliar las facultades de una ya existente que, por lo demás, debía hacer frente en ese momento a una carga no solamente voluminosa sino también extremadamente compleja, considerando que debía realizar un nuevo juz-

⁶ Resolución administrativa 170-2004-CE-P; publicada el 30 de septiembre de 2004.

gamiento de muchos casos que habían sido resueltos años atrás en el fuero ordinario y en el militar sin observar las exigencias propias del debido proceso.⁷

No obstante, las restricciones del Poder Judicial para tomar decisiones cuya ejecución demandaba un costo que no había sido considerado en su presupuesto regular, ni venían acompañadas por decisiones del Poder Ejecutivo que hicieran factible su posterior inclusión, permiten afirmar que, bajo tales circunstancias, esta opción resultaba plausible en el objetivo de ir generando progresivamente condiciones apropiadas para un juzgamiento ágil y riguroso de los procesos seguidos por graves violaciones de los derechos humanos.

Posteriormente, sin embargo, se han adoptado medidas que, lejos de fortalecer este denominado subsistema en el ámbito judicial, tienden a debilitarlo y a hacer más evidentes sus limitaciones originales. Algunas de tales medidas tomadas entre el 2005 y el 2006 —que conforme con lo expuesto anteriormente, han incidido negativamente tanto en la duración del juzgamiento como en la observancia rigurosa de las garantías del debido proceso— han agudizado los problemas derivados de una falta de coordinación suficiente entre las entidades encargadas del juzgamiento de los casos.

Así, por ejemplo, la directiva 001-2005 de la Sala Penal Nacional, previamente citada, que ordenó el traslado de causas originadas en otros territorios a los Juzgados Supraprovinciales de Lima; independientemente de otros aspectos cuestionables tales como sus efectos dilatorios en los procesos, agrava los problemas de coordinación entre el Poder Judicial y el Ministerio Público.

Al respecto, los informes presentados por la Defensoría del Pueblo y el IDEHPUCP habían venido señalando que no existía, entre el Poder Judicial y el Ministerio Público, una mínima coordinación que garantizara una actuación armónica de ambas entidades en el juzgamiento de los casos. Decisiones como la contenida en la citada directiva, tienden, por tanto, no solo a mantener esa situación sino a agravarla, al extremo de que hoy se constatan causas seguidas ante los Juzgados Supraprovinciales en Lima en las que corresponde intervenir fiscalías de Ayacucho, con las negativas consecuencias que de allí se derivan para el debido diligenciamiento de los casos.

El problema se multiplica considerando que el Ministerio Público, además de crear en algunas ciudades como Ayacucho y Huancavelica, fiscalías

⁷ Cabe recordar que, en enero de 2003, el Tribunal Constitucional resolvió sobre la inconstitucionalidad de buena parte de la legislación antiterrorista vigente hasta entonces y ordenó la revisión de un significativo número de los procesos ante el Poder Judicial.

supraprovinciales, con alcance territorial limitado, ha ampliado también la competencia de numerosas fiscalías provinciales para que asuman funciones en los casos de crímenes «contra la humanidad y delitos conexos».

Por otro lado, a propósito de las limitaciones observadas en el diseño de la organización para el juzgamiento de estos procesos, en su informe del año 2005, la Defensoría del Pueblo expresó:

En la práctica, hay un sistema nominal para la investigación y juzgamiento de las violaciones a los derechos humanos, pero este resulta insuficiente, pues un número relevante de magistrados carece de especialización en la materia, además de no tener dedicación exclusiva, no ser titulares y no contar con los recursos y equipamiento necesarios para llevar adecuadamente las investigaciones.⁸

Un último elemento preocupante en relación con el debilitamiento del subsistema, tiene que ver con una reciente resolución del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, por la cual se establece que la Sala Penal Nacional y los Juzgados Penales Supraprovinciales 1, 2, 3 y 4, con sede en Lima, deberán conocer, en adelante, también los procesos por delitos tributarios, aduaneros y contra la propiedad intelectual.

Una medida de esta naturaleza podría implicar, en sí misma, el inicio de la desactivación del pretendido subsistema. Esta decisión, además de provocar su objetiva afectación al atentar directamente contra el criterio de especialización que estuvo en el origen de su conformación, supone un incremento significativo de la carga procesal que habrá de recaer sobre tales juzgados.

En consecuencia, si antes existían suficientes elementos para poner en duda que se hubiera configurado un verdadero subsistema de judicialización para los casos de graves violaciones de los derechos humanos, principalmente por la falta de condiciones idóneas para su buen funcionamiento, así como de los mecanismos de coordinación apropiados entre el Poder Judicial y el Ministerio Público, hoy la situación resulta todavía más preocupante, cuando se constatan algunas decisiones al interior de cada una de estas entidades que agravan esa descoordinación y otras que tienden, como en el caso del Poder Judicial, a diluir la actuación de los magistrados a quienes compete el juzgamiento de estos delicados procesos.

⁸ Segundo considerando de la resolución defensorial 0021-2005/DP.

5. Señales desalentadoras

A los antecedentes descritos, se suman algunas decisiones recientes que refuerzan una percepción preocupante en torno a la judicialización de los casos promovidos por la CVR y la política gubernamental en esta materia. En su mayor parte, se trata de cuestiones específicas al interior del aparato judicial pero que resultaría equivocado desvincularlas por completo del contexto político del país, máxime cuando las lecciones que la experiencia nos aporta, permiten apreciar una frecuente permeabilidad del sistema judicial hacia tales factores.

Así, por ejemplo, la promulgación del decreto supremo 061-2006-PCM de septiembre de 2006, por el que se establecen medios de defensa para los agentes estatales a quienes se imputa la responsabilidad de haber violado los derechos humanos contrasta con la inercia observada en lo que se refiere a la orfandad de apoyo legal en la que se encuentran más del 70% de las víctimas.

Otras medidas, como la del Segundo Juzgado Penal Supraprovincial de Lima del 28 de noviembre de 2006, cuando decidió archivar el proceso referido a la desaparición del periodista Jaime Ayala Sulca, pese a tratarse de un caso claramente documentado en la denuncia fiscal; o la opción en el Ministerio Público de desactivar la Quinta Fiscalía Supraprovincial de Lima, la cual tenía a su cargo la investigación en el caso *El Frontón*, abundan en razones para hacer un llamado de alerta acerca de lo que viene ocurriendo.

6. Los actuales retos

Todo lo expuesto nos conduce a plantear la inmediata necesidad de enmendar rumbos y de exigir a las autoridades e instancias involucradas una actuación decidida al efecto. Claro está, esa opción supone la voluntad de mantener el objetivo para llevar adelante el juzgamiento de los graves crímenes aquí comprendidos.

Por el momento ni los órganos de gobierno del Poder Judicial ni los otros poderes públicos concernidos han dado muestras claras de compartir esa voluntad. Por el contrario, algunas de las medidas descritas, o declaraciones de importantes autoridades públicas, nos colocan frente a una suerte de *desentendimiento* del tema e, incluso, de iniciativas que parecen orientadas no solamente a obstaculizar la marcha de los procesos, sino a promover su archivamiento definitivo.

El peligro de que pudiera consumarse tal despropósito crece en la misma medida en la que las autoridades políticas evitan abordar frontalmente estos temas, a la par de propiciar salidas efectistas en torno a temas de alta sensibilidad social.

Ello hace indispensable una reacción decidida por parte de todos los sectores comprometidos con el desarrollo de un sólido proyecto democrático en el Perú, uno de cuyos pilares lo constituye, sin duda, la lucha contra la impunidad. De no producirse esta reacción para revertir el actual entrapamiento y hasta una eventual involución en el juzgamiento de los crímenes contra los derechos humanos, tales sectores y las propias víctimas, podrían transitar en el mediano plazo, de la sensación de decepción, a una definitiva y profunda frustración.

La experiencia judicial en el procesamiento de las violaciones de derechos humanos

Pablo Talavera

El objeto del presente texto es difundir las prácticas judiciales que han sido desarrolladas en los órganos jurisdiccionales penales que tienen a su cargo la investigación y juzgamiento de los casos que constituyen violaciones de los derechos humanos, especialmente de aquellos que fueron materia del *Informe Final* de la Comisión de la Verdad y Reconciliación.

Ciertamente, para los magistrados de las diversas instancias ha sido una experiencia nueva que ha tenido que ser inicialmente solventada con las capacidades y conocimientos personales y que, posteriormente, ha sido mejorada con la capacitación impartida en seminarios y talleres a cargo de organismos dedicados a los derechos humanos como el Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica, entre otros. Capacitación que nos ha permitido corregir deficiencias y afinar criterios jurisprudenciales.

Sin duda, el llamado sistema especializado en derechos humanos no ha alcanzado su madurez e instituciones como la Defensoría del Pueblo han puesto en cuestión su organización y competencia territorial. Nos parece que es un tema que seguirá en el debate, lo cual no impide que se continúen con las investigaciones judiciales y juzgamientos. Esta no será una oportunidad en la que eludamos fijar posición al respecto. Los integrantes de la Sala Penal Nacional consideramos que el sistema especializado en derechos humanos no debe ser exclusivo para ese tipo de delito, sino que debe formar parte de un sistema judicial al estilo de la Audiencia Nacional de España o los Tribunales Federales de Argentina a cargo de asuntos penales complejos o de trascendencia pública.¹

¹ Estos conceptos competenciales han sido comprendidos en el artículo 16 del Código de Procedimientos Penales, modificado por el decreto legislativo 959.

La realidad presupuestal y de recursos humanos no permite que se asigne competencia a órganos jurisdiccionales solo para el conocimiento de los delitos que constituyen violaciones de los derechos humanos, pero tampoco resulta funcional que cada juez penal, además de su carga procesal ordinaria, tenga que investigar casos de esa naturaleza. La labor jurisdiccional se mostraría endeble e ineficaz y sus resultados podrían resultar poco serios y, con ello, generar responsabilidad internacional del Estado.

Por otro lado, estimamos que los órganos jurisdiccionales no deben estar centralizados, sino, por el contrario, establecer órganos descentralizados e itinerantes, que tengan competencia supraprovincial establecida de acuerdo con los lugares de mayor incidencia criminal contra los derechos humanos, los que estarían bajo la coordinación y supervisión de la Sala Penal Nacional.

Como muestra palmaria del trabajo de la Sala Penal Nacional y de los Juzgados Supraprovinciales es el caso destacar las sentencias de los casos *Lucanamarca* y *Ernesto Castillo Páez*, el primero con la condena a cadena perpetua a los miembros de la Dirección Central de Sendero Luminoso,² el segundo con la condena a dieciséis años de pena privativa de libertad para cuatro miembros de la Policía Nacional. Por otro lado, es menester destacar, también, el eficiente papel de los Juzgados Penales Supraprovinciales a cargo de los casos *El Frontón*, *Accomarca*, *Cayara* y *Castro Castro*, entre los más relevantes, en los cuales las instrucciones se han llevado a cabo con la prolijidad del caso. En ellos, los jueces han practicado las diligencias pertinentes en el lugar de los hechos, sin que haya sido necesario un masivo desplazamiento de las decenas de testigos, en especial de familiares de los agraviados en sus derechos humanos.

1. El Poder Judicial y la obligación estatal de garantizar los derechos humanos

Como Poder Judicial entendemos que la persecución de los delitos que constituyen violaciones de los derechos humanos debe efectuarse en el marco de las obligaciones asumidas por el Estado en los diversos instrumentos internacionales. En ese sentido, el artículo 1.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos estatuye que el Estado tiene la obligación de respetar los dere-

² Sentencia de la Sala Penal Nacional del 13 de octubre de 2006, expediente 560-03, contra Manuel Rubén Abimael Guzmán y otros, por delito de terrorismo.

chos y libertades reconocidos en ella y de garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna.

Si la obligación de respetar los derechos humanos significa no afectarlos ni violarlos, la de garantizarlos implica investigar las violaciones de derechos humanos con el objetivo de determinar las responsabilidades y las sanciones que pudieran corresponder, así como la reparación de los daños ocasionados.

Pero la obligación de garantía no es únicamente de responsabilidad institucional del Poder Judicial. También corresponde a los otros agentes del sistema penal y del Estado en su conjunto. Tiene que darse la voluntad estatal de coadyuvar en la persecución y esclarecimiento debido de las violaciones de los derechos humanos. No es admisible en una democracia y en un Estado de derecho, que se exija eficacia y eficiencia al Poder Judicial, eficacia y eficiencia en el procesamiento de los derechos humanos y que, en la práctica, los otros poderes del Estado realicen permanentes críticas al sistema judicial o nieguen su colaboración económica o de proporción de información.

Para los magistrados ha sido piedra angular en la definición de criterios jurisprudenciales, en particular respecto a la persecución penal, la doctrina jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema de Justicia de la República, en ese orden.

Un problema que debió enfrentar el sistema judicial era que sus magistrados debían asumir un compromiso respecto de una efectiva protección de los derechos humanos. O la magistratura se anclaba en los conceptos y criterios tradicionales del proceso penal peruano o construía nuevos conceptos y desarrollaba interpretaciones sobre la base del derecho internacional de los derechos humanos y, puntualmente, desde la doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Se optó por la segunda posición.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos desde su sentencia del 29 de julio de 1988 —caso *Velásquez Rodríguez*— fijó la siguiente doctrina:

El Estado está en el deber jurídico de prevenir, razonablemente, las violaciones de los derechos humanos, de investigar seriamente con los medios a su alcance las violaciones que se hayan cometido en el ámbito de su jurisdicción a fin de identificar a los responsables, de imponerles las sanciones pertinentes y de asegurar a la víctima una adecuada reparación.³

³ Párrafo 174.

Agrega la Corte:

[...] el Estado está, por otra parte, obligado a investigar toda situación en la que se hayan violado los derechos humanos protegidos por la Convención. Si el aparato del Estado actúa de modo que tal violación quede impune y no se restablezca, en cuanto sea posible, a la víctima en la plenitud de sus derechos, puede afirmarse que ha incumplido el deber de garantizar su libre y pleno ejercicio a las personas sujetas a su jurisdicción.⁴

En el Perú, el órgano encargado de la investigación y juzgamiento de los delitos es el Poder Judicial, aunque la Constitución también le asigna funciones de investigación a la Policía Nacional y al Ministerio Público —y que, de hecho, en el distrito judicial de Huaura, donde se viene aplicando el nuevo Código Procesal Penal, el Poder Judicial ya no tiene la función de investigación—. En el caso de las graves violaciones de los derechos humanos acaecidas en las anteriores dos décadas en nuestro país, el tiempo transcurrido dificulta las investigaciones de los hechos. No obstante, el Poder Judicial está obligado no solo a desarrollar una mera actividad de investigación dentro de los plazos legales, sino que tal actividad debe ser emprendida con seriedad y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa.⁵

2. La construcción jurisprudencial de reglas para la remoción de obstáculos en el procesamiento de las violaciones de los derechos humanos

La Sala Penal Nacional, para la construcción jurisprudencial de reglas destinadas a remover los obstáculos en el procesamiento de las violaciones de los derechos humanos, ha seguido, esencialmente, la doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Constitucional.

Para resolver las excepciones de amnistía, prescripción y cosa juzgada formuladas por la defensa de los procesados investigados por graves violaciones de los derechos humanos, se ha seguido básicamente la doctrina general de la Corte Interamericana de Derechos Humanos expresada en la sentencia

⁴ Párrafo 176.

⁵ Cf. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Serie C, n.º 4. Sentencia del 29 de julio de 1988. Párrafo 177.

de interpretación de la sentencia de fondo del caso *Barrios Altos*, del 3 de septiembre de 2001, en cuyo párrafo 15 sostuvo:

[...] son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el derecho internacional de los derechos humanos.

El Tribunal Constitucional peruano, acogiendo dicha doctrina, ha desarrollado en su sentencia del 18 de marzo de 2004, caso *Genaro Villegas Namuche*, interesantes conceptos sobre la impunidad y el derecho a la verdad, a partir de los cuales esbozó que:

[...] corresponde al Estado el enjuiciamiento de los responsables de crímenes de lesa humanidad y, si es necesario, la adopción de normas restrictivas para evitar, por ejemplo, la prescripción de los delitos que violenten gravemente los derechos humanos. La aplicación de estas normas permite la eficacia del sistema jurídico y se justifica por los intereses prevalentes de la lucha contra la impunidad. El objetivo, evidentemente, es impedir que ciertos mecanismos del ordenamiento penal se apliquen con el fin repulsivo de lograr la impunidad.

2.1. Resoluciones de amnistía

Por resolución del 3 de octubre de 2005, la Sala Penal Nacional confirmó el auto apelado que declaraba infundada la excepción de amnistía deducida por los procesados investigados por el caso *El Frontón*, y declaró inaplicables al caso concreto las leyes de amnistía —leyes 26479 y 26492—. Esta decisión se sustentó en la interpretación de la sentencia de fondo del caso *Barrios Altos*, la que otorgó efectos generales a lo resuelto en la sentencia de fondo, en cuanto a que las llamadas autoamnistías son inadmisibles.

2.2. Resoluciones de prescripción

La Sala Penal Nacional estableció su criterio jurisprudencial sobre la imprescriptibilidad de los delitos que constituyen graves violaciones de los derechos

humanos en el auto del 25 de noviembre de 2005, cuando revocó la resolución apelada que había declarado fundada la excepción de prescripción a favor de uno de los procesados del caso *Accomarca*. La Sala consideró que los asesinatos de los pobladores del paraje de Llocclapampa del distrito de Accomarca constituyen ejecuciones extrajudiciales, las cuales configuran crimen de lesa humanidad. Además, se sostiene que el hecho de que la calificación penal de la imputación haya sido por el delito de asesinato, en modo alguno elimina la naturaleza de grave violación de los derechos humanos ni impide la aplicación de las consecuencias jurídicas que corresponde a crímenes de esa índole. Nuevamente, la piedra angular de la decisión judicial fue la sentencia del caso *Barrios Altos*, a la que debe agregarse la sentencia del Tribunal Constitucional en el caso *Genaro Villegas Namuche* —párrafo 5—.

Dicho criterio jurisprudencial se ha ido consolidando en todas las instancias judiciales. Así, mediante auto del 6 de junio de 2006 expedido en el caso *Cayara*, la Sala revocó la resolución apelada y declaró infundada la excepción de prescripción.

2.3. Resoluciones de cosa juzgada

En lo relativo a la excepción de cosa juzgada, la Sala Penal Nacional, aún antes de la publicación de la sentencia del Tribunal Constitucional sobre el caso *Santiago Martín Rivas*, mediante resolución del 30 de noviembre de 2005, confirmó el auto apelado que declaró infundada la excepción de cosa juzgada promovida por los procesados investigados por el caso *El Frontón*.

En la citada resolución, la Sala Penal Nacional sostuvo que si bien el principio de *ne bis in idem* tenía protección constitucional, el propio Tribunal Constitucional había señalado que no hay derechos fundamentales ilimitados y, por tanto, se admitía una excepción a la aplicación de dicho principio cuando se hubiera administrado justicia en forma ilegítima. Para hablar de un juzgamiento que tenga efectos de cosa juzgada, la decisión debe ser legítima. En general, hay tres tipos de juicios que se consideran tan ilegítimos que permiten un segundo proceso: *a)* juicios que no fueron imparciales o independientes; *b)* juicios destinados a sustraer al acusado de la responsabilidad penal internacional; y *c)* juicios que no fueron conducidos diligentemente.

Se sostuvo que los procesos penales por violaciones de los derechos humanos tramitados por la justicia penal militar no satisfacen los estándares de independencia y competencia establecidos en el derecho internacional y, en

consecuencia, el principio de *ne bis in idem* no se aplica. Al respecto, debe tenerse en cuenta el precedente vinculante de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema del 17 de noviembre de 2004 —expediente de contienda de competencia 18-2004— en el que no se reconoce a la jurisdicción militar como competente para conocer de casos por delitos que constituyan violaciones de los derechos humanos.

Concretamente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su sentencia del 16 de agosto de 2000 para el caso *Durand y Ugarte* —relativo a los hechos acaecidos en junio de 1986 en el penal El Frontón—, afirmó que el proceso penal seguido en la justicia militar no fue diligente y que no fue un órgano jurisdiccional independiente e imparcial el que emitió pronunciamiento.

Sobre la cosa juzgada en materia de delitos que constituyen graves violaciones de los derechos humanos, el Tribunal Constitucional en su sentencia del 29 de noviembre de 2005 —caso *Santiago Martín Rivas*— ha señalado que el principio *ne bis in idem* no resulta lesionado cuando, pese a existir una resolución de sobreseimiento definitivo, la iniciación de una segunda investigación judicial es consecuencia de la ejecución, en el ámbito interno, de una sentencia dictada por un tribunal internacional de justicia en materia de derechos humanos, así como cuando la resolución fue dictada por una autoridad jurisdiccional que carecía de competencia *ratione materiae* para juzgar un delito determinado.

2.4. Resoluciones sobre debido proceso

Es sustantivo para la Sala Penal Nacional que los procesos por delitos que constituyen graves violaciones de los derechos humanos se realicen con rigurosa observancia del debido proceso. Así, por resolución del 1 de diciembre de 2005, por mayoría, se revocó la resolución apelada que denegaba la intervención del abogado defensor de un inculpado en la recepción de diversas declaraciones testimoniales.

El Tribunal, por mayoría, consideró que si bien en la instrucción el principio de contradicción no rige ampliamente como en el juicio, ello no significa que se pueda soslayar la intervención del abogado defensor debidamente designado por el procesado, de manera tal que la asistencia del letrado sea adecuada y eficaz y no un mero nombramiento o para acompañar al imputado cuando a este le corresponde declarar.

Se desarrollaron las normas de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, al precisarse que al abogado defensor le asiste la facultad de

interrogar a los testigos de su defendido y a los de cargo, tanto más si el artículo 280 del Código de Procedimientos Penales le confiere a los actos de la instrucción la potencialidad de ser considerados elementos de prueba para formar convicción en los jueces. A ello, se agregó que el imputado tiene todo el derecho a poner en cuestión la credibilidad de los testigos y de sus testimonios mediante el contra interrogatorio, con la finalidad legítima de no ser acusado al finalizar la etapa de instrucción o a *peticionar* una variación de la prisión preventiva o detención domiciliaria a la que se encuentre sometido.

De la misma manera se sostuvo que el juez penal, como director y organizador de la instrucción, no tiene facultades ilimitadas —ni mucho menos— para restringir derechos fundamentales de los imputados sin razonabilidad y proporcionalidad, así que la causa invocada por el *a-quo* para no permitir la intervención del abogado consistente en la presunta influencia que podría tener sobre los testigos, debió estar objetivamente demostrada y especialmente motivada. Incluso en el caso de riesgo para la integridad física o psíquica del testigo, nuestro ordenamiento estatuye una serie de medidas de protección que bien podía haber adoptado el juez de la causa y no conculcar el derecho de defensa del procesado.

2.5. Resoluciones sobre reparaciones

En materia de reparaciones para las víctimas de violaciones de derechos humanos, la Sala Penal Nacional en resoluciones del 11 de enero de 2006 y 20 de marzo de 2006, estableció que el Estado tiene responsabilidad civil, sobre la base del artículo 1981 del Código Civil: «[...] aquél que tenga a otro bajo sus órdenes responde por el daño causado por este último si ese daño se realizó en ejercicio del cargo en cumplimiento del servicio respectivo. El autor directo y el autor indirecto están sujetos a responsabilidad solidaria».

2.6. La actividad probatoria

En este rubro la práctica judicial ha impulsado o se ha orientado por la aplicación de la *prueba indiciaria*, teniendo en cuenta que los indicios requieren no solo del adecuado manejo de las inferencias sino, también, de una concurrencia plural, concordante y convergente de ellos. Es el caso precisar que, para dictar la sentencia condenatoria del caso *Ernesto Castillo Páez*, la formación del juicio de hecho se sustentó en el empleo de la prueba indiciaria.

Por otro lado, la Sala Penal Nacional ha estimado que las testificales de referencia por sí solas no son suficientes para emitir un fallo de culpabilidad. Así se ha expresado en la sentencia del 16 de noviembre de 2006, caso *Benito Céspedes*.

2.7. La calificación penal de las violaciones de los derechos humanos

2.7.1. Calificación del delito de desaparición forzada

En la sentencia del caso *Ernesto Castillo Páez* —20 de marzo de 2006—, la Sala Penal Nacional ha desarrollado la caracterización del tipo penal de desaparición forzada, la que ha de estar conformada por los siguientes elementos: *a*) la participación de los agentes del Estado, personas o grupos de personas que actúan bajo control con su autorización o aquiescencia en la privación de la libertad de la víctima, cualquiera que fuere su forma; y *b*) seguida de falta de información o la negativa a reconocer dicha privación de la libertad o a informar sobre el paradero de la persona, de forma que se impida a esta el ejercicio de recursos legales y de las garantías procesales pertinentes.

2.7.2. Calificación del delito de tortura

La Sala Penal Nacional, por auto del 5 de abril de 2005, estableció la distinción entre el delito de lesiones y el delito de tortura sobre la base de la finalidad con que se emplean los dolores o sufrimientos graves, físicos o mentales. Se sostuvo entonces que el tipo de tortura exige la concurrencia de infligir dolores o sufrimientos graves, pero estos no pueden estimarse como conductas repetidas o prolongadas en el curso del tiempo, pues el disvalor de la acción solo requiere que se trate de una afectación a la integridad física o mental con una finalidad de las previstas en el artículo 321 del Código Penal (por ejemplo, el castigo).

2.7.3. Concurso entre desaparición forzada y homicidio calificado

Mediante resolución del 28 de diciembre de 2005, la Sala Penal Nacional se ha pronunciado en grado de apelación de un incidente de excepción de naturaleza de acción, afirmando que es posible el concurso de delitos entre desaparición forzada y homicidio.

3. Los problemas que persisten en el procesamiento de los casos judicializados

- Lentitud de las instrucciones
- Errores e imprecisiones en la calificación penal
- Inadecuados diseños de investigación por el Ministerio Público. Se adopta criterios ordinarios o tradicionales
- No individualización de imputaciones en los autos de apertura y en las acusaciones
- Poca actividad probatoria desplegada por el Ministerio Público
- Falta de apoyo del Ministerio de Defensa para proporcionar información
- Ineficacia de la Policía Judicial en la captura de los procesados por violación de los derechos humanos

Tales constataciones nos llevan a formular una propuesta de mejora en el diseño de las investigaciones por parte del Ministerio Público, con el propósito de evitar que se formalicen denuncias sin sustento probatorio. No basta con hacer afirmaciones o deslizar sospechas o presunciones para cumplir con las exigencias del artículo 77 del Código de Procedimientos Penales, se hace indispensable que la imputación venga corroborada con otro u otros elementos de convicción. Aún se reciben denuncias en las cuales no se cumple con individualizar la participación de cada uno de los imputados.

Párrafo aparte merece el incumplimiento de los mandatos de detención dictados contra los agentes perpetradores de violaciones de los derechos humanos. Este problema perjudica todas las buenas intenciones de investigar y procesar adecuadamente los casos que constituyen violaciones de los derechos humanos. La Policía Nacional, por razones que desconocemos, no cumple con capturar y poner a disposición a los procesados requeridos. Tal situación, sin duda, puede afectar el criterio de interdicción de la impunidad, en la medida en que solo comparecerán en su día ante las audiencias públicas los soldados o miembros de las fuerzas armadas de menor rango que ya se han sometido al proceso penal y no los de mayor grado o nivel de responsabilidad —mando—.

La responsabilidad no es exclusiva del Poder Judicial. Si el Estado no expresa su voluntad inequívoca de facilitar el procesamiento de los mandos que ordenaron o dispusieron las violaciones de los derechos humanos, en los juicios orales y las sentencias se llegarán a advertir sendos espacios de impunidad.

Epílogo

Reflexiones sobre la justicia aplicable a las violaciones de derechos humanos en el Perú

Javier Ciurlizza

Para reflexionar respecto de la ubicación y el sentido de la justicia para la protección jurisdiccional de los derechos humanos, es preciso establecer si los procesos judiciales seguidos contra los perpetradores satisfacen los estándares de verdad, justicia y reparación a las víctimas. La importancia de la pregunta —y su respuesta— es fundamental para entender si es posible luchar eficazmente contra la impunidad a través de los sistemas judiciales.

Para ello, debe tenerse en cuenta, además de la voluntad política y su vinculación con los procesos judiciales por violaciones de derechos humanos, un factor que no se ha explorado ni analizado con suficiencia: las percepciones de la ciudadanía. En algunos casos, a pesar de que se han desarrollado procesos judiciales e, incluso, dictado condenas contra los responsables, la opinión pública, la ciudadanía en general y los propios operadores jurídicos parecen entender que no se ha alcanzado justicia. Y es que la diferencia de la justicia como valor y el proceso judicial como institución es mucho más amplia de lo que aparenta.

La justicia, tal como lo reflejara el *Informe Final* de la Comisión de la Verdad y Reconciliación (CVR), tiene distintas dimensiones: una ética y moral, otra política y una social. Tales dimensiones están relacionadas con la transformación, la equidad y la inclusión en una sociedad, con el hecho de que todas las personas se puedan considerar ciudadanos en la misma medida y gocen de los mismos derechos y libertades. Tiene vínculo, también, con la justicia del propio sistema político, la posibilidad de participar en los asuntos públicos y, finalmente, con la adecuada distribución de la riqueza.

Dentro de esos márgenes, funciona la dimensión judicial de la justicia: los procesos diseñados como una concatenación de pasos lógicos y racionales

tendientes a hallar una relación de causalidad entre ciertas personas y hechos para encontrar al responsable de un crimen, identificar a las víctimas, imponer las sanciones predeterminadas por ley y, eventualmente, disponer el otorgamiento de reparaciones.

Rodrigo Uprimny, ex magistrado de la Corte Constitucional de Colombia, sostiene que el mejor resultado en un proceso judicial es solo un aspecto secundario en el propósito de realizar la justicia.¹ Suscribo dicha aseveración. La consecución de la idea integral de justicia se torna extremadamente difícil frente a casos de violaciones de derechos humanos, en especial, cuando los magistrados deben conocer delitos cometidos en contextos históricos peculiares y complejos como el período de violencia que atravesó el Perú en las últimas dos décadas del siglo XX.

La sentencia que emitió la Sala Penal Nacional a propósito del juzgamiento de Abimael Guzmán Reinoso y la cúpula del PCP-Sendero Luminoso² es sumamente meritoria. Sin embargo, presenta un defecto que no se puede atribuir al trabajo de dicha instancia judicial sino al propio diseño del proceso: no se refiere al origen, desarrollo y evolución del período de violencia ni a la naturaleza de las organizaciones que participaron en él. El pronunciamiento jurisdiccional no efectúa una calificación acerca de la responsabilidad global del PCP-Sendero Luminoso ni explica las causas que dieron origen al conflicto.

Las razones expuestas por los magistrados para no abordar tales aspectos son solventes. Alegan que en el marco de un proceso judicial no corresponde efectuar apreciaciones que excedan las imputaciones presentadas en la acusación fiscal. No obstante, siguiendo lo sostenido por Uprimny, tal limitación produce la sensación de que lo discutido en los juicios son aspectos secundarios, cuasi accesorios, de una verdad que reclama una comprensión más integral que la determinación de vínculos causales entre autores y delitos.

Lo expuesto lleva a sostener que el análisis debe contemplar aspectos que exceden a los juicios sobre violaciones de derechos fundamentales, como los progresos que se registran en el proceso de reparación de las víctimas.³

¹ Cf. UPRIMNY, Rodrigo. Ponencia presentada en el coloquio internacional Las Reparaciones a las Víctimas de la Violencia en Colombia y Perú: Retos y Perspectivas, organizado por el IDEHPUCP y la Casa Franco Andina de Derecho en Lima, los días 5 y 6 de diciembre de 2006.

² Expediente acumulado 560-2003. *Caso Abimael Guzmán Reinoso y otros*. Sentencia del 13 de octubre de 2006.

³ El proceso de reparaciones en el Perú, por decisiones plausibles en términos presupuestarios pero intolerables para las víctimas, avanza con pasmosa lentitud. Pese a la existencia de un Consejo Nacional de Reparaciones y la elaboración de un registro de víctimas, hasta la fecha ninguna de ellas ha sido reparada.

¿Cabe afirmar que la impunidad es provocada y condicionada por la falta de voluntad política? Aunque sea acertado aludir al vínculo entre la voluntad de los gobernantes y las posibilidades de hacer justicia, la observación de otras experiencias de transición a la democracia puede poner en evidencia las dificultades que subyacen a esas relaciones.

En Guatemala, por ejemplo, después de la emisión del informe de la Comisión de Esclarecimiento Histórico,⁴ no hubo consecuencias concretas respecto de la judicialización de las violaciones de derechos humanos con la excepción del caso de la dirigente social Myrna Mack, materia de una sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.⁵

En Guatemala no se dictó legislación de amnistía ni se impusieron obstáculos procesales que dificultaran la judicialización. El problema radicó, efectivamente, en la inexistencia de una voluntad política institucional y judicial por alcanzar justicia.

Otro caso que vale la pena considerar es el chileno. En los últimos años, han habido grandes progresos en la lucha contra la impunidad sobre hechos ocurridos hace más de treinta años, desde 1973. En Chile, pese a que la institucionalidad jurídica puede calificarse de sólida y es razonable hablar del funcionamiento de un Estado de derecho, el general Augusto Pinochet era de hecho inmune antes de su detención en Londres y de la constatación de sus graves actos de corrupción y delitos contra la vida e integridad de las personas. Pinochet tenía el poder político para contrarrestar las intenciones judiciales de someterlo a juicios por sus múltiples crímenes. La Corte Suprema de Chile —hoy llamada a resolver la extradición de Alberto Fujimori— se negó a emitir opinión sobre la legislación de amnistía que Pinochet dispuso para él y los integrantes de su dictadura hasta que se hallaron sus cuentas en el Banco Riggs.

1. Justicia y reconciliación en el Perú

Los desencuentros que pueden producirse entre la búsqueda de justicia y las urgencias de reconciliación en nuestro país aún no han sido evaluados ni discutidos en su real magnitud.

⁴ La cual señaló que, aproximadamente, doscientos mil guatemaltecos murieron como resultado del proceso de violencia. Cf. COMISIÓN DE ESCLARECIMIENTO HISTÓRICO. *Informe Guatemala, memoria del silencio*. Guatemala: United Nations Office for Project Services, 1999.

⁵ Cf. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala*. Sentencia del 25 de noviembre de 2003. Serie C, n.º 101.

Es posible afirmar que un porcentaje significativo de la ciudadanía estima necesaria la justicia, la persecución y la sanción penal de las violaciones de los derechos de las personas,⁶ como también que diversas personas vinculadas con la vida política empiezan a referirse a la necesidad de «superar esa etapa» y terminar con la «persecución» contra algunos policías y militares.

En otros países, los dilemas alcanzan dimensiones bastante mayores. Un ejemplo de ello es el incumplimiento de las órdenes de detención dictadas por la Corte Penal Internacional (CPI) en Uganda a los líderes del grupo armado del Ejército de Liberación del Señor, responsables de gravísimas vulneraciones de derechos fundamentales. El gobierno ugandés solicitó a la CPI que dictara mandatos de detención y el fiscal de la Corte emitió las órdenes. En tanto, el Ejército de Liberación del Señor supeditó su participación en conversaciones destinadas a conseguir la paz a la anulación de las órdenes de arresto. El propio gobierno se sumó, posteriormente, al pedido del Ejército de Liberación del Señor en nombre de la paz y la reconciliación. Aunque la CPI esté imposibilitada de revocar su orden, el caso pone de relieve un grave conflicto político-moral.

Colombia vive un proceso de desarme y desmovilización de una serie de grupos paramilitares, agrupados en las denominadas Autodefensas Unidas de Colombia (AUC). Con la finalidad de lograr la paz, el gobierno de Álvaro Uribe viene implementando una iniciativa llamada Ley de Justicia y Paz⁷ que supone la desmovilización de estas personas y su juzgamiento con jueces y fiscales especializados encargados de ejecutar procesos de *alternabilidad penal*, los cuales convierten las penas establecidas por el Código Penal en sanciones que oscilan entre los cinco y ocho años de privación de libertad, incluso para crímenes de lesa humanidad. La ley ha sido muy controvertida y objetada. Algunas personas y grupos piensan que es la única salida realista a un conflicto que tiene decenas de años y que no pareciera tener final sin que se propicie que los combatientes dejen las armas y se reincorporen a la sociedad. Otros tantos la critican y señalan que es una medida que propicia la impunidad ante graves crímenes contra los derechos humanos.

⁶ Cf. el sondeo de opinión Memoria y Reconciliación elaborado en diciembre de 2006 por la empresa Investigación Sociológica y de Mercado (IMASEN) por encargo del IDEHPUCP. Según el documento, el 80,5% de los encuestados en Lima, el 85,1% en las grandes ciudades del interior del país, el 73,6% en Huánuco y Huancaayo, y el 71,6% en Ayacucho, piensan que se debe investigar y sancionar las violaciones de los derechos humanos cometidas por las fuerzas del orden.

⁷ Ley de Justicia y Paz de Colombia. Ley 975 del 2005.

El Perú, afortunadamente, no ha llegado a situaciones extremas en las que deba decidirse entre amnistías y guerras.⁸ Sin embargo, no se debe perder de vista que la justicia realizada en el marco de los procesos judiciales es solo un elemento para la solución de un problema ciertamente más amplio. Atribuirle toda la responsabilidad a los jueces y fiscales implicaría olvidar la falta de voluntad política y la carencia de una conciencia ciudadana que impulse la búsqueda de justicia en derechos humanos. No es parte de su competencia, jurisdicción o responsabilidad, y; sin embargo, sus acusaciones, dictámenes, resoluciones y sentencias son considerados los reales indicadores de los avances hacia la justicia en el Perú.

2. Elementos para un balance, siempre provisional

Hacer un balance sobre el estado de la justicia en derechos humanos en nuestro país es una tarea muy compleja.

El *Informe Final* de la CVR, entregado al país el 28 de agosto de 2003, se refirió claramente a la manera en la que el sistema judicial respondió a las violaciones de derechos humanos durante el período de violencia. Como parte de sus hipótesis de trabajo, la CVR indagó si el sistema judicial podía ser considerado responsable de las violaciones de derechos fundamentales y; por ende, un actor político relevante.

Una primera aproximación al marco constitucional peruano —de 1993 y de 1979— puede generar la idea de que la independencia del Poder Judicial hace que las decisiones tomadas en ejercicio de la función jurisdiccional se limiten a realizar deducciones lógicas basadas en la legislación, exentas de cálculos políticos.

Es indispensable comprender, empero, que un sistema judicial es más que la suma de decisiones de los jueces y acusaciones de los fiscales. Es, también, las decisiones de sus órganos de gobierno, Corte Suprema de Justicia y Fiscalía de la Nación. Bajo tales consideraciones, resulta evidente que, en las décadas de 1980 y 1990, el Poder Judicial se abstuvo de cumplir funciones esenciales e inherentes a su existencia y funcionamiento. La CVR concluyó que el sistema judicial omitió deberes de función al remitir casos de violaciones de derechos humanos a tribunales militares, al mostrarse reticente a conducir investiga-

⁸ Por el contrario, se ha generado una suerte de sentido común en la opinión pública sobre lo pernicioso de las amnistías y la impunidad.

ciones eficaces ante los casos de desaparición forzada, tortura y ejecuciones extrajudiciales, así como con su lentitud y pasividad frente al accionar terrorista del PCP-Sendero Luminoso y el MRTA en la década de 1980 y, posteriormente, la implantación de un sistema penal de emergencia basado en una desmesurada e indiscriminada limitación de garantías y derechos. La responsabilidad del sistema judicial era —y es— muy grande.

Aunque los tiempos hayan cambiado, los fantasmas del pasado siguen acechándonos. Fue saludable cuando el presidente de la Corte Suprema de Justicia —en ese entonces Hugo Sivina— reconoció públicamente la responsabilidad del Poder Judicial y de los magistrados por no haber cumplido eficientemente sus deberes e invocó a los jueces y fiscales a impedir que se repita la impunidad ante casos de violaciones de derechos humanos. De igual manera se ha pronunciado en conferencias y eventos el actual presidente de la Corte Suprema, Francisco Távara.

Ya durante los años de trabajo de la CVR, se apreció los primeros esfuerzos por reformar aquel sistema legal injusto, abusivo, violador del debido proceso y de las garantías básicas de la persona. Después de la presentación de su *Informe Final* y del informe de la Comisión Especial para la Reforma Integral de la Administración de Justicia (CERIAJUS), se podía advertir que el camino hacia la justicia en derechos humanos era difícil de transitar pero estaba ya trazado. Tres años y cinco meses después, se ha andado y desandado en ese camino. Hubo mejoras significativas, retrocesos, e indeseables inercias.

Jueces, fiscales y abogados litigantes empezaron a utilizar el derecho internacional de los derechos humanos para sustentar sus resoluciones, acusaciones o escritos y dejaron de lado el solipsismo del derecho penal interno. Es aún necesario profundizar el aprendizaje respecto del derecho internacional, sea de los derechos humanos o penal internacional, para que su empleo resulte eficaz y se consiga proteger efectivamente a los individuos y la sociedad.

Es cierto, también, que se han introducido modificaciones legislativas que añaden al Código Penal un título de delitos contra la humanidad que incluye el genocidio, la desaparición forzada de personas y la tortura. No obstante, las tipificaciones —sobre todo en el caso de la desaparición forzada de personas— son poco felices y notoriamente insuficientes.

En cuanto a lo procesal, es posible señalar avances y retrocesos. Se ha diseñado un nuevo Código en el que predomina el modelo acusatorio y que debe agilizar los procedimientos signados por la lenidad del modelo inquisitivo. Lamentablemente, la nueva legislación se está incorporando muy lenta-

mente y su aplicación para la mayoría de los casos de violaciones de derechos humanos, aquellos que conocen la Sala Penal Nacional, las Fiscalías Penales Nacionales, los Juzgados Supraprovinciales y las Fiscalías Supraprovinciales de Lima recién se producirá en el 2011.

La situación de las víctimas y testigos de casos de violaciones de derechos humanos dista de ser la ideal. Si bien se cuenta con los instrumentos legales que permitirían protegerlos —la ley 27378 que establece beneficios por colaboración eficaz y el decreto supremo 020-2001-JUS que dispone la puesta en práctica de un Programa de Protección de Colaboradores, Testigos y Víctimas—, no se suele aplicarlos, y los testigos y víctimas no reciben las garantías necesarias para contribuir con el eficaz desarrollo de los procesos judiciales.

Las discrepancias en torno de la asignación de competencias judiciales a órganos especializados que funcionan en Lima tampoco han abonado en el cometido de procesar más eficazmente las afectaciones a los derechos fundamentales. La homologación de competencias entre el Poder Judicial y el Ministerio Público se ha producido recientemente —septiembre de 2006— y la coordinación interinstitucional debe mejorar ostensiblemente.

Es precisamente la falta de una fluida coordinación interinstitucional y de dedicación exclusiva de los magistrados que conocen los casos de violaciones de derechos humanos lo que sigue impidiendo que se haga referencia al funcionamiento de un sistema o subsistema judicial ocupado de la materia. Así lo indica la Defensoría del Pueblo en sus siguientes informes: *A un año de la Comisión de la Verdad y Reconciliación*; *A dos años de la Comisión de la Verdad y Reconciliación*; y *El difícil camino de la reconciliación. Justicia y reparación para las víctimas de la violencia*

Las dificultades no se restringen al ámbito judicial que, como se mencionara, es solo un vértice de un problema mayor. El Poder Legislativo, más allá de las ya citadas falencias en la tipificación de los delitos que constituyen violaciones de derechos humanos, no evidencia la voluntad necesaria para crear el entorno que requiere una eficaz investigación, persecución y eventual sanción de estos crímenes.

A tal propósito tampoco aporta el Poder Ejecutivo. El régimen pasado dio señales contradictorias respecto de su interés por aplicar justicia ante las vulneraciones de derechos fundamentales y el actual gobierno no está mostrando la voluntad política requerida para hacerlo.

Ambos poderes, Ejecutivo y Legislativo, podrían, por ejemplo, aportar decididamente mediante un aumento de los presupuestos asignados al Poder

Judicial y al Ministerio Público. Los propios órganos de gobierno judicial y fiscal debieran destinar mayores recursos a las instancias a las que han encomendado conocer las violaciones de derechos humanos.

Sin embargo, no lo hacen y su inacción demuestra que el Estado, en su conjunto, no ha asumido a cabalidad su deber constitucionalmente asignado de garantizar la plena vigencia de los derechos de las personas y su compromiso internacionalmente adquirido de investigar, perseguir y sancionar las violaciones de derechos humanos. En tal contexto, los esfuerzos de magistrados, jueces o fiscales, abogados defensores de víctimas y académicos no bastan para referirse a un balance positivo.

Es menester destacar el compromiso, empeño y capacidad de aquellos jueces, fiscales, abogados litigantes imbuidos profesional y éticamente de la vocación por administrar justicia, garantizando los derechos de las personas y asegurando su convivencia armónica. Y lo es, también, apuntar que la situación no cambiará mientras no se produzcan manifestaciones indubitables e inequívocas de voluntad para luchar contra la impunidad y defender a las personas y su dignidad desde las más altas esferas del poder.

Colaboradores

Walter Albán

Peruano. Miembro, investigador principal y asesor del IDEHPUCP. Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Ejerció el cargo de defensor del pueblo entre el 2000 y el 2005, y fue defensor del pueblo adjunto en el período comprendido entre los años 1996 y 2000. Es profesor principal de la Facultad de Derecho de la PUCP.

Eduardo Bertoni

Argentino. Director ejecutivo de la Fundación para el Debido Proceso Legal (DPLF). Abogado por la Universidad de Buenos Aires. Fue relator especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Ex miembro de la Delegación Argentina ante la Comisión Preparatoria de las *Reglas de Procedimiento y Elementos de los crímenes* para el Estatuto de Roma que estableció la creación de la Corte Penal Internacional.

Douglass Cassel

Estadounidense. Director del Center for Civil and Human Rights de la Escuela de Leyes de la Universidad de Notre Dame, Estados Unidos. Juris doctor por la Escuela de Leyes de la Universidad de Harvard, Estados Unidos. Fue director del Center for International Human Rights de la Escuela de Leyes de la Universidad de Northwestern, Estados Unidos. Preside la Due Process of Law Foundation (DPLF).

Javier Ciurlizza

Peruano. Director de proyectos del IDEHPUCP. Máster en Política Internacional Económica de la Universidad de Warwick, Inglaterra. Estudió Derecho en la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Fue secretario ejecutivo de la Comisión de la Verdad y Reconciliación (CVR), secretario general de la Comisión Andina de Juristas, y jefe del Gabinete de Asesores del Ministerio de Justicia. Es profesor en las Maestrías de Derechos Humanos y Política Jurisdiccional, y de la Facultad de Derecho de la PUCP.

Víctor Cubas

Peruano. Abogado del Estudio Jurídico Benites, De las Casas, Forno y Ugaz. Magíster en Derecho con mención en Ciencias Penales por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Ex fiscal superior del Ministerio Público —encargado de los casos *Barrios Altos* y *La Cantuta*— y ex abogado de la Unidad de Investigaciones Especiales de la Comisión de la Verdad y Reconciliación (CVR).

María Clara Galvis

Colombiana. Abogada del Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL). Estudió Derecho en la Universidad Externado de Colombia y tiene estudios de posgrado en Derecho Constitucional Comparado en la Università degli Studi de Génova, Italia. Ha sido docente en las Universidad Externado de Colombia, la Universidad Nacional y la Pontificia Universidad Javeriana.

Ronald Gamarra

Peruano. Abogado especializado en la defensa legal de las víctimas de violaciones de derechos humanos. Ex responsable del Área Jurídica del Instituto de Defensa Legal y ex procurador público adjunto de la Procuraduría Pública *Ad Hoc* Anti-corrupción del Estado peruano.

María José Gueembe

Argentina. Subsecretaria de Derechos Humanos del Gobierno de la ciudad autónoma de Buenos Aires. Máster en Derecho Internacional de los Derechos Humanos por la Universidad de Notre Dame, Estados Unidos, y abogada por la Universidad de Buenos Aires. Fue directora del programa Memoria y Lucha contra la Impunidad del Terrorismo de Estado del Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) de Argentina.

Juan Hernández

Peruano. Asesor jurídico del Comité Internacional de la Cruz Roja desde el 2001. Estudió Derecho en la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Es profesor de Derecho Internacional y Metodología de la Investigación Jurídica en la Facultad de Derecho de la PUCP.

Luis Huerta

Peruano. Comisionado de la Adjuntía en Asuntos Constitucionales de la Defensoría del Pueblo del Perú. Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP) y tiene estudios de posgrado en Derecho Constitucional. Fue investigador principal de la Comisión Andina de Juristas. Es profesor de la Facultad de Derecho de la PUCP y la Academia Nacional de la Magistratura.

Salomón Lerner Febres

Peruano. Preside, desde su creación en el año 2004, el IDEHPUCP y presidió la Comisión de la Verdad y Reconciliación (CVR). Doctor en Filosofía y licenciado especial en Derecho Europeo por la Universidad de Lovaina, Bélgica. Fue elegido rector de la Pontificia Universidad Católica del Perú en 1994 y ocupó el cargo hasta el 2004, cuando fue designado rector emérito.

Francisco Macedo

Peruano. Coordinador del proyecto Fortalecimiento de la Política de Procesamiento Penal de Violaciones de Derechos Humanos e investigador del IDEHPUCP. Diplomado en Derechos Humanos y alumno de la Maestría en Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Estudió Derecho en la PUCP.

Iván Meini

Peruano. Doctor en Derecho por la Universidad de Cádiz, España. Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Ex procurador público adjunto de la Procuraduría *Ad Hoc* Anticorrupción del Estado peruano y ex abogado del Estudio Jurídico Benites, De las Casas, Forno y Ugaz. Es profesor de la Facultad de Derecho y de la Maestría en Derecho Penal de la PUCP.

Yván Montoya

Peruano. Doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca, España. Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Fue jefe de la Unidad de Extradiciones de la Procuraduría Pública *Ad Hoc* Anticorrupción del Estado peruano y comisionado e investigador de la Defensoría del Pueblo. Es profesor de las Maestrías de Derecho Penal y Política Jurisdiccional, y de la Facultad de Derecho de la PUCP.

Wilfredo Pedraza

Peruano. Abogado por la Universidad San Martín de Porras. Ex presidente del Instituto Nacional Penitenciario (INPE), ex coordinador de la Unidad de Investigaciones Especiales de la Comisión de la Verdad y Reconciliación, y ex director del Programa de Asuntos Penales y Penitenciarios de la Defensoría del Pueblo.

Katya Salazar

Peruana. Directora de programas de la Fundación para el Debido Proceso Legal (DPLF). Magíster en Derecho Internacional Público y Derecho Penal por la Universidad de Heidelberg, Alemania. Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Fue coordinadora adjunta de la Unidad de Investigaciones Especiales de la Comisión de la Verdad y Reconciliación (CVR).

Pablo Talavera

Peruano. Abogado. Presidente de la Sala Penal Nacional del Poder Judicial, instancia encargada de conocer los crímenes que involucran violaciones de derechos humanos. Fue presidente de la Sala Nacional de Terrorismo, también en el Poder Judicial. Ejerce la docencia en la Maestría en Derecho Penal de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP).