

Apuntes de Derecho Internacional Penal a propósito del Procedimiento de Supervisión de Sentencia ante la CIDH generado a partir de la emisión de la sentencia por la Corte Suprema en el “Caso Barrios Altos”

César Augusto Nakazaki Servigón
Abogado, Socio del Estudio Sousa & Nakazaki.
Profesor de Derecho Penal y Procesal Penal
de la Universidad de Lima.

I.- A manera de Introducción.

Las reflexiones jurídica que a continuación comparto se originan en mi presentación como *amicus curiae* ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos con ocasión del séptimo procedimiento de supervisión de sentencia del “Caso Barrios Altos”, promovido por los abogados de los agraviados con ocasión que la Sala penal Permanente de la Corte Suprema dictó la sentencia del 20 de julio pasado.

Fue en aplicación del Artículo 44 inciso 4 del Reglamento de la Corte que presenté un escrito en calidad de *amicus curiae* a fin de que la Corte tenga a bien considerar cuestiones jurídicas sobre el objeto del séptimo procedimiento de supervisión de la sentencia de fondo del 14 de marzo del 2001, la sentencia de interpretación del 3 de septiembre del 2001, y la sentencia de reparaciones y costas del 30 de noviembre del 2001.^{1 2}

Más allá de la avalancha mediática que se originó en el ámbito interno a raíz de la emisión de la sentencia por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema; y sobre todo de las opiniones emitidas por quienes veían en tal documento jurídico un medio para desinformar y politizar el contenido que de él se extrae, veo conveniente precisar que el presente trabajo es fruto de una profunda y por sobre todo objetiva investigación que realicé como buen y leal “amigo de la corte” a efectos de hacerles llegar a los magistrados de la CIDH precisiones netamente jurídicas al respecto del mencionado procedimiento de supervisión.³

1 En cumplimiento del principio de buena fe procesal, que también rige en el proceso de responsabilidad internacional del Estado por violación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, informé a la Corte al presentar el *amicus curiae*; que en el proceso penal cuya sentencia de revisión por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú de fecha 20 de Julio de 2012 motiva el procedimiento de supervisión, el Estudio Sousa & Nakazaki ha tenido a su cargo las defensas técnicas del ex Presidente del Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas y Comandante General del Ejército Nicolás Hermoza Ríos y del ex Jefe del Departamento de Economía de la Dirección de Inteligencia del Ejército Máximo Cáceda Pedemonte; igualmente, hasta la etapa del juicio oral, ejercimos la defensa del ex Jefe del Servicio de Inteligencia Nacional Julio Salazar Monroe.

2 La CIDH, a mi modo de ver equivocadamente, no permite la intervención de terceras personas que puedan ver afectadas derechos fundamentales en ejecución de la resolución que se dicte en el procedimiento de supervisión; Tal convicción me llevó solicitar participar en la audiencia, lo que no fue aceptado por la Presidencia conforme comunicación de la Secretaria. Dadas estas circunstancias es que presenté un escrito en calidad de *amicus curiae*, guardando para la neutralidad que correspondía a un “leal amigo de la Corte”, como se podrá enjuiciar en su contenido.

Desarrollo en el presente trabajo temas que estimo fundamentales como lo son las obligaciones principales del Estado peruano a partir de la emisión de las sentencia de fondo, de interpretación y de reparaciones y costas emitidas con anterioridad por la CIDH, los criterios para supervisar su cumplimiento, una interpretación jurídica de la Sentencia emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, los mecanismos de incorporación del Derecho Internacional al Derecho Interno, los delitos de derecho internacional (incluidos los de lesa humanidad), el principio de legalidad, la exigencia que en la acusación se fundamente jurídicamente la configuración del delito de lesa humanidad, entre otros temas.

El desarrollo de los temas antes mencionados –actualmente ya a la vista de todos magistrados integrantes del tribunal internacional– creo firmemente serán de utilidad para la Corte al momento de efectuar la séptima supervisión de cumplimiento de la sentencia de fondo y la sentencia de reparaciones, en cuanto a la obligación del Estado del Perú de realizar un proceso penal para determinar a los responsables de las muertes producidas en el “Caso Barrios Altos”.

La intención de esta investigación es contribuir a que la CIDH diferencie entre incumplimiento de ejecución de sus sentencias y presión para lograr una decisión acorde con el interés, la ideología, o la venganza. Situación que ha puesto la independencia de los jueces peruanos en peligro; ante un sistema en el cual una decisión favorable a un procesado en un “caso emblemático”, significa crucifixión mediática, e incluso, institucional, a través de la OCMA del Poder Judicial o del Consejo Nacional de la Magistratura.

II.- Objeto del séptimo procedimiento de supervisión de cumplimiento de sentencia.

II.I.- Antecedentes procesales que permiten fijar el objeto del séptimo procedimiento de supervisión de la sentencia.

- 1) En la sentencia de fondo la Corte al determinar los actos de ejecución de sentencia o de reparación, declaró: “...el Estado del Perú debe investigar los hechos para determinar las personas responsables de las violaciones de los derechos humanos a los que se ha hecho referencia en esta sentencia...”⁴
- 2) En la sentencia de interpretación la Corte amplió la obligación de procesamiento penal a todos los casos a los que se hubiesen aplicado las leyes de amnistía N° 26479 y 26492.⁵
- 3) En la sentencia de reparaciones y costas la Corte homologó (aprobó) el “Acuerdo de reparación integral a las víctimas y los familiares de las víctimas del caso Barrios Altos”; estableciéndose como una medida de reparación no pecuniaria “iniciar el proceso por el cual se incorpore <la figura jurídica que resulte más conveniente para tipificar el delito de ejecuciones extrajudiciales”.⁶
- 4) El “Acuerdo de reparación integral a las víctimas y los familiares de las víctimas del caso Barrios Altos”, en la cláusula primera: antecedentes y naturaleza, se fija que el objeto de la sentencia de fondo fue: “...se ordenó que el Estado debía proceder a dejar sin efecto tales Leyes, así como asegurar una debida investigación penal a los que

3 Me hubiera gustado que la parte agraviada, integrada por los mismos abogados que promueven la séptima supervisión, reclame neutralidad en la “lluvia de amigos del tribunal” (no de la fiscalía o de la parte agraviada) que se dio en el “Caso del ex Presidente Fujimori”, con expresos pronunciamientos de culpabilidad, valoración de prueba de cargo, etc.

4 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Página 18 de la sentencia de fondo, punto 5 de la decisión.

5 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Página 6 de la sentencia de interpretación, punto 2 de la decisión.

6 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Página 16 de la sentencia de reparación y costas, punto 5 de la decisión.

resulten responsables, sancionarlos en su debido momento y reparar los daños producidos”.

- 5) En la cláusula segunda: aspectos generales, se establece como medida de reparación no pecuniaria: “El Estado iniciará el proceso por el cual se incorpore la figura jurídica que resulte más conveniente para tipificar las ejecuciones extrajudiciales”. Firman el acuerdo como representantes legales de los agraviados, entre otros, los abogados Gloria Cano Legua y Carlos Martín Rivera Paz.
- 6) En la primera resolución de cumplimiento de sentencia, del 22 de noviembre del 2002, se pide al Estado del Perú que informe, entre otras medidas, “sobre los avances en la incorporación de la <figura jurídica que resulte más conveniente> para tipificar el delito de ejecución extrajudicial”.⁷
- 7) En la segunda resolución de cumplimiento de sentencia, del 28 de noviembre del 2003, se requiere al Estado “un informe detallado en el cual indique todas las medidas adoptadas para cumplir con el deber de investigar los hechos para determinar las personas responsables de las violaciones de los derechos humanos a las que se hizo referencia en la sentencia de fondo”, incluida la medida de un proceso en el cual se determine la figura legal más conveniente para tipificar las ejecuciones extrajudiciales.⁸ (Resaltado del autor)
- 8) En la tercera resolución de cumplimiento de sentencia, del 17 de noviembre del 2004, la Corte solicita información detallada sobre los avances de los procesos penales abiertos en el Perú por el “Caso Barrios Altos”.
- 9) Así mismo se aprecia claramente que la medida de reparación no pecuniaria consiste en la incorporación a la legislación nacional del tipo penal de ejecuciones extrajudiciales, pues las partes informaron de la instalación de una Comisión Revisora del Código Penal designada por el Congreso de la República para la adecuación de la legislación al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.
- 10) La Corte decidió mantener el procedimiento de supervisión abierto sobre el deber de investigar los hechos para determinar a los responsables de las violaciones de los derechos humanos a los que se hizo referencia en la sentencia de fondo. Se dio por cumplida otra medida de reparación no pecuniaria, iniciar el trámite de suscripción y promoción de la ratificación de la Convención Internacional sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Lesa Humanidad”.⁹
- 11) En la cuarta resolución de cumplimiento de sentencia, del 22 de septiembre del 2005, la Corte decide mantener abierto el procedimiento de supervisión sobre el cumplimiento de las medidas de reparación, como; “el deber de investigar los hechos para determinar las personas responsables de las violaciones de los derechos humanos a los que hizo referencia en la sentencia de fondo”; y “los avances en la incorporación de la <figura jurídica que resulte más conveniente> para tipificar el delito de ejecuciones extrajudiciales”.¹⁰

7 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Página 5 de la primera resolución de cumplimiento de sentencia.

8 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Página 15 de la segunda resolución de cumplimiento de sentencia.

9 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Páginas 13 y 14 de la tercera resolución de cumplimiento de sentencia.

10 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Páginas 25 y 26 de la cuarta resolución de cumplimiento de sentencia.

- 12) En la quinta resolución de cumplimiento de la sentencia, del 4 de agosto del 2008, la Corte reitera que mantendrá abierto el procedimiento de supervisión de cumplimiento de las medidas de reparación de investigación y determinación de los responsables del “Caso Barrios Altos” y de incorporación a la legislación nacional del tipo penal de ejecuciones extrajudiciales.¹¹
- 13) En la sexta resolución de cumplimiento de la sentencia, del 7 de diciembre del 2009, la Corte resolvió convocar a una audiencia privada para el 1 de febrero del 2010. En la página web de la CIDH no aparece el resultado del procedimiento de supervisión, pero debe destacarse que a aquel momento ya el Poder Judicial del Perú había dictado sentencia en el “Caso del ex Presidente Fujimori” (que abarca el Asunto Barrios Altos), 7 de abril del 2009 (Sala Penal Especial Suprema¹²), y 30 de diciembre del 2009 (Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema¹³); y en el “Caso La Cantuta”, 8 de abril del 2008 (Sala de Juzgamiento¹⁴) y 7 de abril del 2009 (Sala de Revisión¹⁵).

II.II.- Obligaciones principales del Estado del Perú y las medidas de reparación no pecuniarias.

La sentencia de fondo estableció dos obligaciones principales que el Perú debía cumplir:

- § Hacer que las leyes de amnistía N° 26479 y N° 26492 no surtan efectos jurídicos.
- § Hacer una investigación para determinar a las personas responsables de las violaciones de derechos humanos a los que hizo referencia la sentencia de fondo.

Respecto a las medidas de reparación la Corte consideró que estas debían ser determinadas por acuerdo del Estado Peruano, la Comisión Interamericana y las víctimas o sus representantes legales.¹⁶

En la sentencia de reparaciones y costas al haberse presentado acuerdo de reparaciones, la Corte hizo el control sobre si las medidas de reparación contempladas, pecuniarias y no pecuniarias, eran compatibles con la Convención Americana, determinándose que sí, al homologar (aprobar) el acuerdo.¹⁷

Se puede afirmar que:

1. El objeto del séptimo procedimiento de supervisión es verificar si el Estado Peruano ha cumplido con la obligación principal “de investigar los hechos para determinar las personas responsables de las violaciones de los derechos humanos a los que hizo referencia en la sentencia de fondo”.

11 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Páginas 12 y 13 de la quinta resolución de cumplimiento de sentencia.

12 SALA PENAL ESPECIAL SUPREMA, Expediente N° 19-2001/ACUMULADO N° 45-2003-AV.

13 PRIMERA SALA PENAL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA, Recurso de Nulidad N° 19-01-2009 A.V. Lima.

14 PRIMERA SALA PENAL ESPECIAL SUPERIOR, Expediente N° 03-2003. El mismo Tribunal Penal que dictó la sentencia de juzgamiento en el “Caso Barrios Altos”.

15 SEGUNDA SALA PENAL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA, Recurso de Nulidad N°3198-2008.

16 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, sentencia de fondo, Página 17, Título IX Apertura de la etapa de reparaciones.

17 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Sentencia de reparaciones y costas, Páginas 6, 7, 13, 14 y 16, Títulos IV Obligaciones de reparar. Acuerdo de reparaciones, VII Otras formas de reparaciones y VIII Homologación y supervisión de cumplimiento.

2. Que la única medida de cumplimiento posible de la obligación de investigar, asumida en la sentencia de fondo, en la sentencia de reparaciones y costas, y en el acuerdo integral de reparación, era la realización de procesos penales.

La otra obligación principal, que las leyes de amnistía N° 26479 y N° 26492 no surtan efectos jurídicos, ha sido cumplida por el Estado Peruano, no sólo siendo su demostración la existencia de los procesos penales que se reabrieron o iniciaron en ejecución de la sentencia de fondo y la sentencia de interpretación de la CIDH, sino que en los seis procedimientos de supervisión, ni la Comisión, ni los agraviados han cuestionado el incumplimiento de esta obligación.

III.- Criterios para supervisar el cumplimiento de la obligación principal de la sentencia de fondo: “de investigar los hechos para determinar las personas responsables de las violaciones de los derechos humanos a los que hizo referencia en la sentencia de fondo”.

III.I.- Ejecución de sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La Convención, el Estatuto y el Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos permiten afirmar que el proceso contencioso, de reparación o de legalidad, sobre responsabilidad internacional del Estado por violación del Pacto de San José de Costa Rica, no constituye una “instancia” de los procesos judiciales seguidos en sede nacional.

Las sentencias de la Corte son constitutivas de la existencia de un acto ilícito internacional del Estado, la violación de la Convención, lo que genera la obligación de reparación; incluso son sentencias condenatorias porque ordenan la adopción de medidas de reparación pecuniarias y no pecuniarias.

Sin embargo al no reconocerse en la Convención, el Estatuto o el Reglamento, a las sentencias de la Corte efectos jurisdiccionales en el ámbito interno de los Estados, es competencia del Estado infractor el adoptar, conforme al ordenamiento legal interno, las medidas de reparación idóneas para cumplir las obligaciones que se establecen en las sentencia de fondo, por cierto bajo la supervisión de la Corte.¹⁸

La CIDH en este aspecto es similar al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sus sentencias “carecen de efectos judiciales directos en el derecho interno”.¹⁹

El artículo 68 inciso 2 de la Convención regula la ejecución de la sentencia de condena al Estado infractor de una indemnización; expresamente indica “se podrá ejecutar en el respectivo país por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado.”

Incluso cuando se trata de medidas de reparación que tienen por objeto actos judiciales (procesales), existen casos en los que el ordenamiento legal interno contempla la vía procesal para ejecutar la sentencia internacional; por ejemplo, acciones de revisión. Pero no son la mayoría de los sistemas jurídicos internos, la regla es que los Estados no contemplan procedimientos de ejecución de las sentencias internacionales.

La falta de regulación sobre la ejecución en el orden jurídico interno de sentencias internacionales genera dificultades como la que se produjo en el “Caso Barberá, Masegué y Jabardo contra España”.

18 Fernando URIOSTE BRAGA, Responsabilidad Internacional de los Estados en los Derechos Humanos, Páginas 196 y 197, Editorial B de F, Montevideo- Buenos Aires, Argentina y Uruguay, 2002.

19 Ibídem, Página 97; Héctor GROS ESPIELL, La Convención Americana de Derechos Humanos y la Convención Europea de Derechos Humanos: Análisis comparativo, Página 191, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, República de Chile, 1991.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, por 10 votos contra 8, declaró que en el proceso penal en el que la Audiencia Nacional condenó a Barberá y Masegué a 30 años de prisión, y a Jabardo a 6 años, se violó el derecho a un juicio justo del artículo 6.1 del Convenio. La defensa en sede interna pidió la anulación de las condenas y el Tribunal Supremo en lo Penal desestimó la solicitud al sostener que las sentencias del TEDH son declarativas, que no constituye una última instancia jurisdiccional y que no podía dejar sin efecto una sentencia firme. El Tribunal Constitucional vía amparo declaró la nulidad de las condenas y dispuso la celebración de un nuevo juicio en el que fueron absueltos.²⁰

En el Perú la Ley N° 27775, del 7 de julio del 2002, regula el procedimiento de ejecución de sentencia de tribunales supranacionales.

El artículo 1 establece como ámbito de aplicación de la ley a todas las sentencias dictadas por tribunales supranacionales, por tanto incluye a las de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En el artículo 4 se regula el procedimiento de ejecución de sentencias internacionales que contienen medidas no indemnizatorias, se entiende, no pecuniarias; corresponde al juez competente adoptar las medidas pertinentes para reponer el estado de cosas al momento anterior a la violación declarada en la sentencia.

La ley peruana responde al marco establecido para la ejecución de las sentencias de la CIDH.

La Corte determina la obligación internacional, por ejemplo, la de investigación para la determinación de los responsables penales de violaciones de derechos humanos en el "Caso Barrios Altos" y requiere la adopción de las medidas para su cumplimiento; el Estado Peruano, a través del juez competente, esto es, aplicando el derecho interno, determina las medidas de reparación o no indemnizatorias, bajo supervisión de la Corte abierta hasta que declare cumplida la obligación fijada en la sentencia de fondo.

Se puede afirmar:

1. La Corte determina la obligación principal que el Estado infractor debe cumplir por la responsabilidad internacional generada al violar la Convención.
2. La Corte ordena al Estado infractor reparar el ilícito internacional consistente en la violación de derechos humanos.
3. El Estado infractor, conforme a su derecho interno, determina las medidas de reparación.
4. La Corte supervisa la ejecución de la sentencia, es decir el cumplimiento de obligaciones del Estado a través de medidas compatibles con el Pacto de San José.

III.II.- Competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los procedimientos de supervisión de sentencia.

20 Jaime FERRER LLORET, Responsabilidad Internacional del Estado y Derechos Humanos, Páginas 61 y 62, Editorial Tecnos-Universidad de Alicante, Madrid, España, 1998.

La Corte Interamericana ha establecido que la jurisdicción internacional tiene carácter subsidiario²¹, coadyuvante y complementario²², por lo que no desempeña funciones de tribunal de "instancia", es decir, de jueces nacionales.

La Corte afirma que no es un tribunal de apelación o de revisión para resolver los desacuerdos que tengan las partes sobre determinados alcances de la aplicación del derecho interno, salvo que estén directamente relacionados con el cumplimiento de obligaciones internacionales sobre derechos humanos establecidas en sentencia de fondo.²³

De forma similar a la diferencia de ámbitos de competencia entre jueces ordinarios y jueces constitucionales, la CIDH distingue la jurisdicción internacional y la nacional, al negar que tenga competencia para valorar pruebas, efectuar operaciones de tipificación, en fin, las operaciones que en el proceso penal interno los jueces efectúan para determinar la responsabilidad penal de una persona.²⁴

Al supervisarse el cumplimiento de ciertas obligaciones internacionales, esto es, la ejecución de la sentencia de la Corte, existe una intrínseca interrelación entre el análisis de derecho internacional y del derecho interno.²⁵

Sí compete a la Corte supervisar que en las medidas de reparación adoptadas en sede nacional el Estado infractor cumplió con las obligaciones internacionales establecidas en la sentencia de fondo.

La jurisprudencia señala que la determinación de si las actuaciones de órganos judiciales constituyen una violación de las obligaciones internacionales del Estado, puede conducir a que la Corte deba ocuparse de examinar los procesos judiciales internos para establecer su compatibilidad con la Convención Americana.²⁶

Se puede afirmar:

21 Cfr. Caso Acevedo Jaramillo y otros Vs. Perú. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C No. 157, Párrafo 66; Caso Perozo y otros Vs. Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 195, Párrafo 64, y Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C No. 220, Párrafos 16 a 19.

22 En el Preámbulo de la Convención Americana se sostiene que la protección internacional es "de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos". Ver también, El Efecto de las Reservas sobre la Entrada en Vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 74 y 75). Opinión Consultiva OC-2/82 del 24 de septiembre de 1982. Serie A No. 2, párr. 31; 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 No. 26. Ver también Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, Párrafos 61; y Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México, Párrafos 16 a 19.

23 Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C No. 220, Párrafos 16 a 19.

24 Cfr. Caso Nogueira de Carvalho y otro vs. Brasil. Excepciones Preliminares y Fondo. Sentencia de 28 de noviembre de 2006. Serie C No. 161, párr. 80, y Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México, Párrafos 16 a 19.

25 Cfr. Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México, Párrafos 16 a 19.

26 Cfr. Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63, párr. 222; Caso Garibaldi vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de septiembre del 2009. Párr. 120, y Caso Dacosta Cadogan vs. Barbados. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de septiembre de 2009. Serie C No. 204, párr. 24.

1. La Corte no es competente para interpretar o revisar la aplicación del derecho interno.
2. Si el objeto de supervisión es un proceso judicial de un Estado, la Corte no puede verificar la correcta aplicación de las reglas procedimentales que lo rigen o de las decisiones judiciales.
3. La Corte sólo es competente para verificar si el proceso penal ha cumplido con la obligación principal: “de investigar los hechos para determinar las personas responsables de las violaciones de los derechos humanos a los que hizo referencia en la sentencia de fondo”, a través de un proceso penal compatible con la Convención Americana.

IV.- El Poder Judicial del Perú ha cumplido con la obligación internacional “de investigar los hechos para determinar las personas responsables de las violaciones de los derechos humanos a los que hizo referencia en la sentencia de fondo” a través de un proceso penal compatible con la Convención Americana: análisis de la sentencia de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema.

A continuación examinaré los cuestionamientos formulados por los abogados de los agraviados, conocidos por la prensa, y por el Ministerio de Justicia del Perú al interponer demanda de amparo contra el Poder Judicial; todos con la finalidad de anular la sentencia de revisión de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema que resolvió los recursos de nulidad interpuestos contra la sentencia de juzgamiento de la Primera Sala Penal Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima.

IV.I.- No se ha producido la anulación de una condena por delito de lesa humanidad en el proceso penal.

En este tema se advierte una gran contradicción entre la “lectura mediática” de la sentencia de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema y su contenido, lo que constituye, adelanto, la expresión del grave peligro que existe en el Perú; un ataque sistemático, sin razón jurídica, contra jueces que resuelven a favor de los acusados en los llamados casos penales “emblemáticos”, que termina siendo la violación de la garantía de la independencia judicial, condición indispensable para un debido proceso.

IV.I.I.- La sentencia de la Primera Sala Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima contiene condena por delito de asesinato, no por delito de lesa humanidad.

La Primera Sala Penal Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima al concluir la etapa del juicio oral dictó la sentencia de fecha 1 de octubre del 2010.

En la parte resolutive de la sentencia se condena a los acusados por delito de homicidio calificado y tentativa de homicidio calificado en agravio de las víctimas del “Caso Barrios Altos”, “Caso Desaparecidos del Santa” y “Caso Pedro Yauri”.²⁷

En la fundamentación jurídica de la sentencia al realizarse la operación de tipificación, la Sala precisa que el delito imputado es “homicidio calificado – asesinato por ferocidad y gran crueldad, tipificado en el artículo 108, incisos 1 y 3, del Código Penal Peruano de 1991.”²⁸

El Tribunal en modo alguno pretendió tipificar los hechos como delitos de lesa humanidad.

27 PRIMERA SALA PENAL ESPECIAL SUPERIOR DE LIMA, Sentencia de Juzgamiento, Título XII. Fallo, Páginas 836 a 843. Expediente N° 28-2001.

28 Ibídem, Título V. Fundamentación jurídica, Páginas 601 a 604 de la sentencia.

En un momento anterior de la sentencia al resolver las cuestiones procesales surgidas durante los alegatos, la Sala consideró como tal el planteo de las defensas de los acusados Alvarado Salinas, Cubas Zapata, Carbajal García, Pino Díaz, Pinto Cárdenas y Yarlaqué Ordinola, quienes sostuvieron que los hechos no constituían delitos de lesa humanidad por no ser aplicable el Estatuto de la Corte Penal Internacional de Roma.²⁹

La Sala argumentó que los delitos de lesa humanidad no constituyen un tipo de delito, sino un caso de violación a los derechos humanos en los instrumentos internacionales; afirman que el homicidio calificado per se no es un delito de lesa humanidad.³⁰

En la determinación judicial de la pena la Sala consideró que los hechos no constituían delitos comunes sino “violaciones a los derechos humanos”, a fin de calificarlos como circunstancias agravantes de la pena genéricas del artículo 46 del Código Penal.³¹

La Primera Sala Penal Especial Superior no condenó a los acusados por delito de lesa humanidad, sino por el delito de asesinato previsto en el artículo 108 del Código Penal de 1991.

IV.I.II.- La Sala Penal Permanente de la Corte Suprema no anuló la condena por delito de asesinato.

La Sala Penal Permanente de la Corte Suprema mediante la sentencia de revisión del 20 de julio del 2012, resolvió los 18 recursos de nulidad contra la sentencia de juzgamiento que interpusieron; el Ministerio Público, los sentenciados y las partes civiles.

En la parte resolutive la Corte Suprema decidió no haber nulidad en la condena como autores del delito de asesinato y tentativa de asesinato de las víctimas del “Caso Barrios Altos”, “Caso Desaparecidos del Santa”, y “Caso Pedro Yauri”.³²

En los considerandos que se refieren al tema de los delitos de lesa humanidad respondieron a una impugnación en la que se fijó como agravio la supuesta aplicación retroactiva del Estatuto de la CPI para tipificar los hechos como delitos contra la humanidad.³³

La Corte Suprema desestimó el recurso de nulidad al verificar que la Sala de Juzgamiento no aplicó retroactivamente el Estatuto de la CPI, precisando que la tipificación de la acusación y la sentencia fue de homicidio calificado del artículo 108, primer y tercer párrafo, del Código Penal.³⁴

Al declararse la no anulación de la condena por asesinato, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema **no decidió** que los hechos del “Caso Barrios Altos” no constituyen delito de lesa humanidad.

Si bien en los párrafos 145 a 163³⁵ hay consideraciones sobre la no tipificación de los hechos objeto de la acusación como delitos de lesa humanidad; la vigencia del principio de legalidad, atipicidad por la falta del elemento contextual ataque a la población civil porque; “ésta política de Estado estaba dirigida a la eliminación física de los mandos militares del Partido Comunista Peruano – Sendero Luminoso y delincuentes terroristas, conforme se señaló en el

29 *Ibíd*em, Título III. Cuestiones procesales, Páginas 126 a 135.

30 *Ibíd*em, Página 134.

31 *Ibíd*em, Título VI. Determinación de la pena, Página 780.

32 Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, Sentencia de Revisión, Título IV. Decisión del Supremo Tribunal, declaraciones XVII y XVIII, Páginas 378 a 382. Recurso de Nulidad N° 4104-2010 Lima.

33 *Ibíd*em, Párrafo 143 de la sentencia, Página 151.

34 *Ibíd*em, Párrafo 143 de la sentencia, Página 151.

35 *Ibíd*em, Párrafos 145 a 163, Páginas 152 a 166.

dictamen fiscal, requisitoria oral y en la propia sentencia recurrida”³⁶; estos fueron realizados por **dos jueces** de los cinco integrantes del Supremo Tribunal Penal, los jueces supremos Villa Stein (Presidente) y Pariona Pastrana (Ponente).

El argumento que primó por ser el asumido por los cinco jueces supremos, insisto para las consideraciones y no la decisión, de no calificar los hechos como delito de lesa humanidad fue de **orden procesal**, no sustantivo, conforme se aprecia en el párrafo 164³⁷, en los “fundamentos adicionales”³⁸ de los jueces supremos Salas Arenas, Miranda Molina y Morales Parraguez y en la “aclaratoria de los fundamentos adicionales”³⁹ contenida en el auto del 24 de julio del 2012.

Los jueces supremos Salas Arenas, Miranda Molina y Morales Parraguez no compartieron los argumentos de atipicidad de los hechos objeto de acusación como delito de lesa humanidad; si estuvieron de acuerdo y enriquecieron el argumento procesal, tal cual se aprecia en el Título VI de los fundamentos adicionales.

En los “fundamentos adicionales” del argumento procesal, a partir que la Fiscalía no acusó por delitos de lesa humanidad; se razonó que “la inclusión de esta especial calificación en la sentencia puede afectar el derecho de defensa de los procesados y constituir al propio tiempo un fallo sorpresivo que vulnere el principio adversatorio”; se citó como sustento la sentencia de la CIDH del 20 de junio del 2005 en el “Caso Fermín Ramírez vs. Guatemala”; el respeto al derecho a la defensa prohíbe modificar la calificación jurídica de los hechos materia de acusación, sin hacerle conocer al acusado, previamente, por el tribunal, para permitir defensa; la modificación de la calificación solo puede provenir del acusador no del tribunal al no admitir el debido proceso una “acusación jurisdiccional”; se precisa que la Corte asume esta posición a partir de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, “Caso Pelissier y Sassi vs. Francia”.⁴⁰

En el auto aclaratorio se precisa que una mención genérica a lesa humanidad en la acusación viola el derecho a la defensa y el principio acusatorio; en la página 332 de la requisitoria en el título “EL DELITO”: la fiscalía dice: “Este Ministerio considera que en autos **ha quedado demostrada la comisión de crímenes de lesa humanidad**, habiéndose determinado un concurso real de los siguientes delitos tipificados en el Código Penal: Homicidio Calificado, previsto y sancionado por el artículo 108; asociación ilícita para delinquir prevista y sancionada en el artículo 317; secuestro agravado, previsto y sancionado por el artículo 152 y desaparición forzada de personas previsto y sancionado por el artículo 1 del Decreto Ley 25592, hoy artículo 320 del Código Penal”.⁴¹

En la acusación, páginas 338 a 342, la Fiscalía hace la operación de tipificación como parte de la fundamentación jurídica, pero no hace mención alguna que el asesinato del artículo 108 del Código Penal corresponda a un delito de lesa humanidad y menos como se configuraría este en el caso; acusa, páginas 343 a 347 solamente por asesinato, y en la página 348 al pedir la pena se dice “que se imponga a los acusados de estos crímenes de lesa humanidad”.⁴²

Por esta razón, la falta de acusación, la Sala Penal Permanente estimó que no podía condenarse por delito de lesa humanidad, pero, repito, solamente fueron consideraciones para

36 El análisis del ponente, asumido sólo por otro juez supremo, fue incompleto; pues si la acusación consideraba que se eliminó a miembros de Sendero Luminoso y por tanto no se configuraba delito contra la humanidad, debió apreciarse que el elemento contextual conflicto interno, le exigía evaluar la tipificación como delito de guerra, ingresar en el ámbito de la violencia interna con sus repercusiones dogmáticas.

37 *Ibidem*, Párrafo 164, Páginas 166 y 167.

38 *Ibidem*, Páginas 391 a 404.

39 Auto del 24 de julio del 2012.

40 Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, Sentencia de Revisión, Fundamentos Adicionales, Páginas 401 a 403.

41 Primera Fiscalía Superior Penal Especializada, Acusación, Página 332.

42 *Ídem*.

desestimar un recurso de nulidad de un sentenciado, porque no hubo condena por lesa humanidad, menos anulación de lo que nunca existió.

IV.II.- La obligación de “investigar los hechos para determinar las personas responsables de las violaciones de los derechos humanos a los que hizo referencia en la sentencia de fondo” no contiene la exigencia de calificar los hechos del “Caso Barrios Altos” como delito de lesa humanidad.

La Corte reiteradamente ha establecido que, a diferencia de otros tribunales internacionales, no realiza procesos para determinar la responsabilidad penal de personas, como sí lo hicieron el Tribunal Militar Internacional de Nuremberg y el Tribunal Militar Internacional para el lejano Oriente; y lo realizan el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, el Tribunal Penal Internacional para Ruanda, y la Corte Penal Internacional.

La CIDH en la sentencia del 29 de noviembre del 2006 “Caso La Cantuta”, párrafo 156, afirma; “no es un tribunal penal en el que corresponda determinar la responsabilidad de individuos particulares por actos criminales”; y en el párrafo 157, señala; “por ende, basta reiterar que las investigaciones y procesos abiertos por los hechos de este caso corresponden al Estado, deben ser realizados por todos los medios legales disponibles y culminar o estar orientados a la determinación de toda la verdad y la persecución y, en su caso, captura, enjuiciamiento y castigo de todos los responsables intelectuales y materiales de los hechos”.⁴³

La CIDH reitera su posición en la sentencia del 22 de septiembre del 2009 “Caso Anzualdo Castro vs. Perú”, párrafo 36, afirma “que no es un tribunal en el que se puede analizar la responsabilidad penal de los individuos”.⁴⁴

De allí que en la misma sentencia, párrafos 181 a 183, al definir el contenido de la obligación del Estado de investigar y determinar a los responsables del hecho objeto de la sentencia de fondo, la Corte afirma que ésta consiste en realizar un debido proceso conforme al ordenamiento legal interno.⁴⁵

Si la Corte no determina responsabilidad penal, esto es, no establece si una persona ha cometido delito, es evidente que no puede disponer la forma en que el Poder Judicial del Perú debe realizar las operaciones de tipificación y de determinación judicial de la pena.

Conforme se ha demostrado, la Corte fija la responsabilidad internacional del Estado por violación de la Convención e impone obligación de reparación; pero los medios de reparar se realizan por el Estado infractor de acuerdo a su orden legal interno; la Corte en esta fase supervisa que las medidas de reparación cumplan con la obligación de investigar y procesar para determinar a los culpables por el “Caso Barrios Altos”.

De allí que en la sentencia de fondo y en la sentencia de reparaciones que homologa el acuerdo de reparación integral, no se establezca como medida de reparación una forma especial de calificación y de imposición de sanción penal no prevista en el derecho penal y procesal del Perú.

IV.III.- La Corte no ha determinado que el sistema de incorporación del derecho penal internacional al ordenamiento legal interno que sigue el Estado del Perú viole la Convención Americana.

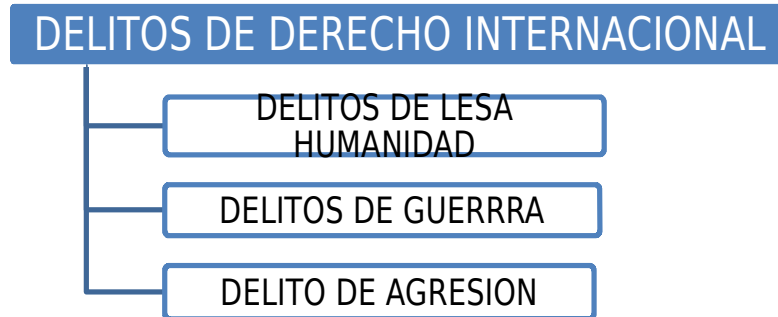
43 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Sentencia de fondo, reparaciones y costas. “Caso La Cantuta”

44 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. “Caso Anzualdo Castro”.

45 *Ibíd*em, Párrafos 181 a 183.

IV.III.I.- Los tipos penales de los delitos de derecho internacional.

En el derecho penal internacional, al igual que el derecho penal interno, se ha construido una parte general y una parte especial, que tienen como base al delito o crimen de derecho internacional, que es de 3 tipos:^{46 47}



Los delitos de derecho penal internacional tienen una estructura diferente a los delitos del derecho penal interno.

El elemento determinante que convierte al hecho en un delito de derecho internacional es “el contexto de la violencia organizada”; éste elemento contextual está contenido en cada tipo de delito de derecho internacional. Por ejemplo en los delitos de lesa humanidad el elemento contextual consiste en el ataque generalizado o sistemático contra la población civil (hecho global); y en los delitos de guerra el elemento contextual es el conflicto armado.⁴⁸

Gerhard Werle⁴⁹, Kai Ambos⁵⁰, Knut Dörmann⁵¹, Jean Pierre Matus⁵², Héctor Olásolo Alonso⁵³, Milena Costas Trascasas⁵⁴, María Torres Pérez⁵⁵, Ana Cristina Andrés Domínguez⁵⁶,

46 Gerhard WERLE, Tratado de Derecho Penal Internacional, Página 349, Tirant lo Blanch, Valencia, España, 2005.

47 Alicia GIL GIL, Bases para la persecución penal de crímenes internacionales en España, Páginas 16 y siguientes, 23 y siguientes, más la página 41, Editorial Comares, Granada, España, 2006.

48 Ibídem, Página 179 y 180.

49 Gerhard WERLE, Obra citada.

50 KaiAMBOS, Los Crímenes del Nuevo Derecho Penal Internacional, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez, Bogotá, Colombia, 2004.

51 KnutDÖRMANN, Crímenes de Guerra en los Elementos de los Crímenes, en La Nueva Justicia Penal Supranacional, Desarrollos Post Roma, Coordinador Kai Ambos, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, España, 2002.

52 Jean PIERRE MATUS, La Transformación de la Teoría del Delito en el Derecho Penal Internacional, Ediciones Jurídicas de Santiago, Barcelona, España, 2008.

53 Héctor OLÁSULO ALONSO, Ataques contra Personas o Bienes Civiles y Ataques Desproporcionados, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, España, 2007.

54 Milena COSTAS TRASCASAS, Violencia Interna y Protección de la Persona – Una laguna jurídica del Derecho Internacional, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, España, 2008.

55 María Torres Pérez, La Responsabilidad Internacional del Individuo por la Comisión de Crímenes de Lesa Humanidad, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, España, 2008.

56 Ana Cristina ANDRÉS DOMÍNGUEZ, Derecho Penal Internacional, Tirant lo Blanch, Valencia, España, 2006.

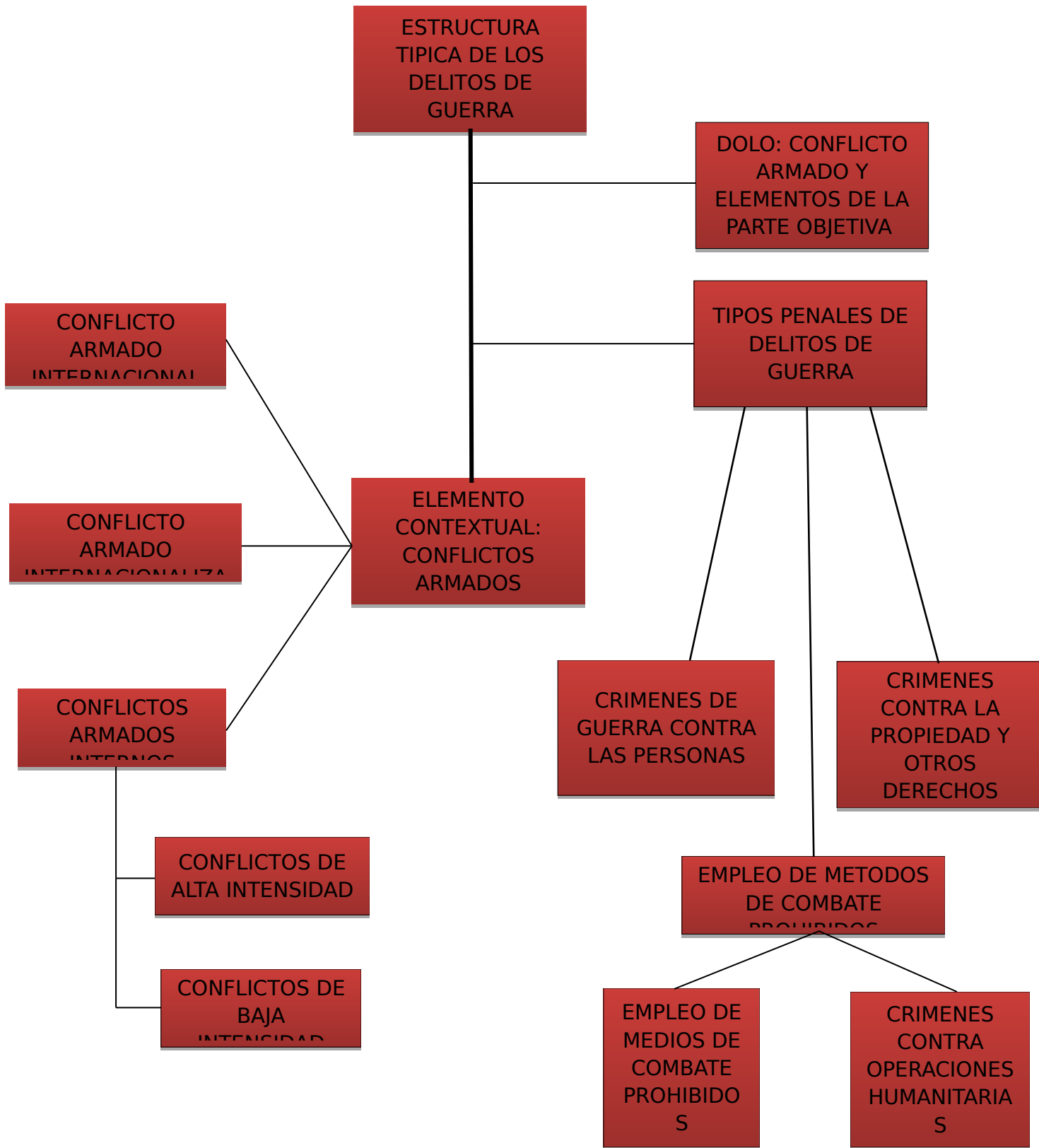
Valentín Bou Franch⁵⁷, Alicia Gil Gil⁵⁸, José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto⁵⁹, permiten diferenciar distintos elementos típicos en los delitos internacionales, como los de lesa humanidad y guerra que se grafican a continuación:



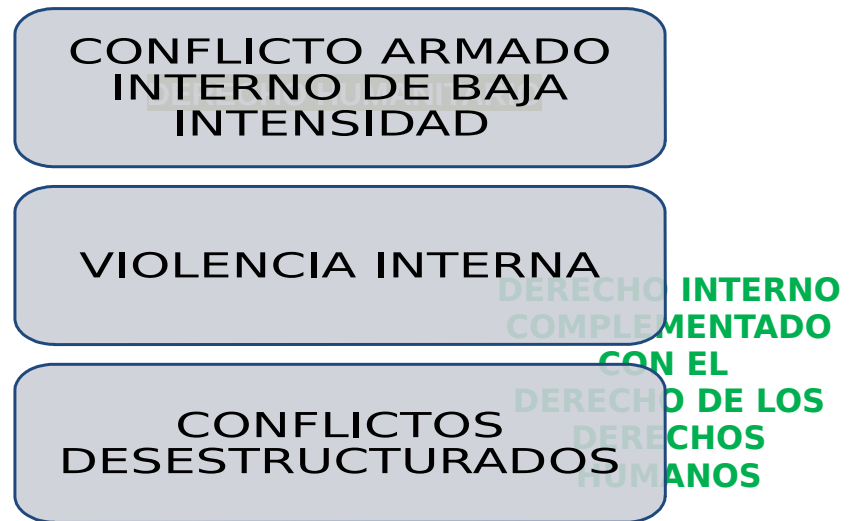
57 Valentín BOU FRANCH y María TORRES PÉREZ, La Contribución del Tribunal Penal Internacional para Ruanda a la Configuración Jurídica de los Crímenes Internacionales, Tirant lo Blanch, Valencia, España, 2004.

58 Alicia GIL GIL, Obra citada.

59 José Luis RODRIGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, Coordinador, Derecho Internacional Humanitario, 2º edición, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, España, 2007.



Incluso es necesario ingresar a otra diferenciación a fin de determinar el régimen jurídico aplicable:



En las sentencia de la Corte; por ejemplo “Caso La Cantuta”, Sentencia del 29 de noviembre del 2006, en el párrafo 225, se califica los hechos como delitos de lesa humanidad, sin que en la parte considerativa, se haya determinado que el elemento contextual es el ataque a una población civil y no un conflicto armado interno; de baja intensidad, alta intensidad, violencia interna o conflictos desestructurados.⁶⁰

En el “Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile”, Sentencia del 26 de septiembre del 2006, párrafos 96 y 104, y en el “Caso Goyburú y otros vs. Paraguay”, Sentencia del 22 de septiembre del 2006, párrafo 82, a pesar que se califican los hechos como delitos de lesa humanidad, tampoco se analiza por qué el elemento contextual que se dio en dichos Estados no configuró un conflicto armado interno; resaltando por cierto, que los militares chilenos y paraguayos no enfrentaron una organización criminal de la magnitud de Sendero Luminoso, sólo comparable por la fuerza de la violencia, en alguna medida, a la tragedia que vive actualmente México.^{61 62}

Tal análisis resulta indispensable, porque si los hechos deben ser tipificados como delitos de guerra y no de lesa humanidad, si bien no se afectaría la imprescriptibilidad, si se utilizarían distintas reglas para la afectación de población civil; las posibilidades de causas de justificación o causas de exculpación aumentan en el caso de los delitos de guerra; entran en aplicación las reglas del empleo de armas en objetivos civiles; el daño colateral; los civiles hostiles; las características de la lucha contra el terrorismo (enemigos invisibles, no existe combate directo, no toman prisioneros, asesinan a todo militar o civil, su finalidad es producir terror en ¡todos!, etc.)

Es más, al no examinarse el tipo de conflicto armado interno que constituyó en el Perú, el enfrentamiento de las fuerzas del orden contra los terroristas, por ejemplo, o violencia interna, o un

60 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Sentencia de fondo, reparaciones y costas. “Caso La Cantuta”.

61 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. “Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile”.

62 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Sentencia de fondo, reparaciones y costas. “Caso Goyburú y otros vs. Paraguay”.

conflicto desestructurado, se deja de apreciar una cuestión jurídica fundamental, pues el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho humanitario no se aplican en estos supuestos de conflicto armado interno, sino el derecho nacional.⁶³

Por cierto, esto no es una omisión de la Corte porque, como ya se estableció; no tipifica, no determina si el hecho es delito, no establece responsabilidad penal de seres humanos; sino responsabilidad de un Estado por un ilícito internacional, distinto en estructura y consecuencias al ilícito penal.

IV.III.II.- El principio de legalidad.

El derecho internacional penal no destruye o hace desaparecer al principio de legalidad, menos en la Convención Americana, en cuyo artículo 9 se le consagra con toda plenitud, sin ninguna forma de flexibilización como si se hace, aparentemente, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 15.

La explicación política de la fórmula del artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos era la necesidad de justificar la actuación de los tribunales militares que las fuerzas vencedoras de la guerra crearon en Nuremberg y Tokio.

La explicación jurídica fue la conjunción de países con los dos grandes sistemas jurídicos que existen; el civil law y el common law.

Por cierto en América los Estados Unidos, lamentablemente en la realidad tiene otro "status", pues no conozco que la Comisión Interamericana haya llevado a dicho Estado ante la CIDH; por las guerras externas, Afganistán e Irak; la prisión de Guantánamo; o la operación de fuerzas especiales en la que el Presidente Barack Obama ordenó la muerte de Osama Bin Laden a pesar de estar desarmado.

El principio de legalidad es el más importante límite formal a la función punitiva del Estado; forma parte de la base constitucional del Estado Social y Democrático de Derecho; funciona como una garantía constitucional que los jueces deben respetar y un derecho fundamental para la persona humana.

El derecho a la legalidad penal es un derecho fundamental porque está íntimamente vinculado a la libertad del ser humano, allí radica su razón de ser; el principio de legalidad existe para que el ser humano sea libre y por tanto nace como un límite a la función punitiva del Estado.

El Tribunal Constitucional del Perú ha reconocido la existencia del derecho a la legalidad penal como fundamental o constitucional, en reiterada jurisprudencia; en la sentencia del 23 de noviembre del 2004 expedida en el proceso de habeas corpus por el "Caso del Ex Alcalde de Miraflores Luis Bedoya de Vivanco"; en la sentencia del 6 de agosto del 2005 expedida en el proceso de habeas corpus por el "Caso de Jacinta Margarita Toledo Manrique"; en la sentencia del 17 de agosto del 2005 expedida en el proceso de habeas corpus por el "Caso de Santos Gerardo Alama Prieto"; en la sentencia del 6 de junio del 2005 expedida en el proceso de habeas corpus por el "Caso de Luis Alberto Velásquez Angulo"; y, en la sentencia del 17 de enero del 2006 expedida en el proceso de habeas corpus por el "Caso de Mariano Eutropio Portugal Catacora".

El derecho a la legalidad penal tiene la misma categoría, por ejemplo, que el derecho a la verdad o a la tutela jurisdiccional efectiva de la víctima del delito.

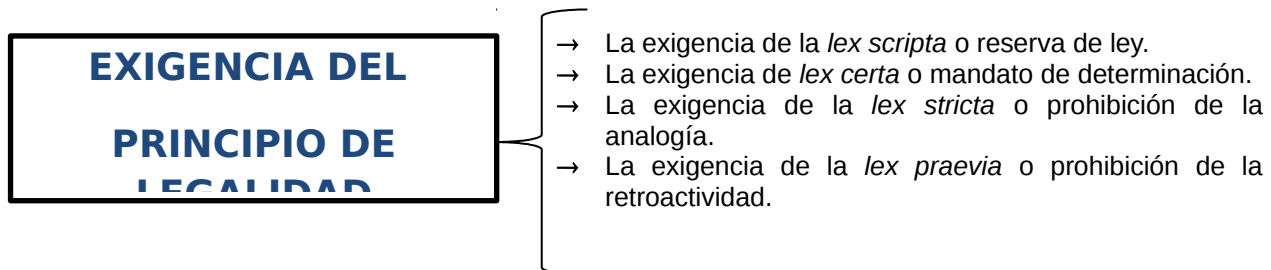
En consecuencia el derecho a la legalidad penal no puede ser ¡destruido! bajo el título de flexibilización o relativización so pretexto de la necesidad de satisfacer la necesidad de búsqueda de la verdad o de justicia.

63 Milena COSTAS TRASCASAS, Obra citada, Páginas 199 y siguientes.

Uno de los grandes problemas del derecho penal internacional ha generado la llamada “crisis” del principio de legalidad; el enfrentarla con el derecho, no con la venganza o el “no derecho”, reclama recordar que la protección de los derechos humanos legitima al derecho penal internacional y al mismo tiempo limita su aplicación, al igual que el derecho penal nacional.^{64 65}

El derecho a la legalidad penal, insisto, es un derecho humano porque forma parte del contenido esencial a la libertad personal.

El derecho a la legalidad penal se respeta cuando el Estado cumple las siguientes exigencias:



Pretender convertir el tipo penal de asesinato del Código Penal de 1991 en delito de lesa humanidad vulnera el derecho a la legalidad penal, porque significaría modificar sin ley la estructura típica o la tipicidad, esto es, inobservar las exigencias de *lex scripta* y de *lex certa*, al reformular el supuesto típico mediante una costumbre o un principio general del derecho penal internacional.

Por ejemplo; en la estructura típica del asesinato por ferocidad del artículo 108 inciso 1 del Código Penal de 1991, los elementos típicos son bien jurídico vida humana independiente, las normas jurídicas referentes al derecho a la vida, el autor, la víctima, la acción típica de matar, el dolo y la circunstancia agravante el motivo nimio; se trata de la composición típica de un delito individual, no de un delito masa; no aparece el elemento típico característico del delito de lesa humanidad, “el contexto de la violencia organizada”, que se expresa en un ataque generalizado o sistemático contra una población civil de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer esos actos o para promover esa política.

Es cierto que los tratados, las costumbres y principios generales del derecho son consideradas como fuentes del derecho penal internacional, pero su empleo no puede significar la ¡destrucción! del principio de legalidad penal.

La flexibilización del principio de legalidad se dio frente a situaciones excepcionales, la existencia de ordenamientos legales internos que calificaban los exterminios de seres humanos indefensos como legales; así se tienen como ejemplos; los casos que celebró el Tribunal Militar de Nuremberg por la aplicación del “Decreto de la Noche y la Niebla”; y los “Casos del Muro de Berlín”, frente a la “Ley de la Frontera”, tal cual se aprecia en las sentencias de los Tribunales de la República Federal Alemana, confirmadas por el Tribunal Supremo Federal de Justicia, el Tribunal Constitucional Federal, y posteriormente objeto de pronunciamiento por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su sentencia del 22 de marzo del 2001.

Se admitió que la costumbre y los principios generales del derecho internacional penal determinen si los hechos eran delitos, quebrando el principio de legalidad, pero, insistimos, bajo supuestos excepcionales, casos de “no derecho”, en los que el derecho interno del Régimen

64 Hans Heinrich JESCHECK y Thomas WEINGED, Tratado de Derecho Penal Parte General, Quinta Edición corregida y ampliada, Páginas 11 a 13, Editorial Comares, Granada, España, 2002.

65 Gerhard WERLE, Obra citada, Páginas 101 y 102.

Nacional Socialista Alemán o de la República Democrática Alemana, establecían que matar civiles que huían por el muro, era lícito; esto se último se dio con la “Ley de la Frontera”.

Frente a un derecho interno que significaba la legalización de graves y múltiples violaciones de derechos humanos, que incluso Radbruch, ya había calificado de no derecho, es que se recurre excepcionalmente al empleo directo de las costumbres y principios generales del derecho internacional, también llamado derecho supralegal.⁶⁶

Tales supuestos excepcionales del “no derecho” que justificaron la admisión del derecho “supralegal”, no existió en el Perú, conforme ha reconocido el Tribunal Constitucional del Perú en la STC/ del 21 de marzo de 2011 en el fundamento jurídico 55.⁶⁷

El Código Penal de 1991 define como delito al asesinato y frente a la multiplicidad de matanzas conceptúa el llamado concurso real de delitos.

Una clara evidencia de la excepcionalidad de la aplicación directa de la costumbre y los principios generales del derecho por falta de derecho interno, se tiene en el Estatuto de la Corte Penal Internacional; el artículo 22 reconoce al principio de legalidad como fuente de creación de todos los tipos de delitos internacionales; así todos los delitos contra la humanidad, de guerra o el de agresión están perfectamente tipificados.

En el Estatuto de la Corte Penal Internacional no existe figura delictiva descrita utilizando tipos penales elaborados con costumbres o principios generales del derecho internacional.

IV.III.III.- Sistemas de incorporación del derecho internacional al derecho nacional o interno.

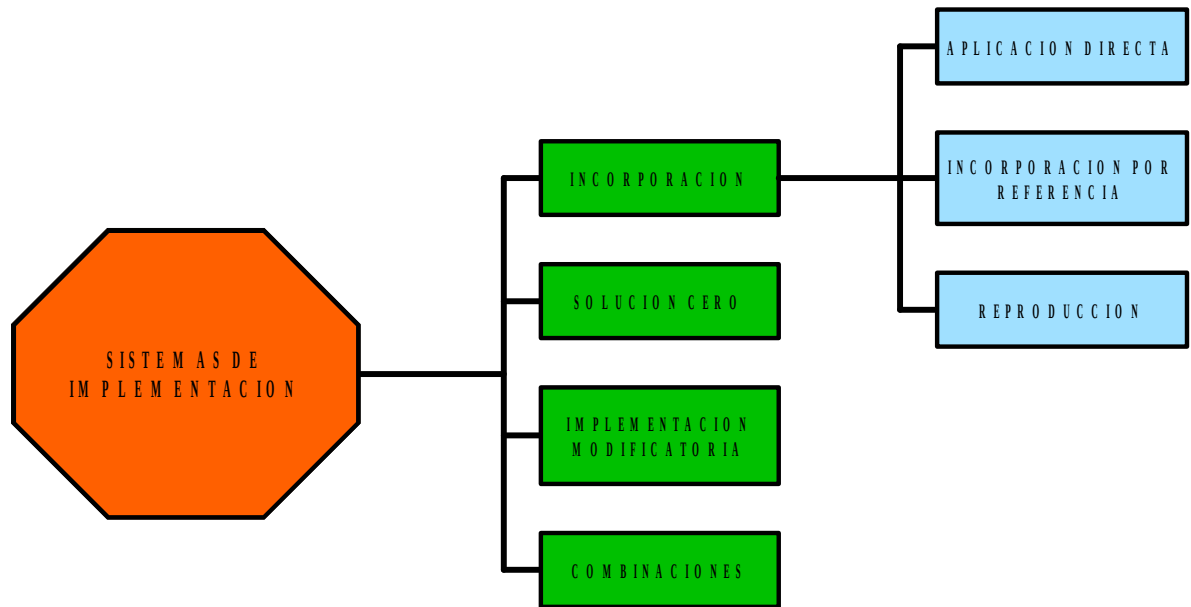
No es posible incorporar un delito internacional al derecho penal peruano utilizando un “tipo penal” creado por la costumbre o los principios generales del derecho internacional, sin violar el principio constitucional de legalidad penal.

Por tal razón existen diversos sistemas de implementación del derecho penal internacional al derecho nacional:⁶⁸

66 Gustav RADBRUCH, Introducción a la filosofía del derecho, Página 178 y siguientes, Brevarios del Fondo de Cultura Económica, España.

67 Tribunal Constitucional del Perú, Proceso de Inconstitucionalidad N° 0024-2010-PI/TC.

68 Gerhard WERLE, Obra citada, Página 150 y siguientes.



Los diversos sistemas de implementación del derecho penal internacional han sido desarrollados por el problema que genera la posibilidad de aplicación directa en el derecho interno de fuentes de producción derecho penal distintas a la ley.

1) El sistema de la incorporación.

Admite varias formas:

FORMAS DEL SISTEMA DE

- Incorporación directa.
- Incorporación por referencia.
- Incorporación por reproducción.

- A) **La incorporación por aplicación directa:** se asimilan al derecho interno los crímenes internacionales establecidos en las costumbres internacionales, los países que se rigen por el sistema del common law, porque se admite a las normas consuetudinarias como fuente de producción del derecho penal.⁶⁹
- B) **La incorporación por referencia:** se produce cuando la ley interna se remite directamente al derecho penal internacional, incluso al consuetudinario; salvo en los sistemas que rige el principio de reserva de la ley penal.⁷⁰
- C) **La incorporación por reproducción:** se recoge en la legislación interna las conductas delictivas conforme a los supuestos típicos del derecho penal internacional, con la excepción de aquellos sistemas en que las Constituciones, por recoger el mandato de máxima taxatividad, exijan que en la recepción se modifique una definición del delito prevista en el derecho penal internacional.⁷¹

⁶⁹ Ibídem, Página 150.

⁷⁰ Ibídem, Página 151.

⁷¹ Ídem.

2) El sistema de la solución cero.

Otra opción es la no implementación en la legislación interna del derecho penal internacional; el Estado sanciona los delitos internacionales empleando el derecho penal ordinario.⁷²

3) El sistema de la implementación modificatoria.

Se implementa el derecho penal internacional integrando el núcleo de su contenido al derecho penal nacional, sin embargo las especialidades del derecho interno pueden ser consideradas en el proceso de incorporación.⁷³

4) El sistema de las combinaciones.

Los tres sistemas de implementación pueden combinarse para la aplicar el derecho penal internacional en el derecho interno.

Conforme se aprecia en la legislación comparada, los tratados o las convenciones, principal fuente del derecho internacional, pasan a formar parte del derecho nacional combinando el sistema de incorporación por reproducción o implementación por modificatoria; con mucha mayor razón tendría que repetirse este método en el caso que se admitiera la costumbre o los principios generales del derecho internacional como fuentes de creación de tipos penales.

A continuación se señalan importantes ejemplos de la forma como se incorporaron los delitos contra la humanidad al orden legal interno:

- En Argentina mediante la Ley 20.200 por implementación del Estatuto de la Corte Penal Internacional.
- En Chile por la Ley 20.357 del 26 de junio del 2009, en la que se tipifican los crímenes de lesa humanidad.
- En Colombia mediante la Ley 589 del 6 de julio del 2000 se incorporaron los delitos contra la humanidad al orden legal nacional, manteniéndose en el nuevo Código Penal, Ley 599 del 24 de julio del 2000.
- En Uruguay por la Ley 18.026 del 25 de septiembre del 2006.
- En España igualmente se incorporaron los delitos contra la humanidad mediante una reforma del Código Penal con la Ley 15/2003 del 25 de noviembre, motivada por el ECPI, sin perjuicio de leyes anteriores que se dictaron para el caso del delito de genocidio de acuerdo a la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio.
- En Alemania se dio quizá la expresión más avanzada de incorporación del derecho internacional penal, al dictarse el Código Penal Internacional Alemán del 26 de junio del 2002.

En Argentina el sistema de incorporación por referencia, la Ley Nº 26,2000 se remite al ECPI para determinar los tipos penales, pero si fija los marcos de pena abstracta.

72 *Ibíd*em, Página 152.

73 *Ibíd*em, Páginas 152 y 153.

En Chile, por la Ley N° 20,357, en Colombia por la Ley 589, y Uruguay por la Ley N° 18,026, se aprecia el empleo del sistema de implementación modificatoria, esto es, se adecuó la legislación nacional al ECPI.

En España se reitera el empleo del sistema de implementación modificatoria para la incorporación del derecho penal internacional, como se aprecia claramente en la Ley Orgánica 15/2003 del 25 de noviembre por la cual el Código Penal fue modificado para adecuarse al Estatuto de la Corte Penal Internacional.

Todos los casos, incluyendo al Perú; la Ley N° 26926 del 21 de febrero de 1998, modificó el Código Penal para incorporar a la legislación peruana los delitos contra la humanidad; utilizaron el sistema de incorporación del derecho penal internacional mediante modificación de la legislación interna.

IV.III.IV.- En el Derecho Peruano es el sistema de implementación modificatoria el que se debe utilizar para incorporar al Derecho Internacional Penal.

Conforme al artículo 55 de la Constitución de 1993 para que los tratados se incorporen al ordenamiento jurídico nacional tienen que cumplirse dos requisitos: el perfeccionamiento del tratado y su entrada en vigor.

El perfeccionamiento del tratado tiene por objeto que el Estado exprese su voluntad de quedar vinculado jurídicamente al mismo a través de alguna de las formas establecidas por la Convención de Viena; en el caso peruano mediante la aprobación y la ratificación.

Corresponde ahora desarrollar el tema de la aplicabilidad, pues en el llamado derecho de los tratados se distingue la pertenencia (incorporación) del tratado al derecho interno y la posibilidad de su aplicación.

El tema de la aplicabilidad de las normas internacionales en el ámbito del derecho interno depende de la naturaleza autoejecutiva o no de sus disposiciones.

El maestro argentino Néstor Pedro **SAGÜES** establece que para determinar la forma de solución del problema de la ejecutividad de los tratados es necesario diferenciar si son tratados autoaplicativos o no autoaplicativos. Los tratados autoaplicativos no necesitan de otras normas para cumplir el derecho que enuncian, esto es, para poderse aplicar en el derecho interno; en cambio los tratados no autoaplicativos si necesitan de otras normas del derecho interno para poderse utilizar.⁷⁴

Conforme sostienen los internacionalistas Fabián **NOVAK** y Elizabeth **SALMON** la técnica de ejecución interna de las normas internacionales distingue entre normas autoejecutivas o self-executing de las que no lo son.

Las normas autoejecutivas o self-executing son normas directamente aplicables en el orden interno, no necesitan de medida legislativa o reglamentaria para su desarrollo; contiene mandatos directos y susceptibles de ser ejecutados de inmediato por autoridades estatales.⁷⁵

Para graficar determinar cómo se incorporan las normas internacionales en materia de derechos humanos al Perú, apreciemos el procedimiento que siguió la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas.

74 Nestor Pedro SAGÜÉS, Mecanismos de incorporación de los tratados internacionales sobre derechos humanos al derecho interno, Revista de la Academia de la Magistratura N° 1, Enero de 1998, Lima, Perú.

75 Fabián NOVAK y Elizabeth SALMÓN, Las Obligaciones Internacionales del Perú en materia de Derechos Humanos, Página 104, Pontificia Universidad Católica del Perú e Instituto de Estudios Internacionales, Fondo Editorial 2000, Lima, Perú, 2000.

Las normas internacionales que no son autoejecutivas o self-executing **requieren para su aplicación forzosamente de la adopción de actos normativos internos**, como los previstos en el artículo 56 de la Ley Fundamental que se refiere a tratados que demandan medidas legislativas para su ejecución.⁷⁶

La aprobación de los tratados según la materia puede corresponder al Congreso o al Presidente.

El artículo 56 de la Constitución establece las materias de los tratados que deben ser aprobados por el Congreso de la República:

- ± **Derechos Humanos.**
- ± Soberanía, dominio, o integridad del Estado.
- ± Defensa Nacional.
- ± Obligaciones financieras del Estado.
- ± Creación, modificación o supresión de tributos.
- ± Modificación o derogación de alguna ley.
- ± Medidas legislativas para ejecución.

El Congreso de la República aprobó la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas porque no es una norma de ejecución inmediata y por tanto necesita de medidas legislativas para su aplicación en el derecho interno; concretamente la modificación del Código Penal.

No debe confundirse el acto de aprobación del tratado que es parte del perfeccionamiento del mismo para su entrada en vigor e incorporación al orden legal nacional, con las medidas legislativas que deben implementarse luego de la incorporación del tratado al derecho interno para su aplicación a los casos que se presenten.

La doctrina penal ha establecido como regla que los tratados internacionales en materia penal no son normas autoejecutivas o self-executing.

La doctrina penal ha establecido que el problema de la aplicabilidad de los tratados debe ser resuelto siguiendo las reglas del Derecho Internacional Público, es decir, diferenciar si se trata o no de un tratado de autoejecución o self-executing; agregándose que en materia penal es muy difícil que puedan existir tratados directamente aplicables, **por lo que la regla es que los tratados de derecho penal no son de autoejecución o self-executing.**⁷⁷

Según la doctrina penal, por ejemplo el Estatuto de la Corte Penal de Roma o la Convención Interamericana sobre la Desaparición Forzada de Personas, no son normas autoejecutivas o self-executing, por lo que se requeriría de la modificación del Código de 1991 para su aplicación en el derecho penal peruano.

Julio **GONZALEZ CAMPOS** establece, comentando la relación del derecho internacional público con el derecho penal interno, que el método adecuado de aplicación de las normas

⁷⁶Ibídem, Página 104.

⁷⁷ M. COBO DEL ROSAL y T.S. VIVES ANTÓN, Derecho Penal Parte General, Tercera Edición, Página 125, Tirant lo Blanch, Valencia, España, 1991.

internacionales en el orden penal nacional es mediante su incorporación a través de leyes internas, ya que así se respeta el principio de legalidad y su corolario de la precisión.⁷⁸

Eugenio Raúl **ZAFFARONI**, Alejandro **ALAGIA** y Alejandro **SLOKAR** manifiestan que el principio de legalidad exige al legislador que agote todos los recursos técnicos para otorgar la mayor precisión posible a la ley; el principio de legalidad no se satisface solamente a través de la dación de una ley, sino que ésta debe elaborarse en forma taxativa y con la mayor precisión técnica posible.⁷⁹

El actual integrante de la Sala Penal Nacional, el Juez Superior Marco Fernando **CERNA BAZAN**, en un destacado estudio sobre el delito de desaparición forzada, acertadamente señala que las normas internacionales sobre esta materia por tener carácter incriminatorio “no son autoaplicativas –non self executing – pues naturalmente requieren de una norma interna de desarrollo. Si ello es así, una correcta aproximación al problema, conduce a negar la posibilidad de juzgar penalmente al imputado con las normas internacionales, considerando que per se no se pueden aplicar de manera directa pues requieren de un marco aplicativo interno.”⁸⁰

El principio de máxima taxatividad legal e interpretativa es el principal obstáculo para que los tratados internacionales sobre derechos humanos se incorporen directamente, autoaplicativamente, sin necesidad de modificación o incorporación en el ordenamiento legal interno.

Más complejo aún el caso del asesinato, al modificar la legislación interna no se le trató como un delito contra la humanidad y además no existe tratado internacional que forme parte del derecho penal peruano, como si para el genocidio, la tortura y la desaparición forzada, en el que se haya tipificado al asesinato como delito de lesa humanidad, recién se hizo con el Estatuto de la Corte Penal Internacional.

Incluso aquí no se trata de casos de delitos permanentes que permiten, por ejemplo, la aplicación de la ley penal de desaparición forzada de personas; el asesinato es un delito instantáneo.

En la STC del 21 de marzo de 2011 el Tribunal Constitucional “agradece” no tener que pronunciarse sobre la posibilidad de tipificar como delito de lesa humanidad basado en los “principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional, como se puede apreciar en el Fundamento jurídico 54, al comentar el artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos:⁸¹

“...en cuyo análisis, **afortunadamente**, en este caso, este Tribunal no tiene por qué ingresar...” (Resaltado del autor).

A pesar de lo señalado el Tribunal Constitucional declara la plena vigencia del principio de legalidad penal, destacando su rango constitucional, al estar consagrado por el artículo 2 inciso 24 párrafo d de la Ley Fundamental, y que la Convención Americana de Derechos Humanos tiene una fórmula similar, que permite sostener que en ésta la reserva de la ley como manifestación del principio de legalidad penal tiene pleno reconocimiento.

En el Fundamento 55 de la sentencia el TC establece:

78 Julio GONZÁLEZ CAMPOS, Jurisprudencia Española de Derecho Internacional Público, Página 10.

79Eugenio Raúl ZAFFARONI, Alejandro ALAGIA y Alejandro SLOKAR, Derecho Penal Parte General, Página 110 y 113, Ediar, Buenos Aires, Argentina, 2000.

80Marco Fernando CERNA BAZÁN, Una mirada controvertida a la desaparición forzada de personas: el título de imputación cuando el sujeto carece del estatus jurídico de funcionario público, Página 81, en Gaceta Penal & Procesal Penal, Tomo 23 Mayo 2011.

81Tribunal Constitucional del Perú, Proceso de Inconstitucionalidad N° 0024-2010-PI/TC.

“55. En todo caso, conviene enfatizar que el artículo 2º, inciso 24, literal d), de la Constitución, establece que “[n]adie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley”. En similares términos, el artículo 9º de la Convención Americana de Derechos Humanos, dispone que “[n]adie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito”. Nuestros jueces penales —a diferencia de lo ocurrido en otras latitudes (vg. Sentencia de la Corte Suprema Federal de Alemania del 26 de junio de 1994 - 5 StR 98/94, y Sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán - BVerfGE 95, 96)— nunca han encontrado motivos para relativizar la aplicación de esta regla esencial del Estado Constitucional.”
(Resaltado del autor)

Como se vuelve a repetir, el TC recuerda que en el Perú los jueces no han tenido necesidad de acudir a la teoría del no derecho, esto es, dejar de lado una legislación interna que permitía crímenes contra la humanidad, teniendo que recurrir para fundamentar la tipificación a las costumbres o principios generales del derecho penal internacional.

Estrictamente los jueces nacionales han admitido la categoría de delitos de lesa humanidad para fundamentar la imprescriptibilidad de la acción penal y para la “remoción de obstáculos” de impunidad, pero nunca para tipificar hechos ocurridos bajo la vigencia del Código Penal de 1924 o el de 1991.

Como ya se demostró en el “Caso Barrios” ni la Sala de Juzgamiento empleó la lesa humanidad como una categoría típica, sino como circunstancia agravante de la pena genérica.

Ni siquiera en el “Caso del ex Presidente Fujimori, la Sala Penal Especial Suprema, a pesar de considerar que para el derecho internacional penal los hechos constituían delitos de lesa humanidad, por respeto al principio de legalidad los tipifica como asesinato, considerando al ataque generalizado y sistemático contra la población civil como circunstancia agravante de la pena genérica.⁸²

La confusión que se ha generado en torno a esta sentencia, que ha llevado a que en diversos ámbitos se hable de una condena por lesa humanidad, es que a pesar de las consideraciones del tribunal en el fallo, además de condenar por asesinato, se agrega, como parte resolutive (no considerativa o argumentativa solamente) que los homicidios calificados y lesiones graves constituyen delitos contra la humanidad según el derecho internacional penal.⁸³

La Sala Penal Especial Superior al condenar en el “Caso Barrios Altos” no siguió a la Sala Penal Especial Suprema, a pesar de su evidente “inspiración” conforme se aprecia de la parte considerativa, pues en el fallo no reiteran que los asesinatos son crímenes de lesa humanidad para el derecho penal internacional.

82 SALA PENAL ESPECIAL DE LA CORTE SUPREMA, Sentencia del 7 de abril del 2009, Párrafo 711, Página 619. Por cierto en dicho caso tampoco se formuló acusación por delito de lesa humanidad, de allí que en el juicio no hubo defensa sobre este tema; si constituye tipo de delito, si tiene que seguirse sistema de incorporación mediante modificación de la legislación interna, o si se trató de un caso de violencia interna o conflicto desestructurado.

83 *Ibidem*, Página 706.

La misma Sala Penal Especial Superior al emitir la sentencia del 8 de abril del 2008 en el “Caso La Cantuta” tipificó los hechos como asesinato del artículo 108 del Código Penal, señalando expresamente que si bien en el derecho penal internacional serían delito de ejecuciones extrajudiciales, al no estar prevista esta figura delictiva en la legislación nacional, los aspectos de lesa humanidad se tomaban como circunstancia agravante de la pena genérica del artículo 46.⁸⁴

Por mayoría se condenó por el delito de desaparición forzada de personas por estar regulado en el Código Penal.

La Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema declaró no haber nulidad en la sentencia condenatoria por asesinato, salvo en el extremo de la pena de 35 años de privación de la libertad, que se redujo a 25 por ser el máximo de pena abstracta vigente al momento de los hechos, a fin de corregir la violación de la prohibición retroactiva de la ley penal desfavorable.

Las partes agraviadas jamás cuestionaron que no se tipifique los asesinatos como delitos de lesa humanidad.

IV.III.IV.- La Corte ha aprobado el sistema de implementación modificatoria para incorporar al Derecho Internacional Penal en el “Caso Barrios Altos”.

En la sentencia de reparaciones y costas se homologó el acuerdo integral de reparaciones que presentaron el Estado del Perú y los agraviados, con la conformidad de la Comisión.

Una de las medidas de reparación que se adoptó, fue que el delito de ejecución extrajudicial sea incorporado a la legislación penal peruana.

La CIDH en consecuencia admite que el derecho penal internacional se incorpora al derecho penal nacional a través de la ley, en el entendimiento que es el sistema que respeta el principio de legalidad, al no existir delitos creados por la costumbre o los principios generales del derecho internacional.

¿Para qué incorporar el delito de ejecución extrajudicial a la legislación nacional, si se puede aplicar directamente el derecho penal internacional en los procesos penales?

La Corte en la sentencia del 18 de noviembre del 2004, “Caso De La Cruz Flores vs. Perú”, párrafos 79 a 82, establece como obligación internacional de los Estados el respetar el principio de legalidad penal.⁸⁵

La Corte afirma que el principio de legalidad exige que los tipos penales definan la conducta delictiva con todos sus elementos, mandato de máxima taxatividad, a fin de permitir una adecuada operación de tipificación, esto, es si el hecho es típico o atípico.

Para la CIDH el respeto al principio de legalidad mediante un tipo penal que describa todos los elementos de la conducta delictiva para permitir una debida operación de tipificación, que asegure aplicar la ley sólo cuando se cometa delito, es una exigencia del sistema democrático.

La doctrina de la Corte es incompatible con la flexibilización o debilitamiento del principio de legalidad que se dio en otras experiencias en las que se enfrentó el “no derecho”, es decir, la legalización de los crímenes contra la humanidad; en el Perú ello nunca ocurrió en el conflicto armado interno que sufrimos matar a una persona desarmada o rendida fue asesinato u homicidio calificado y tuvo la máxima penal del ordenamiento legal, que se cumplía en cárceles que son verdaderos infiernos, como lo ha establecido el propio sistema interamericano de protección de los derechos humanos.

84 Sala Penal Especial Superior, Sentencia, Páginas 190 y 260.

85 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia de fondo, reparaciones y costas.

IV.IV.- La exigencia que en la acusación se fundamente jurídicamente la configuración del delito de lesa humanidad no viola la Convención Americana.

Como ya se ha precisado la Sala Penal Superior no condenó por delito de lesa humanidad y la Corte Suprema no anuló una condena, ni por delito contra la humanidad (que no existió), ni por delito de asesinato.

La Sala Penal Permanente como argumento o fundamento estableció que no se podría condenar por delito de lesa humanidad en el “Caso Barrios Altos” porque esta calificación no estuvo considerada en la acusación, invocando el derecho a la defensa y el principio acusatorio.

V.IV.I.- La garantía de la determinación del hecho en la acusación.

La garantía de la determinación del hecho en la acusación está consagrada en el artículo 11 inciso 1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; el artículo 14 inciso 3 párrafo d del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; el artículo 8 inciso 2 párrafo d de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el artículo 139 inciso 14 de la Constitución Política de 1993.

La interpretación del artículo 92 inciso 4 de la Ley Orgánica del Ministerio Público y del artículo 225 inciso 2 del Código de Procedimientos Penales, a la luz de la Constitución de 1993, y los Tratados sobre Derechos Humanos, permite establecer cuál debe ser el contenido de la acusación.⁸⁶

No cualquier acusación es idónea para posibilitar una adecuada y eficaz defensa.⁸⁷

Para acusar penalmente a la persona se le debe decir qué cosa ha hecho y por qué es un hecho punible. Si el principio se diluye se expone al ciudadano a la mayor arbitrariedad.⁸⁸

El contenido de la requisitoria debe ser una relación clara, precisa, circunstanciada, del hecho.⁸⁹

La situación fáctica que el fiscal le atribuye al sujeto imputado debe estar claramente circunstanciada e identificada, es decir, como hecho ocurrido en el mundo.⁹⁰

⁸⁶ César NAKAZAKI SERVICIÓN, Medidas para la recuperación del procesado detenido, Revista Bibliotecal del Colegio de Abogados de Lima, Edición Bicentenario 1804 – 2004, N° 7, Páginas 341 a 352, Lima, Perú, 2004. La ley procesal penal que tenga por objeto un derecho fundamental, como el derecho a la defensa, debe ser interpretada de forma sistemática con la Constitución y los tratados internacionales sobre derechos humanos. No se puede asignar por interpretación jurídica a una norma procesal penal referente a derechos fundamentales un significado que sea contrario a la Constitución y los tratados internacionales sobre derechos humanos que forman parte del orden jurídico interno con el rango de normas constitucionales. El Tribunal Constitucional en el proceso de habeas corpus de César Humberto Tineo Cabrera contra la Sala Penal Especial de la Corte Suprema (Expediente # 1230-2002-HC-TC), estableció como garantía de la persona y exigencia del Estado, el que la ley se interprete **conforme** a la Constitución y a los tratados sobre derechos humanos. Igualmente así lo estableció la Sala Penal Superior Especial B en los procesos cautelares penales 011-2001 N y Ñ.

⁸⁷ Eduardo M. JAUCHEN, Derechos del Imputado, Página 369, RubinzalCulzoni Editores, Buenos Aires, Argentina, 2005.

⁸⁸ Marcelo A. SANCINETTI, La nulidad de la acusación por indeterminación del hecho y el concepto de instigación, Página 48, Editorial Ad Hoc, Buenos Aires, Argentina, 2001.

⁸⁹ *Ibidem*, Página 17.

⁹⁰ *Ídem*.

La acusación correcta y garantizadora debe describir con la mayor minuciosidad posible todos los caracteres de modo, tiempo y lugar de la acción u omisión objeto de la requisitoria.⁹¹

El objeto de la acusación es una descripción completa, clara y suficiente del acontecimiento histórico, que necesariamente tiene que ser observado para que ésta pueda cumplir su finalidad.⁹²

LA GARANTÍA DE LA DETERMINACIÓN DEL HECHO EN LA ACUSACIÓN

- Ω Descripción clara del hecho.
- Ω Descripción precisa del hecho.
- Ω Descripción circunstanciada del hecho (espacio, tiempo, modo, etc.)

Los requisitos de la acusación no responden a un ritualismo absurdo o a un exceso formal, son el medio para garantizar al imputado que pueda defenderse de los cargos formulados en su contra.⁹³

El autor argentino Eduardo J. **JAUCHEN** afirma que la exigencia de una acusación clara, precisa, específica y circunstanciada tiene por finalidad que el acusado tome conocimiento pormenorizado de cuál, cómo, dónde y de qué modo habría cometido el delito que se le atribuye.⁹⁴

Tales exigencias no se limitan solamente a los fundamentos fácticos, sino también a los fundamentos jurídicos; una acusación clara es un derecho, no del abogado, sino del acusado, un médico, un obrero, una ama de casa, un analfabeto, etc., que tiene derecho a saber por qué hecho lo acusan, cómo se han probado, qué delito constituyen, y por qué razones jurídicas se trata del delito que determina la pena que “pende sobre su cabeza”.

La necesidad de individualizar el hecho en la acusación constituye una garantía por los siguientes fundamentos:⁹⁵

FUNDAMENTOS DE LA GARANTIA DE LA DETERMINACION DEL HECHO EN LA ACUSACION

- Ω El derecho a la defensa.
- Ω El derecho a un debido proceso.
- Ω La identificación del objeto del proceso y de la cosa juzgada.

La individualización del hecho en la acusación tiene dos funciones:

FUNCIONES DE LA INDIVIDUALIZACION DEL HECHO

- Función de información al acusado del núcleo de la imputación.
- Función de delimitación del objeto del proceso y de la cosa juzgada.

91 Ibídem, Página 21.

92 Ibídem, Página 44.

93 Ibídem, Página 21.

94 Eduardo J. JAUCHEN, Obra citada, Página 369.

95 Ibídem, Páginas 52,53 y 55.

V.IV.II.- La garantía de la defensa procesal.

El derecho a la defensa se encuentra garantizado por el artículo 11 inciso 1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; el artículo 14 inciso 3 párrafo d del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; el artículo 8 inciso 2 párrafo d de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; y el artículo 139 inciso 14 de la Constitución Política de 1993.^{96 97}

Es de suma importancia reconocer que la defensa procesal no es solamente un derecho subjetivo, por su importancia para la existencia del hombre en sociedad supera tal categoría; es una garantía procesal constitucional.^{98 99}

El Tribunal Constitucional del Perú ha desarrollado doctrina jurisprudencial sobre la garantía de la defensa procesal; así se tiene por ejemplo; la STC 21 de junio del 2002¹⁰⁰; la STC del 9 de julio del 2002¹⁰¹; la STC del 20 de agosto de 2002¹⁰²; la STC del 5 de julio del 2004¹⁰³; la STC del 17 de diciembre de 2004¹⁰⁴; la STC del 23 de marzo de 2007¹⁰⁵; la STC del 30 de enero del 2008¹⁰⁶; la STC del 13 de abril de 2009¹⁰⁷; la STC del 23 de setiembre de 2009¹⁰⁸; y la STC del 13 de octubre de 2009.^{109 110}

96 César Augusto NAKAZAKI SERVICÓN, La garantía de la defensa procesal: defensa eficaz y nulidad del proceso penal por indefensión, Página 13, Universidad de Lima Facultad de Derecho XXV Años, Fondo Editorial, 2006.

97 César Augusto NAKAZAKI SERVICÓN, El derecho a la defensa procesal eficaz, en El Debido Proceso, Estudios sobre derechos y garantías procesales, Obra colectiva, Página 100, TC Gaceta Jurídica, Lima, 2010.

98 César Augusto NAKAZAKI SERVICÓN, La garantía de la defensa procesal: defensa eficaz y nulidad del proceso penal por indefensión, Obra citada, Página 13.

99 César Augusto NAKAZAKI SERVICÓN, El derecho a la defensa procesal eficaz, en El Debido Proceso, Estudios sobre derechos y garantías procesales, Obra citada, Página 100.

100 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ, Expediente N° 1231-2002-HC/TC, Sentencia del 21 de junio del 2002, Fundamento 1.

101 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ, Expediente N° 1323-2002-HC/TC, Sentencia del 9 de julio del 2002, Fundamentos 1 y 2.

102 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ, Expediente N° 649-2002-AA/TC, Sentencia del 20 de agosto del 2002, Fundamentos 1 y 2.

103 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ, Expediente N.° 2028-2004-HC/TC, 5 de julio de 2004, Fundamentos 2 a 5.

104 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ, Expediente. N° 3327-2004-HC/TC, 17 de diciembre de 2004, Fundamento 3.

105 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ, Expediente N.° 0402-2006-PHC/TC, Sentencia del 23 de marzo del 2007, Fundamento 7.

106 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ, Expediente N.° 06442-2007-PHC/TC, Sentencia del 30 de enero del 2008, Fundamento 7.

107 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ, Expediente N° 00487-2009-PHC/TC, Sentencia del 13 de abril del 2009, Fundamento 2.

108 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ, Expediente N.° 04341-2009-PHC/TC, Sentencia del 23 de setiembre del 2009, Fundamento 3.

109 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ, Expediente N° 04155-2009-PHC/TC, Sentencia del 13 de octubre del 2009, Fundamento 7.

110 César Augusto NAKAZAKI SERVICÓN, El derecho a la defensa procesal eficaz, en El Debido Proceso, Estudios sobre derechos y garantías procesales, Obra citada, Página 101.

En el contenido de la garantía de la defensa procesal se puede distinguir un aspecto positivo y otro negativo.^{111 112}

El contenido positivo consiste en las facultades procesales del imputado que se encuentran protegidas por esta garantía constitucional.¹¹³

El contenido negativo de la defensa procesal consiste en la prohibición de la indefensión.¹¹⁴

La indefensión es la violación de la garantía de la defensa procesal; la arbitraria restricción al imputado de participar efectivamente y en igualdad de armas en el proceso penal; impidiéndole, sin justificación legal, realizar actos de postulación, prueba y alegación, que permitan al juzgador decidir de forma legal, racional y justa.^{116 117 118}

Al ser la defensa procesal un requisito de validez, es decir, de existencia jurídica del proceso, su afectación acarrea la invalidez o inexistencia jurídica del proceso.^{119 120}

La defensa eficaz exige que al imputado se le garantice en el proceso penal y especialmente en la etapa de juicio oral, en la que se considera que la defensa alcanza su mayor plenitud, los siguientes derechos:¹²¹

- § Derecho a ser asistido por un defensor de confianza o de oficio.
- § Derecho a un defensor con los conocimientos jurídicos y experiencia que exija el caso.
- § Derecho a un defensor que pueda ejercer libremente la abogacía.
- § Derecho a un defensor que cumpla con los deberes de la deontología forense.
- § Derecho a conocer de la existencia del proceso y la imputación necesaria.
- § Derecho a los medios necesarios para preparar la defensa.
- § Derecho al tiempo necesario para preparar la defensa.

CONTENIDO DE LA DEFENSA EFICAZ EN EL JUICIO ORAL

111 César Augusto NAKAZAKI SERVICIÓN, La garantía de la defensa procesal: defensa eficaz y nulidad del proceso penal por indefensión, Obra citada, Página 14.

112 César Augusto NAKAZAKI SERVICIÓN, El derecho a la defensa procesal eficaz, en El Debido Proceso, Estudios sobre derechos y garantías procesales, Obra citada, Página 101.

113 *Ibidem*, Página 102.

114 César Augusto NAKAZAKI SERVICIÓN, La garantía de la defensa procesal: defensa eficaz y nulidad del proceso penal por indefensión, Obra citada, Página 16.

115 César Augusto NAKAZAKI SERVICIÓN, El derecho a la defensa procesal eficaz, en El Debido Proceso, Estudios sobre derechos y garantías procesales, Obra colectiva, Página 102.

116 Alex CAROCCA PÉREZ, Garantía Constitucional de la Defensa Procesal, Página 360, J.M. Bosch Editor, Barcelona, España, 1998.

117 César Augusto NAKAZAKI SERVICIÓN, La garantía de la defensa procesal: defensa eficaz y nulidad del proceso penal por indefensión, Obra citada, Página 16.

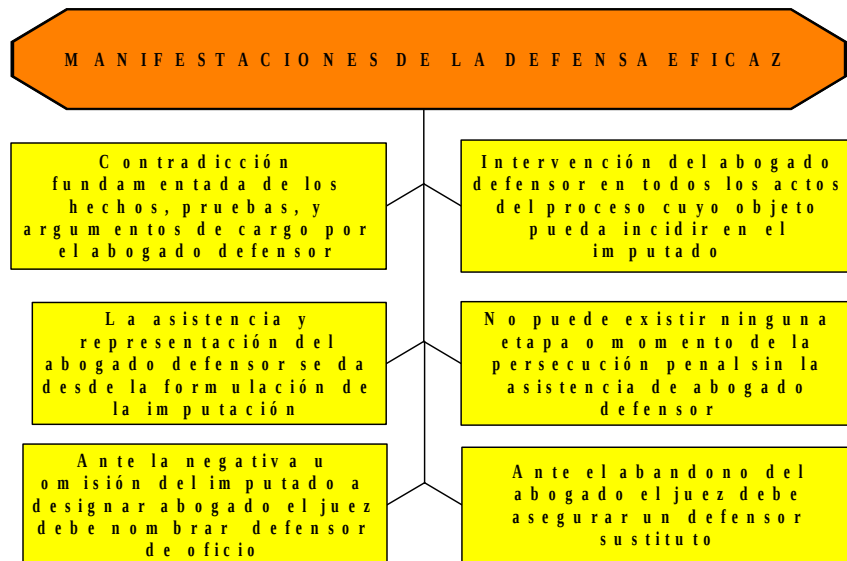
118 César Augusto NAKAZAKI SERVICIÓN, El derecho a la defensa procesal eficaz, en El Debido Proceso, Estudios sobre derechos y garantías procesales, Obra citada, Página 102.

119 César Augusto NAKAZAKI SERVICIÓN, La garantía de la defensa procesal: defensa eficaz y nulidad del proceso penal por indefensión, Obra citada, Página 16.

120 César Augusto NAKAZAKI SERVICIÓN, El derecho a la defensa procesal eficaz, en El Debido Proceso, Estudios sobre derechos y garantías procesales, Obra citada, Página 102.

121 *Ídem*.

- § Derecho a postular los hechos que forman la defensa material.
- § Derecho a probar los hechos que forman la defensa material y a presentar contraprueba respecto de los fundamentos fácticos de la imputación.
- § Derecho a presentar los argumentos que forman la defensa técnica.
- § Derecho a que la defensa material, la prueba y los argumentos de defensa técnica sean valorados o tratados por el juez en la sentencia.



IV.IV.III.- La garantía de la determinación del hecho en la acusación y a la defensa procesal en la jurisprudencia de la CIDH.

La Corte en el “Caso Fermín Ramírez vs. Guatemala”, en la sentencia del 20 de junio del 2005, párrafos 65 a 69 establece que la correlación entre la acusación y la sentencia en una condición indispensable del derecho a la defensa y por ende del debido proceso.¹²²

La Corte considera que se rompe la correlación o congruencia cuando se sentencia por hechos, circunstancias o calificaciones que no están en la acusación, que no le fueron comunicadas al acusado y por tanto, no pudo ejercer defensa.

La Corte precisa que no se sigue un sistema procesal específico, cuya elección queda a la función legislativa de cada Estado, siempre y cuando respete las garantías procesales que consagra la Convención.

La Corte afirma que la debida acusación se determina en relación a la defensa, de allí que la requisitoria deba contener la descripción clara, precisa y circunstanciada de los hechos, así como la correspondiente calificación, se entiende, tipificación y propuesta de determinación de la pena (por qué hechos y argumentos se solicita tal sanción penal).

¹²² Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia de fondo, reparaciones y costas.

La CIDH basa la doctrina de la debida acusación, en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

En el “Caso Pélissier y Sassi vs. Francia”; “Caso Delcourt vs. Bélgica” y en el “Caso Borisova vs. Bulgaria” el TEDH establece la necesidad de informar de la acusación al acusado para que con ello se articule la posibilidad concreta del derecho de defensa. Esa necesidad de informar de la acusación alcanza no sólo a los hechos, sino que también al Derecho.¹²³

En el caso Sassi vs. Francia, el problema estuvo referido a la hipótesis de autoría y complicidad: ¿puede el juez pasar de autoría a complicidad o viceversa? El TEDH dice que no, puesto que detrás del cambio de forma de participación (de calificación jurídica) se halla un hecho distinto. La modificación de la calificación constituiría una forma de introducción de un hecho distinto del contenido en la acusación, se afirma en la sentencia.¹²⁴

En STEDH del 24 de junio del 2003, “Caso Dowsett contra el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte” y en la STEDH del 22 de julio del 2003, “Caso Edwards y Lewis contra El Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte”; se afirma que dentro del derecho a un juicio justo es fundamental la contradicción y la igualdad de armas, que significa que el fiscal y la defensa deben tener la oportunidad de conocer y argumentar las alegaciones y pruebas aportadas por la otra parte.¹²⁵

IV.IV.IV.- Aplicación de la consideración de la jurisprudencia de la CIDH al caso.

La Corte respeta el sistema acusatorio que ha establecido el Perú para la etapa de juicio oral del proceso penal.¹²⁶

La Sala Penal Permanente de la Corte Suprema exige que la consideración por la Fiscalía que los hechos constituyen delito contra la humanidad debe formar parte de la acusación, lo que significa, por cierto, que forme parte de la fundamentación jurídica de la pretensión punitiva del Ministerio Público.

Se considere a los delitos de lesa humanidad, como un tipo de delito, o como una circunstancia agravante de la pena genérica, necesariamente tiene que formar parte de la acusación porque es evidente la necesidad de defensa del acusado, frente a la tipificación o a la petición de pena.

El exigir el respeto al derecho a la defensa, congruencia entre acusación y sentencia, el respeto al principio acusatorio o al de igualdad de armas, no viola la Convención, por el contrario, la respeta.

V.V.- La reducción de penas efectuada no viola el Pacto de San José de Costa Rica.

123 Carlos DEL RÍO FERRETI, Los poderes de resolución y calificación jurídica en la doctrina jurisprudencial del tribunal europeo de derechos humanos. paralelismos con la situación chilena, en Revista de Derecho Valdivia versión online, disponible en http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502009000100010&lng=en&nrm=iso&ignore=.html, última visita el 24 de agosto del 2012.

124 Ídem.

125 Jacobo LÓPEZ BARJA DE QUIROGA y León GARCÍA-COMENDADOR ALONSO, Doctrina del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos, Página 49, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, España, 2008.

126 El “Caso Barrios Altos” se tramitó con el Código de Procedimientos Penales de 1940, que se basa en el sistema procesal mixto; la etapa de instrucción es inquisitiva y la etapa del juicio oral acusatorio.

En la época de los hechos del “Caso Barrios Altos” el asesinato tenía un marco de pena abstracta de 15 a 25 años de privación de la libertad.

Dos razones dio la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema para reducir la pena concreta impuesta a los condenados, por ejemplo, de 25 a 22 años de cárcel:

1. Por la anulación de la condena por delito de asociación para delinquir, o porque no se denunció por la Fiscalía, o por prescripción de la acción penal.
2. Por la violación del derecho fundamental al plazo razonable.

A continuación se analiza si los argumentos dados por el Poder Judicial del Perú, son contrarias a la Convención, en el entendido que la Corte no es competente para realizar operaciones de determinación judicial de la pena.

IV.V.I.- Por la anulación de la condena por delito de asociación para delinquir, o porque no se denunció por la Fiscalía, o por prescripción de la acción penal.

En el caso de condenados por un delito no denunciado, es válido el reconocimiento por la Corte del sistema acusatorio que rige el proceso penal peruano en ejercicio de su soberanía.

Si no hay acción, no hay jurisdicción, y por tanto proceso. Este es principio base del derecho procesal.

La condena por asociación ilícita supone introducir hechos y tipo penal que no lo hizo el juez penal, respecto a varios condenados.

Incluso en la etapa intermedia el Fiscal Superior observó esta nulidad y pidió sanearla a la Sala Penal Superior, retornando el caso al juez, para que el Fiscal Provincial amplíe denuncia, más allá que habiendo terminado la instrucción no es posible ampliar la denuncia; el Tribunal no aceptó el pedido porque consideró que no era necesario para poder condenar, como lo hizo en la sentencia de juzgamiento.

La falta de acción penal por el delito de asociación ilícita produjo una nulidad procesal absoluta en este extremo de la sentencia condenatoria.

Ante la necesidad de efectuar una nueva operación de determinación judicial de la pena, era indispensable que la Corte Suprema respete el principio constitucional de proporcionalidad:



Si la Sala Superior había estimado que los todos los delitos justificaban una pena de 25 años, la máxima, la anulación de la condena por uno de los crímenes, exigía, conforme a la proporcionalidad o prohibición de exceso, mantener la misma dosis de pena.

El mismo razonamiento se aplica para el caso de los condenados que si fueron denunciados por asociación ilícita, pero que por vencimiento de plazo extraordinario de

prescripción; la suma de la pena abstracta más la mitad, conforme al artículo 83 último párrafo del Código Penal; el artículo 317 en 1991 contemplaba un marco de pena abstracta de 3 a 6 años en su figura básica, por lo que el plazo de prescripción extraordinario es de 9 años.

La asociación ilícita no es un delito de lesa humanidad, no le alcanza la imprescriptibilidad, sin perjuicio de lo que ya se argumentó sobre la falta de acusación.

IV.V.II.- Por la violación del derecho fundamental al plazo razonable.

El Tribunal Constitucional del Perú en la STC del 10 de agosto del 2010, “Caso Julio Salazar Monroe”, determinó que se había violado el derecho al plazo razonable pues el proceso sin sentencia tenía 7 años y 6 meses, desde el mes de enero del 2003 hasta el mes de agosto del 2010.¹²⁷

El TC siguiendo la línea iniciada en el “Caso Chacón Málaga”¹²⁸, STC del 19 de octubre del 2009, determinó que la violación del plazo razonable no debía repararse con medidas compensatorias, ni con medidas sancionatorias, sino con medidas procesales.

Se determinó como fundamento para optar por las medidas procesales, el efecto que produce sobre el proceso la violación del plazo razonable, la pérdida de legitimidad del Estado para mantener la persecución penal; sin embargo al disponer el tipo de reparación hace el TC una variación como consecuencia del ataque mediático que le produjo el “Caso Chacón Malaga”, pues en vez del sobreseimiento que se dispuso en el citado asunto, en el “Caso Salazar Monroe” otorgo un plazo de 60 días a la Sala de Juzgamiento para que emita sentencia.

Incluso después de la sentencia de Julio Salazar Monroe el procedimiento de recurso de nulidad demoró aproximadamente 6 meses, lo que motivó a que se requiera al TC adopte medidas frente a la continuación de la violación del plazo razonable, motivando la STC del 6 de marzo del 2012, en la que se dio a la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, 30 días para resolver el recurso de nulidad.

En este escenario procesal la Sala Penal Permanente se aparta de lo dispuesto por el TC, pues no estando de acuerdo con las medidas procesales para reparar la violación del plazo razonable, opta por la medida compensatoria de reducción de la pena.

Las medidas de reparación compensatorias, sancionadoras y procesales han sido adoptadas por la doctrina y la jurisprudencia de diversos tribunales nacionales e internacionales.¹²⁹
130 131

La reparación compensatoria no es contraria a la Convención, desde la perspectiva de la víctima, resulta menos lesiva que la reparación procesal, aquella, como el resto, son opciones del legislador nacional.

127 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ, Expediente N° 04732-2011-PHC/TC, Sentencia del 10 de agosto del 2010. Caso Julio Salazar Monroe.

128 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ, Expediente N° 3509-2009-PHC/TC, Sentencia del 19 de octubre del 2009. Caso Walter Chacón Malaga.

129 Daniel PASTOR, El Plazo Razonable en el Proceso del Estado de Derecho, 1° edición, Editorial Ad Hoc, Buenos Aires, Argentina, 2002.

130 Enrique GARCÍA PONS, Responsabilidad del Estado: La justicia y sus límites temporales, Editorial Bosch, Barcelona, España, 1997.

131 Cristina RIBA TREPAT, La Eficacia Temporal del Proceso, el Juicio sin Dilaciones Indevidas, Editorial Bosch, Barcelona, España, 1997.

La Corte solamente podría discutir, o la no violación del plazo razonable, o en todo caso que la medida de reparación, por ser insignificante, no “sana” la violación de un derecho fundamental.

A pesar de no ser la medida más usada la procesal, convengo con Daniel **PASTOR**, el autor hispano más importante sobre este tema, que es la correcta; el plazo razonable es objeto de una garantía procesal constitucional, esto es, protege un derecho humano, por lo que su violación produce nulidad procesal absoluta.¹³²

La medida de reparación de compensación en la pena es muy utilizada en Alemania, en donde incluso el Tribunal Constitucional llegó a emplear la solución procesal al entender que la violación del plazo razonable es un obstáculo para la prosecución del proceso penal.¹³³

V.- CONCLUSIONES.

PRIMERA CONCLUSIÓN:

La sentencia de fondo estableció dos obligaciones principales que el Perú debía cumplir: a) hacer que las leyes de amnistía N° 26479 y N° 26492 no surtan efectos jurídicos; y b) hacer una investigación para determinar a las personas responsables de las violaciones de derechos humanos a los que hizo referencia la sentencia de fondo.

SEGUNDA CONCLUSIÓN:

En la sentencia de fondo, respecto a las medidas de reparación, la Corte consideró que estas debían ser determinadas por acuerdo del Estado Peruano, la Comisión Interamericana y las víctimas o sus representantes legales.

TERCERA CONCLUSIÓN:

En la sentencia de reparaciones y costas la Corte homologó el acuerdo integral de reparaciones.

CUARTA CONCLUSIÓN:

El objeto del séptimo procedimiento de supervisión es verificar si el Estado Peruano ha cumplido con la obligación principal “de investigar los hechos para determinar las personas responsables de las violaciones de los derechos humanos a los que hizo referencia en la sentencia de fondo”.

QUINTA CONCLUSIÓN:

La medida de cumplimiento de la obligación de investigar, asumida en la sentencia de fondo, en la sentencia de reparaciones y costas, y en el acuerdo integral de reparación, era la realización de procesos penales.

SEXTA CONCLUSIÓN:

La Convención, el Estatuto y el Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos permiten afirmar que el proceso contencioso, de reparación o de legalidad, sobre responsabilidad internacional del Estado por violación del Pacto de San José de Costa Rica, no constituye una “instancia” de los procesos judiciales seguidos en sede nacional.

132 Daniel PASTOR, Obra citada, Página 529 y siguientes.

133Ibídem, Paginas 168 y siguientes.

SÉPTIMA CONCLUSIÓN:

Las sentencias de la Corte son constitutivas de la existencia de un acto ilícito internacional del Estado; la violación de la Convención; que genera la obligación de reparación; incluso son también sentencias condenatorias, porque ordenan la adopción de medidas de reparación pecuniarias y no pecuniarias.

OCTAVA CONCLUSIÓN:

Siguiendo los tipos de sentencias que reconoce el derecho procesal, no comparto la opinión que considera como sentencias declarativas a las resoluciones de fondo, reparaciones y costas de la Corte.

NOVENA CONCLUSIÓN:

En la Convención, el Estatuto o el Reglamento, no se asigna a las sentencias de la Corte efectos jurisdiccionales en el ámbito interno de los Estados.

DÉCIMA CONCLUSIÓN:

La CIDH es similar al Tribunal Europeo de Derechos Humanos respecto a que sus sentencias carecen de efectos judiciales directos en el derecho nacional.

DÉCIMA PRIMERA CONCLUSIÓN:

La Corte determina la obligación principal que el Estado infractor debe cumplir por la responsabilidad internacional generada al violar la Convención.

DÉCIMA SEGUNDA CONCLUSIÓN:

La Corte ordena al Estado infractor reparar el ilícito internacional consistente en la violación de derechos humanos.

DÉCIMA TERCERA CONCLUSIÓN:

El Estado infractor, conforme a su derecho interno, determina las medidas de reparación.

DÉCIMA CUARTA CONCLUSIÓN:

La Corte supervisa la ejecución de la sentencia, cumplimiento de obligaciones del Estado a través de medidas compatibles con el Pacto de San José.

DÉCIMA QUINTA CONCLUSIÓN:

En el Perú la Ley N° 27775, del 7 de julio del 2002, regula el procedimiento de ejecución de sentencia de tribunales supranacionales; en el artículo 4 se regula el procedimiento de ejecución de sentencias internacionales que contienen medidas no indemnizatorias, se entiende, no pecuniarias; corresponde al juez competente adoptar las medidas pertinentes para reponer el estado de cosas al momento anterior a la violación declarada en la sentencia.

DÉCIMA SEXTA CONCLUSIÓN:

La ley peruana responde al marco establecido para la ejecución de las sentencias de la CIDH.

DÉCIMA SÉPTIMA CONCLUSIÓN:

La Corte no es competente para interpretar o revisar la aplicación del derecho interno.

DÉCIMA OCTAVA CONCLUSIÓN:

Si el objeto de supervisión es un proceso judicial de un Estado, la Corte no puede verificar la correcta aplicación de las reglas procedimentales que lo rigen o de las decisiones judiciales adoptadas.

DÉCIMA NOVENA CONCLUSIÓN:

La Corte sólo es competente para verificar si el proceso penal ha cumplido con la obligación principal: “de investigar los hechos para determinar las personas responsables de las violaciones de los derechos humanos a los que hizo referencia en la sentencia de fondo”, a través de un proceso penal compatible con la Convención Americana.

VIGÉSIMA CONCLUSIÓN:

La Primera Sala Penal Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima al dictar la sentencia de fecha 1 de octubre del 2010, no condenó a los acusados por delito de lesa humanidad, sino por el delito de asesinato previsto en el artículo 108, incisos 1 y 3, del Código Penal de 1991.

VIGÉSIMA PRIMERA CONCLUSIÓN:

La Sala argumentó que los delitos de lesa humanidad no constituyen un tipo de delito, sino un caso de violación a los derechos humanos en los instrumentos internacionales; afirman que el homicidio calificado per se no es un delito de lesa humanidad.

VIGÉSIMA SEGUNDA CONCLUSIÓN:

En la determinación judicial de la pena la Sala consideró que los hechos no constituían delitos comunes sino “violaciones a los derechos humanos”, a fin de calificarlos como circunstancias agravantes de la pena genéricas del artículo 46 del Código Penal Peruano.

VIGÉSIMA TERCERA CONCLUSIÓN:

La Sala Penal Permanente de la Corte Suprema mediante la sentencia de revisión del 20 de julio del 2012, decidió no haber nulidad en la condena como autores del delito de asesinato y tentativa de asesinato de las víctimas del “Caso Barrios Altos”, “Caso Desaparecidos del Santa”, y “Caso Pedro Yauri”.

VIGÉSIMA CUARTA CONCLUSIÓN:

Los considerandos de la sentencia que se refieren al tema de los delitos de lesa humanidad respondieron a una impugnación en la que se fijó como agravio la supuesta aplicación retroactiva del Estatuto de la CPI para tipificar los hechos como delitos contra la humanidad.

VIGÉSIMA QUINTA CONCLUSIÓN:

La Corte Suprema desestimó el recurso de nulidad al verificar que la Sala de Juzgamiento no aplicó retroactivamente el Estatuto de la CPI, precisando que la tipificación de la acusación y la sentencia fue de homicidio calificado del artículo 108, primer y tercer párrafo, del Código Penal Peruano.

VIGÉSIMA SEXTA CONCLUSIÓN:

Al declararse la no anulación de la condena por asesinato, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema **no decidió** que los hechos del “Caso Barrios Altos” no constituyen delito de lesa humanidad.

VIGÉSIMA SÉPTIMA CONCLUSIÓN:

Los párrafos 145 a 163 de la sentencia de revisión contiene consideraciones sobre la no tipificación de los hechos objeto de la acusación como delitos de lesa humanidad que fueron realizadas por **dos jueces** de los cinco integrantes del Supremo Tribunal Penal, los jueces supremos Villa Stein (Presidente) y Pariona Pastrana (Ponente).

VIGÉSIMA OCTAVA CONCLUSIÓN:

El argumento de la Sala Penal Permanente (los cinco jueces supremos) para la consideración, no decisión, de no proceder la calificación de los hechos como delito de lesa humanidad fue de **orden procesal**, no sustantivo, conforme se aprecia en el párrafo 164, en los “fundamentos adicionales” de los jueces supremos Salas Arenas, Miranda Molina y Morales Parraguez y en la “aclaratoria de los fundamentos adicionales” contenida en el auto del 24 de julio del 2012.

VIGÉSIMA NOVENA CONCLUSIÓN:

En los “fundamentos adicionales” del argumento procesal, a partir que la Fiscalía no acusó por delitos de lesa humanidad, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema estimó que “la inclusión de esta especial calificación en la sentencia puede afectar el derecho de defensa de los procesados y constituir al propio tiempo un fallo sorpresivo que vulnere el principio adversatorio”.

TRIGÉSIMA CONCLUSIÓN:

En el auto aclaratorio se precisa que una mención genérica a lesa humanidad en la acusación viola el derecho a la defensa y el principio acusatorio, página 332 de la requisitoria.

TRIGÉSIMA PRIMERA CONCLUSIÓN:

La Corte, a diferencia de otros tribunales internacionales, no realiza procesos para determinar la responsabilidad penal de personas.

TRIGÉSIMA SEGUNDA CONCLUSIÓN:

Si la Corte no determina responsabilidad penal, esto es, no establece si una persona ha cometido delito, es evidente que no puede disponer la forma en que el Poder Judicial del Perú debe realizar las operaciones de tipificación y de determinación judicial de la pena.

TRIGÉSIMA TERCERA CONCLUSIÓN:

La Corte fijó la responsabilidad internacional del Estado del Perú por violación de la Convención e impone obligación de reparación; pero los medios de reparar se realizan por el Estado Peruano de acuerdo a su orden legal interno; la Corte en esta fase supervisa que las medidas de reparación cumplan con la obligación de investigar y procesar para determinar a los culpables por el “Caso Barrios Altos”.

TRIGÉSIMA CUARTA CONCLUSIÓN:

La sentencia de fondo y la sentencia de reparaciones que homologa el acuerdo de reparación integral, no establecen como medida de reparación una forma especial de calificación y de imposición de sanción penal no prevista en el derecho penal y procesal del Perú.

TRIGÉSIMA QUINTA CONCLUSIÓN:

En el derecho penal internacional, al igual que el derecho penal interno, se ha construido una parte general y una parte especial, que tienen como base al delito o crimen de derecho internacional, que es de 3 tipos: delitos contra la humanidad (lesa humanidad), delitos de guerra, y delitos de agresión.

TRIGÉSIMA SEXTA CONCLUSIÓN:

Los delitos de derecho penal internacional tienen una estructura diferente a los delitos del derecho penal interno.

TRIGÉSIMA SÉPTIMA CONCLUSIÓN:

El elemento determinante que convierte al hecho en un delito de derecho internacional es “el contexto de la violencia organizada”; éste elemento contextual está contenido en cada tipo de delito de derecho internacional.

TRIGÉSIMA OCTAVA CONCLUSIÓN:

En las sentencias de la Corte, por ejemplo, “Caso La Cantuta” Sentencia del 29 de noviembre del 2006, “Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile”, Sentencia del 26 de septiembre del 2006 y “Caso Goyburú y otros vs. Paraguay”, Sentencia del 22 de septiembre del 2006, se califica los hechos como delitos de lesa humanidad, sin que en la parte considerativa, por ejemplo, se haya determinado que el elemento contextual es el ataque a una población civil y no un conflicto armado interno; de baja intensidad, alta intensidad, violencia interna o conflictos desestructurados.

TRIGÉSIMA NOVEVA CONCLUSIÓN:

A pesar que se califican los hechos como delitos de lesa humanidad no se analiza por qué el elemento contextual que se dio en dichos Estados no configuró un conflicto armado interno.

CUADRAGÉSIMA CONCLUSIÓN:

Si los hechos deben ser tipificados como delitos de guerra y no de lesa humanidad, si bien no se afectaría la imprescriptibilidad, si se utilizarían distintas reglas para la afectación de población civil; las posibilidades de causas de justificación o causas de exculpación aumentan en el caso de los delitos de guerra; entran en aplicación las reglas del empleo de armas en objetivos civiles; el daño colateral; los civiles hostiles; las características de la lucha contra el terrorismo (enemigos invisibles, no existe combate directo, no toman prisioneros, asesinan a todo militar o civil, su finalidad es producir terror en ¡todos!, etc.)

CUADRAGÉSIMA PRIMERA CONCLUSIÓN:

Al no examinarse el tipo de conflicto armado interno que constituyó en el Perú, el enfrentamiento de las fuerzas del orden contra los terroristas, por ejemplo, o violencia interna, o un conflicto desestructurado, se deja de apreciar una cuestión jurídica fundamental, pues el derecho internacional y el derecho humanitario no se aplican en estos supuestos de conflicto armado interno, sino el derecho nacional.

CUADRAGÉSIMA SEGUNDA CONCLUSIÓN:

La no determinación si los hechos del “Caso Barrios Altos” se dieron en un conflicto armado interno, si constituyeron delitos de guerra, no de lesa humanidad, no es una omisión de la Corte porque no tipifica, no determina si el hecho es delito, no establece responsabilidad penal de seres humanos; estas son tareas de los jueces de los procesos penales.

CUADRAGÉSIMA TERCERA CONCLUSIÓN:

El derecho internacional penal no destruye o hace desaparecer al principio de legalidad, menos en la Convención Americana, en cuyo artículo 9 se le consagra con toda plenitud, sin ninguna forma de flexibilización como si se hace, aparentemente, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 15.

CUADRAGÉSIMA CUARTA CONCLUSIÓN:

El derecho a la legalidad penal es un derecho fundamental porque está íntimamente vinculado a la libertad del ser humano, allí radica su razón de ser; el principio de legalidad existe para que el ser humano sea libre y por tanto nace como un límite a la función punitiva del Estado.

CUADRAGÉSIMA QUINTA CONCLUSIÓN:

El derecho a la legalidad penal no puede ser ¡destruido! bajo el título de flexibilización o relativización so pretexto de la necesidad de satisfacer la necesidad de búsqueda de la verdad o de justicia.

CUADRAGÉSIMA SEXTA CONCLUSIÓN:

Uno de los grandes problemas del derecho penal internacional ha generado la llamada "crisis" del principio de legalidad; el enfrentarla con el derecho, no con la venganza o el "no derecho", reclama recordar que la protección de los derechos humanos legitima al derecho penal internacional y al mismo tiempo limita su aplicación, al igual que el derecho penal nacional.

CUADRAGÉSIMA SÉPTIMA CONCLUSIÓN:

Pretender convertir el tipo penal de asesinato del Código Penal de 1991 en delito de lesa humanidad vulnera el derecho a la legalidad penal, porque significaría modificar sin ley, la estructura típica o la tipicidad, esto es, inobservar las exigencias de *lexscripta* y de *lexcerta*, al reformular el supuesto típico mediante una costumbre o un principio general del derecho penal internacional.

CUADRAGÉSIMA OCTAVA CONCLUSIÓN:

La flexibilización del principio de legalidad se dio frente a situaciones excepcionales, la existencia de ordenamientos legales internos que calificaban los exterminios de seres humanos indefensos como legales.

CUADRAGÉSIMA NOVENA CONCLUSIÓN:

Se admitió que la costumbre y los principios generales del derecho internacional penal determinen si los hechos eran delitos, quebrando el principio de legalidad, bajo supuestos excepcionales, casos de "no derecho"; el "Decreto de la Noche y la Niebla" del Régimen Nacional Socialista, o la "Ley de la Frontera" del Régimen Comunista de la Alemania "Democrática".

QUINCUAGÉSIMA CONCLUSIÓN:

Frente a un derecho interno que significaba la legalización de graves y múltiples violaciones de derechos humanos, es que se recurre excepcionalmente al empleo directo de las costumbres y principios generales del derecho internacional, también llamado derecho supralegal.

QUINCUAGÉSIMA PRIMERA CONCLUSIÓN:

Tales supuestos excepcionales del “no derecho” que justificaron la admisión del derecho “supralegal”, no existió en el Perú, conforme ha reconocido el Tribunal Constitucional del Perú en la STC del 21 de marzo de 2011.

QUINCUAGÉSIMA SEGUNDA CONCLUSIÓN:

El Código Penal de 1924 y el de 1991, vigentes durante el conflicto armado interno, definen como delito al asesinato y frente a la multiplicidad de matanzas el concurso real de delitos y la máxima sanción penal.

QUINCUAGÉSIMA TERCERA CONCLUSIÓN:

Una clara evidencia de la excepcionalidad de la aplicación directa de la costumbre y los principios generales del derecho por falta de derecho interno, se tiene en el Estatuto de la Corte Penal Internacional; el artículo 22 reconoce al principio de legalidad como fuente de creación de todos los tipos de delitos internacionales; así todos los delitos contra la humanidad, de guerra o el de agresión están perfectamente tipificados.

QUINCUAGÉSIMA CUARTA CONCLUSIÓN:

No es jurídicamente posible incorporar un delito internacional al derecho penal peruano utilizando un “tipo penal” creado por la costumbre o los principios generales del derecho internacional, sin violar el principio constitucional de legalidad penal.

QUINCUAGÉSIMA QUINTA CONCLUSIÓN:

Existen diversos sistemas de implementación del derecho penal internacional al derecho nacional, que han sido desarrollados por el problema que genera la posibilidad de aplicación directa en el derecho interno de fuentes de producción derecho penal distintas a la ley.

QUINCUAGÉSIMA SEXTA CONCLUSIÓN:

Los Estados que tienen como principio constitucional a la legalidad penal y por ende como fuente de producción del derecho penal a la ley, reserva absoluta, han empleado el sistema de incorporación del derecho internacional penal mediante modificación de la legislación nacional.

QUINCUAGÉSIMA SÉPTIMA CONCLUSIÓN:

Los jueces nacionales han admitido la categoría de delitos de lesa humanidad para fundamentar la imprescriptibilidad de la acción penal y para la “remoción de obstáculos” de impunidad, nunca para tipificar hechos ocurridos bajo la vigencia del Código Penal Peruano de 1991, solamente se le ha empleado como circunstancia agravante de la pena genérica del artículo 46 del mencionado texto legal.

QUINCUAGÉSIMA OCTAVA CONCLUSIÓN:

Una de las medidas de reparación que se adoptó en la sentencia de reparaciones que homologó el acuerdo integral de reparaciones, fue que el delito de ejecución extrajudicial sea incorporado a la legislación penal peruana.

QUINCUAGÉSIMA NOVENA CONCLUSIÓN:

La CIDH admite que el derecho penal internacional se incorpora al derecho penal nacional a través de la ley, en el entendimiento que es el sistema que respeta el principio de legalidad, al no existir delitos creados por la costumbre o los principios generales del derecho internacional.

SEXAGÉSIMA CONCLUSIÓN:

La Corte en la sentencia del 18 de noviembre del 2004, "Caso De La Cruz Flores vs. Perú", establece como obligación internacional de los Estados el respetar el principio de legalidad penal.

SEXAGÉSIMA PRIMERA CONCLUSIÓN:

No cualquier acusación es idónea para posibilitar una adecuada y eficaz defensa. Para acusar penalmente a la persona se le debe decir qué cosa ha hecho y por qué es un hecho punible. Si el principio se diluye se expone al ciudadano a la mayor arbitrariedad.

SEXAGÉSIMA SEGUNDA CONCLUSIÓN:

La exigencia de una acusación clara, precisa, específica y circunstanciada tiene por finalidad que el acusado tome conocimiento pormenorizado de cuál, cómo, dónde y de qué modo habría cometido el delito que se le atribuye.

SEXAGÉSIMA TERCERA CONCLUSIÓN:

Tal exigencia no se limitan solamente a los fundamentos fácticos, sino también a los fundamentos jurídicos; una acusación clara es un derecho, no del abogado, sino del acusado, un médico, un obrero, una ama de casa, un analfabeto, etc., que tiene derecho a saber por qué hecho lo acusan, cómo se han probado, qué delito constituyen, y por qué razones jurídicas se trata del delito que determina la pena que "pende sobre su cabeza".

SEXAGÉSIMA CUARTA CONCLUSIÓN:

La Corte en el "Caso Fermín Ramírez vs. Guatemala", en la sentencia del 20 de junio del 2005, establece que la correlación entre la acusación y la sentencia en una condición indispensable del derecho a la defensa y por ende del debido proceso.

SEXAGÉSIMA QUINTA CONCLUSIÓN:

La Corte afirma que la debida acusación se determina en relación a la defensa, de allí que la requisitoria deba contener la descripción clara, precisa y circunstanciada de los hechos, así como la correspondiente calificación, se entiende, tipificación y propuesta de determinación de la pena (por qué hechos y argumentos se solicita tal sanción penal).

SEXAGÉSIMA SEXTA CONCLUSIÓN:

La CIDH basa la doctrina de la debida acusación, en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

SEXAGÉSIMA SÉPTIMA CONCLUSIÓN:

En el "Caso Pélissier y Sassi vs. Francia"; "Caso Delcourt vs. Bélgica" y en el "Caso Borisova vs. Bulgaria" el TEDH establece la necesidad de informar de la acusación al acusado para que con ello se articule la posibilidad concreta del derecho de defensa. Esa necesidad de informar de la acusación alcanza no sólo a los hechos, sino que también al Derecho.

SEXAGÉSIMA OCTAVA CONCLUSIÓN:

En STEDH del 24 de junio del 2003, "Caso Dowsett contra el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte" y en la STEDH del 22 de julio del 2003, "Caso Edwards y Lewis contra El Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte"; se afirma que dentro del derecho a un juicio justo es fundamental la contradicción y la igualdad de armas, que significa que el fiscal y la defensa deben tener la oportunidad de conocer y argumentar las alegaciones y pruebas aportadas por la otra parte.

SEXAGÉSIMA NOVENA CONCLUSIÓN:

La Corte respeta el sistema acusatorio que ha establecido el Perú para la etapa de juicio oral del proceso penal.

SEPTUAGÉSIMA CONCLUSIÓN:

La Sala Penal Permanente de la Corte Suprema exige que la consideración por la Fiscalía que los hechos constituyen delito contra la humanidad deben formar parte de la acusación, lo que significa, por cierto, que forme parte de la fundamentación jurídica de la pretensión punitiva del Ministerio Público.

SEPTUAGÉSIMA PRIMERA CONCLUSIÓN:

Cuando se mencione a los delitos de lesa humanidad, como un tipo de delito o una circunstancia agravante de la pena genérica, necesariamente tienen que formar parte de la acusación porque es evidente la necesidad de defensa del acusado, frente a la tipificación o a la petición de pena.

SEPTUAGÉSIMA SEGUNDA CONCLUSIÓN:

El exigir el respeto al derecho a la defensa, congruencia entre acusación y sentencia, el respeto al principio acusatorio o al de igualdad de armas, no viola la Convención, por el contrario, la respeta.

SEPTUAGÉSIMA TERCERA CONCLUSIÓN:

En el sub sistema de justicia de la Sala Nacional, a cargo de los procesos por delitos contra la humanidad y por violaciones de derechos humanos, se formulan imputaciones en los términos exigidos por la Corte Suprema, en las acusaciones o en los autos de procesamiento penal.

SEPTUAGÉSIMA CUARTA CONCLUSIÓN:

La reducción de pena efectuada por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema tuvo dos razones; la anulación de la condena por delito de asociación para delinquir y la violación del plazo razonable.

SEPTUAGÉSIMA QUINTA CONCLUSIÓN:

Hubo condenados por asociación ilícita a pesar de no haber sido denunciados; la Corte Suprema consideró que sin acción penal, no hay jurisdicción, ni proceso, por lo que se declaró la nulidad procesal absoluta de este extremo de la condena.

SEPTUAGÉSIMA SEXTA CONCLUSIÓN:

Hubo denunciados por asociación para delinquir que durante el proceso penal se venció el plazo extintivo de prescripción extraordinaria de la acción penal, 9 años, por lo que se procedió a la anulación de la condena.

SEPTUAGÉSIMA SÉPTIMA CONCLUSIÓN:

El principio de proporcionalidad de la pena exigía reducir la pena impuesta por la Sala de Juzgamiento, si se anuló la condena por uno de los delitos.

SEPTUAGÉSIMA OCTAVA CONCLUSIÓN:

La Corte Suprema utilizó la medida de reparación de la reducción de pena por violación del plazo razonable, a fin de “atenuar” la sentencia del Tribunal Constitucional en el “Caso Julio Salazar Monroe” que había declarado que se produjo la lesión de tal derecho fundamental en el proceso del “Caso Barrios Altos” y que la medida de reparación era procesal, al haber descartado las compensatorias.

SEPTUAGÉSIMA NOVENA CONCLUSIÓN:

Las medidas de reparación de la violación del plazo razonable: compensatorias, sancionatorias y procesales, no son contrarias a la Convención Americana, por lo que su elección corresponde al ámbito de soberanía de cada Estado.