

REFLEXIONES SOBRE DERECHO PENAL INTERNACIONAL Y SU APLICACIÓN EN EL DERECHO PENAL INTERNO¹

César Augusto Nakazaki Servigón
Abogado, Socio del Estudio Sousa & Nakazaki.
Profesor de Derecho Penal y Procesal Penal
de la Universidad de Lima.²

I.- A manera de Introducción.

El análisis jurídico, objeto del artículo, tiene como base la ponencia que presenté en el VIII Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales de la Corte Suprema de Justicia de la República³, esperando que haya sido motivo de reflexión por los jueces supremos, ya que producirán doctrina judicial sobre la materia más compleja que viene tratando el Poder Judicial a través de difíciles casos penales.

1 Escrito completo de la ponencia realizada en el VIII Pleno Jurisdiccional Supremo Penal, el día 30 de noviembre del 2012. Las reflexiones aquí incluidas están recogidas en gran medida, en CÉSAR AUGUSTO NAKAZAKI SERVIGÓN, "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 de la Corte Suprema en el Caso Barrios Altos", en *Gaceta Penal y Procesal Penal*, Tomo 39, Edición Septiembre del 2012.

2 Colaboró en la realización de este artículo, mi asistente y joven discípulo Exson Vilcherrez Ato.

3 La ponencia entregada virtualmente a los responsables de la organización del pleno se tituló; "Los delitos de lesa humanidad: control de convencionalidad y derecho interno"._

Los apuntes sobre derecho penal internacional que hago, son fruto del estudio que me exige garantizar defensa eficaz a miembros de las fuerzas armadas, que en uno de los momentos más problemáticos de la historia del Perú, como supieron y pudieron, pusieron el “pecho” para defendernos de las más peligrosas organizaciones criminales que han existido en el país, Sendero Luminoso y el MRTA; cuya violencia, sobre todo de SL, superó, reconociendo las grandes diferencias, al Ejército de Ocupación de Chile.

II.- Aplicación de la categoría del delito de lesa humanidad en el Perú.

En el Perú la categoría de delitos contra la humanidad viene siendo aplicada predominantemente como institución procesal; para impedir la prescripción de la acción penal y remover obstáculos para procesamiento, por ejemplo la cosa juzgada.

II.I.- Tratamiento de los delitos de lesa humanidad por el Tribunal Constitucional.

El Tribunal Constitucional solamente ha establecido que los delitos de lesa humanidad producen los efectos procesales señalados: la STC del 9 de diciembre del 2004, Fundamento jurídico 29, “Caso Gabriel Orlando Vera Navarrete”⁴; la STC del 12 de agosto del 2005, Fundamento jurídico 32, “Caso Juan Nolberto Rivero Lazo”⁵; la STC del 29 de noviembre del 2005, Fundamentos jurídicos 78 y 81, “Caso Santiago Martín Rivas”;⁶ y la STC del 11 de noviembre del 2010, Fundamento jurídico 19, “Caso Accomarca”⁷; y sobre todo en la STC del 21 de marzo de 2011, Fundamento jurídico 52⁸.

II.II.- Tratamiento de los delitos de lesa humanidad por el Poder Judicial.

4 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Proceso de habeas corpus, Expediente N° 2798-04-HC/TC.

5 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Proceso de habeas corpus, Expediente N° 4677-2005-PHC/TC.

6 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Proceso de amparo, Expediente N° 4587-2004-AA/TC.

7 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Proceso de habeas corpus, Expediente N° 00218-2009-PHC/TC.

8 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Proceso de inconstitucionalidad, Expediente N° 0024-2010-PI/TC.

El Poder Judicial además de tratar a los delitos de lesa humanidad como una institución procesal, con las mismas consecuencias que las asignadas por el Tribunal Constitucional, los considera una institución sustantiva; circunstancia agravante de la pena de los artículos 45 y 46 del Código Penal; citamos los ejemplos más relevantes; “Caso del ex Presidente Fujimori”, “Caso La Cantuta” y “Caso del Grupo Colina”.

En el “Caso del ex Presidente Fujimori, la Sala Penal Especial Suprema, a pesar de declarar, no fallar, que para el derecho internacional penal los hechos constituían delitos de lesa humanidad -textualmente señala que “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 de los artículos 45 y 46.

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 la condena por asesinato, agregaron esa declaración; que los homicidios calificados y lesiones graves constituyen delitos contra la humanidad según el derecho internacional penal.⁹

El artículo 285 del Código de Procedimientos Penales establece el contenido de una sentencia condenatoria; el fallo comprende la calificación del delito por el que se condena al acusado y las consecuencias penales.

En la sentencia se condenó al ex Presidente Fujimori como autor del delito común de asesinato u homicidio calificado, previsto en el artículo 108 del Código Penal de 1991. Después del fallo la Sala agregó una “declaración”; que para efectos del derecho internacional los hechos se consideran delitos de lesa humanidad.

⁹ *Ibidem*, Página 706. Por cierto sin explicación alguna a si un tribunal de justicia nacional puede establecer las consecuencias internacionales que el hecho genera a la persona.

Dado a que tal declaración fue sorpresiva, porque tal apreciación no fue objeto ni del debate en el juicio oral, ni de acusación, solamente la hemos podido cuestionar a posteriori.

Cuestionamos la competencia de un tribunal de justicia nacional para pretender establecer consecuencias internacionales; ello sólo corresponde a órganos de justicia supra nacional.

Cuestionamos que se haga tal declaración sin haber permitido presentar defensa contra, no la pretensión de la fiscalía o los agraviados, sino la tesis y decisión del tribunal.

Tal situación era de suma importancia, porque durante el juicio oral se promovió la incidencia de oposición a la incorporación de los amicus curiae que presentaron diversas instituciones extranjeras; todas planteando la aplicación del derecho penal internacional y afirmando la culpabilidad del ex Presidente Fujimori.

Sostuvimos que la incorporación de oficio, no a pedido de la Fiscalía o los agraviados, violaría la garantía del tribunal imparcial, al constituir “pruebas de cargo” e introducir la argumentación que los hechos constituían delito de lesa humanidad, insisto, lo que no hicieron la parte acusatoria y la parte agraviada. La Sala respondió que no siendo vinculantes los *amicus curiae*, máxime si no eran prueba, se podían admitir. En la sentencia condenatoria se aprecia la influencia que tuvieron los *amicus curiae*, al punto que permitieron a la Sala condenar con una fundamentación jurídica que no fue propuesta por la acusación, ni debatida en juicio.¹⁰

10 A continuación reproduzco los fundamentos de la oposición a la admisión de los *amicus curiae*:

1.- Requisito del acto de prueba: legalidad o conducencia.

El tribunal tiene la obligación de establecer como hechos probados en la sentencia, solamente los hechos discutidos que hayan sido fijados mediante alguno de los procedimientos probatorios establecidos en la ley. (César SAN MARTÍN CASTRO, Derecho Procesal Penal, Tomo II, 2° edición, Página 790, Editorial Jurídica Grijley, Lima, 2003.

El gran maestro italiano Eugenio **FLORIAN**, afirma que el procedimiento probatorio establecido por la ley regula la forma como se desarrolla la actividad probatoria, por ejemplo, la incorporación del medio de prueba al proceso penal; enseña el maestro italiano que la garantía de los derechos de las partes “exige que la presentación y la realización de la prueba en el proceso tengan un régimen propio en la ley”. (Eugenio FLORIAN, De las Pruebas Penales, Tomo I, De la prueba en general, Tercera edición, Páginas 313 y 314, Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 1982.)

Existe prohibición que el tribunal forme convicción sobre los hechos objeto del proceso, utilizando cualquier medio de información; la aceptación y el valor probatorio de los medios de información sobre los hechos, *está condicionado a su ingreso al proceso penal observando los procedimientos legales y sin violar las garantías procesales constitucionales.* (Manuel ORTELLS RAMOS, Obra colectiva, Derecho Jurisdiccional III Proceso Penal, Página 324, José María Bosch Editor, Barcelona, España, 1995. César SAN MARTÍN CASTRO, Obra citada, Tomo II, Página 790.)

CESAR **SAN MARTIN CASTRO** reconoce como un “carácter” de los elementos de prueba, a la legalidad; la exigencia que la información ingrese al proceso penal “siguiendo las prescripciones de la ley”; el modo como se obtiene y se incorpora. (Ibidem, 810)

Hernando **DEVIS ECHANDIA**, máximo exponente latinoamericano de la teoría de la prueba, comenta sobre la conducencia o legalidad como uno de los requisitos intrínsecos de los actos de

En el “Caso La Cantuta”, la Primera Sala Penal Especial Superior al emitir la sentencia del 8 de abril del 2008 tipificó los hechos como asesinato del artículo 108 del Código Penal,

prueba. Afirma que el juez solamente puede admitir prueba lícita, que no sea objeto de prohibición legal general o especial; ejemplo de prohibición general que su incorporación no signifique la violación de derechos fundamentales. (Hernando DEVIS ECHANDÍA, Teoría General de la Prueba Judicial, Tomo 1, 6° edición, Páginas 339, 340 y 342, Zavalia Editor, Buenos Aires, Argentina, 1988) El Tribunal Constitucional Español ha establecido que el derecho a la prueba es de configuración legal; “la garantía que incorpora ha de realizarse en el marco legal establecido por el ordenamiento jurídico respecto a su ejercicio” (STC 45/1996, 25 de marzo; STC 96/2000, 10 de abril; y STC 43/2003, 3 de marzo); “su ejercicio ha de acomodarse a las exigencias y condicionamientos impuestos por la normatividad procesal” (STC 169/1996, 29 de octubre); y “el medio de prueba esté autorizado por el ordenamiento jurídico”. (STC 149/1987, 30 de septiembre; STC 33/ 1989, 13 de febrero; STC 87/ 1992, 8 de junio; STC 97/1995, 20 de junio; STC 198/1997, 24 de noviembre; STC 181/1999, 11 de octubre; STC 246/2000, 16 de octubre; STC 78/2001, 26 de marzo; STC 70/2002, 3 de abril; STC 71/2003, 9 de abril). (Manuel ORTELLS RAMOS e Isabel TAPIA FERNÁNDEZ, Obra colectiva, El Proceso Penal en la Doctrina del Tribunal Constitucional (1981-2004), Página 519, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2005.

2.- Limitaciones a la libertad probatoria: utilización de los medios de prueba.

Si bien es cierto que en el proceso penal existe libertad probatoria; en cuanto a la utilización de los medios de prueba, hay una precisión: los hechos objeto del proceso pueden establecerse con cualquier medio de prueba, pero no mediante cualquier procedimiento, “libertad de medios no implica libertad de procedimiento”; lo contrario significaría arbitrariedad judicial y afectación de las garantías procesales constitucionales de las partes. (César SAN MARTÍN CASTRO, Obra citada, Tomo II, Página 813.)

El maestro argentino José **CAFFERATA NORES** afirma que la libertad de medios de prueba “no significa arbitrariedad en el procedimiento probatorio, pues a éste se le concibe como una forma de asegurar y controlar la autenticidad, la seriedad y la eficacia de la prueba y los derechos de las partes.” (José Ignacio CAFFERATA NORES, La Prueba en el Proceso Penal, 4° edición, Página 32, Desalma, Buenos Aires, Argentina, 1998.

Agrega el principal representante de la Escuela de Córdoba que cada prueba seguirá el procedimiento establecido por la ley, y “cuando se quiera optar por un medio no previsto, se deberá utilizar el procedimiento señalado para el medio expresamente regulado que sea analógicamente más aplicable, según la naturaleza y las modalidades de aquél, respetando sus formas y bajo sus mismas sanciones”. (Idem)

3.- El amicus curiae.

La presentación como amicus curiae significa la intervención en un proceso sin ser parte procesal con el único objetivo de aportar un criterio jurídico a favor de la justicia.

Los amicus curiae resultan útiles en los casos difíciles, aquellos litigios que no se pueden subsumir claramente en una norma jurídica, o porque confluyen varias normas, o porque no existe una aplicable con exactitud.

En un principio el amicus curiae constituía una colaboración neutral con el tribunal, se trataba de un actor imparcial; actualmente esto ha variado, el centro de gravedad es la utilidad del aporte que pueda dar un interviniente interesado que argumenta jurídicamente para obtener una solución favorable a la parte que auspicia.

El amicus curiae (amigo del tribunal) es la presentación ante el tribunal que conoce de un proceso judicial de terceros ajenos a la disputa judicial que **tienen un justificado interés** en el resultado

señalando expresamente que si bien en el derecho penal internacional serían delito de ejecución extrajudicial, al no estar prevista esta figura delictiva en la legislación nacional,

del litigio por su carácter o trascendencia pública, a fin de ofrecer “opiniones consideradas de trascendencia para la sustanciación del proceso en torno a la materia controvertida”. (Martín ABREGÚ y Christian COURTIS, *Perspectivas y posibilidades del amicus curiae en el derecho argentino*, en *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, obra colectiva, Página 387, CELS, Editores del Puerto, Buenos Aires, Argentina, 1997.)

El amicus curiae tendría dos funciones (Ibidem, página 388): a) aportar al tribunal argumentos u opiniones que puedan servir como elementos de juicio para que pueda adoptar una decisión ilustrada; b) brindar carácter público a los argumentos que los grupos de interés han presentado respecto de la cuestión sobre la que decidirá el tribunal.

El amicus curiae no afecta el principio iura curia novit porque se trata “de aportar elementos de juicio suplementarios, ampliando la base de conocimientos disponible para que el juez adopte una decisión”. (Ibidem, página 393)

El amicus curiae permite que el tribunal reciba opiniones o interpretaciones de órganos internacionales sobre materias de derecho internacional vinculadas al objeto del proceso.

El amicus curiae puede tener dos objetos: a) una entidad o persona que por un interés en el objeto del litigio, interviene en defensa de uno de los litigantes; o b) una entidad o persona ajena al objeto del litigio, pero poseedora de reconocida información sobre aquél.

3.1) En Argentina:

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, mediante la Acordada 28/2004, reguló la intervención de los “Amigos del Tribunal”.

En la parte considerativa se fija que la finalidad es ofrecer argumentos de trascendencia para la decisión del asunto.

Se fija como fundamento normativo: Reglamento de la CIDH, artículo 62.3; y los artículos 44 y 48 de la Convención Americana.

“Caso de la Escuela Mecánica de la Armada (ESMA)”: argumentos de derecho internacional sobre las consecuencias jurídicas de las violaciones de derechos humanos que constituyen delitos lesa humanidad.

“Caso Kimel”*: argumentos de derecho internacional sobre libertad de expresión y prensa, derecho a la información y crítica a la administración pública.

“Caso Sterla Silvia/Ininterrupción de la prisión preventiva”*: elementos de juicio sobre derecho internacional de los derechos humanos de detenidos enfermos con HIV.

3.2) En Estados Unidos:

La ley federal estadounidense basada en el Common Law admite al amicus curiae; las Reglas de la Suprema Corte contienen los requerimientos y aspectos esenciales en el “brief” (escrito resumido mediante el que se presenta el amicus curiae).

El amicus curiae “debe limitarse a materia relevante que no haya sido anteriormente ya proporcionada por las partes a la Suprema Corte”; si el “brief” no reúne estas condiciones “no ayuda a la Corte y no es admitido”. (Regla 37)

Si el “brief” es presentado por un privado debe contar con el consentimiento de las partes o con autorización de la Corte; no requiere el consentimiento cuando se trata de una entidad gubernamental o una agencia federal.

El “brief” “debe contener información valiosa en argumentos legales referidos al caso”.

4.- Procedimiento probatorio que debe observar el amicus curiae.

los aspectos de lesa humanidad se tomaban como
circunstancia agravante de la pena genérica del artículo 46.¹¹

El “amigo del tribunal” brinda conocimientos especializados que el tribunal necesita para resolver el caso, por ejemplo, la aplicación en el derecho interno de las formas de autoría establecidas en el derecho penal internacional.

La pericia es una prueba de auxilio judicial para suplir la ausencia o limitación de conocimientos científicos o culturales del tribunal, necesarios para la demostración de los hechos típicos. En principio corresponde al amicus considerarlo como una pericia, pues su objeto es alcanzar conocimientos especializados al tribunal necesarios para establecer los hechos típicos, por ejemplo, la condición de autor.

El amicus sería una pericia extrajudicial porque se realiza fuera del proceso penal, sin participación del tribunal y las partes; así como sin sujetarse al procedimiento pericial establecido en la ley (designación de peritos, fijación del objeto de la pericia, juramentación, elaboración y presentación de la pericia, más la ratificación y examen). (Carlos CLIMENT DURÁN, La prueba penal, Página 485, Tirant lo Blanch, Valencia, España, 1999)

La pericia extrajudicial se incorpora al caso penal a través del procedimiento probatorio del documento o el testimonio. (Idem)

El amicus curia debe ser tratado como una pericia extrajudicial, específicamente, como un informe pericial extrajudicial, es decir, la opinión experta o especializada que no se produce en el juicio oral, incluso fuera del proceso judicial, y se incorpora, no mediante la participación del perito, sino por vía documental. (Ibidem, páginas 490 a 492)

5.- La admisión del amicus curiae al constituir una prueba de oficio no debe afectar la garantía procesal constitucional del tribunal imparcial.

La STC del 1 de diciembre de 1993, interpretando constitucionalmente el artículo 729 inciso 2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal Española que regula la prueba de oficio del tribunal, estableció que la decisión de actuar en el juicio oral de un testimonio instructorio o sumarial que no fue propuesto por las partes, implica la pérdida de la imparcialidad objetiva por el tribunal, “porque la simple formulación de la prueba exterioriza un prejuicio o toma de posición favorable y coadyuvante al éxito de la acción penal en un supuesto, como el presente, de prueba inculpatoria”. (Juan MONTERO AROCA, Sobre la imparcialidad del juez y la incompatibilidad de funciones procesales, Páginas 87 y 88, Tirant lo Blanch, Valencia, España, 1999)

Según el TSE la potestad probatoria de oficio colisionaría con el principio acusatorio, que gobierna el juicio oral, se corre el peligro de convertir al tribunal en acusador o defensor; el tribunal no puede suplir la deficiencia de las partes y menos fortalecer la posición de alguna de ellas, quebrando la igualdad de armas.

El amicus, conforme se establece en el derecho probatorio de Estados Unidos, “debe limitarse a materia relevante que no haya sido anteriormente ya proporcionada por las partes a la Suprema Corte”; si el “brief” no reúne estas condiciones “no ayuda a la Corte y no es admitido”. (Regla 37) Dentro del llamado “garantismo procesal” creado por el gran Luigi Ferrajoli, se señala como uno de los axiomas de todo sistema garantista, el “nulla accusatio sine probatione”, que en su aplicación absoluta lleva a la total pasividad probatoria del tribunal, y en su aplicación relativa, a limitar la potestad probatoria de oficio. (Joan PICÓ I JUNOY, El juez y la prueba, Páginas 130 y 131, JB Bosch Editor, Barcelona, España, 2007.)

El ejercicio de la potestad del tribunal de la prueba de oficio no debe justificar la apreciación de favorecimiento a la acusación o a la defensa, lo que se logra cuando dispone la incorporación de una prueba no actuada, cuyo contenido no se conoce; o cuando no tiene por objeto demostrar los

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.¹²

En el “Caso del Grupo Colina”, la Primera Sala Penal Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima al concluir

hechos objeto de acusación, su existencia o inexistencia, sino solamente contraste o verificación, la “prueba sobre prueba”. (Ibidem, Página 149)

En el caso del amicus dentro de las reglas que lo regulan se establece que el tribunal debe solicitarlo, ejemplo del artículo 13-A del Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional. Joan **PICO I JUNOY** señala como limitación de la potestad de prueba de oficio del tribunal, que la prueba se ciña a los hechos objeto de la acusación, no se pueden alterar con la incorporación de la prueba de oficio. (ibídem, Página 156)

11 SALA PENAL ESPECIAL SUPERIOR, Sentencia, Páginas 190 y 260, Expediente N° 03-2003-1° SPE/CSJLI.

12 SEGUNDA SALA PENAL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA, Sentencia de Revisión del 27 de abril del 2009, Título IV. Decisión del Supremo Tribunal, declaraciones XVII y XVIII, Páginas 378 a 382. Recurso de Nulidad N° 4104-2010 Lima.

la etapa del juicio oral dictó la sentencia de fecha 1 de octubre del 2010.¹³

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”.¹⁴

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.”¹⁵

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;

13 PRIMERA SALA PENAL ESPECIAL SUPERIOR DE LIMA, Sentencia de Juzgamiento, Expediente N° 28-2001.

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

15 *Ibidem*, Título V. Fundamentación jurídica, Páginas 601 a 604 de la sentencia.

afirman que el homicidio calificado per se no es un delito de lesa humanidad.¹⁶

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.¹⁷

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.

El Tribunal en modo alguno pretendió tipificar los hechos como delitos de lesa humanidad, a pesar de su evidente “inspiración” en el “Caso Fujimori” conforme se aprecia de la parte considerativa, pues en el fallo no reiteran

¹⁶ Ibídem, Página 134.

¹⁷ Ibídem, Título VI. Determinación de la pena, Página 780.

la ¡declaración! que los asesinatos son crímenes de lesa humanidad para el derecho penal internacional.

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”.¹⁸

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

18 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.

retroactiva del Estatuto de la CPI para tipificar los hechos como delitos contra la humanidad.¹⁹

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.²⁰

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 163²¹ 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

¹⁹ *Ibíd*em, Párrafo 143 de la sentencia, Página 151.

²⁰ *Ídem*.

²¹ *Ibíd*em, Párrafos 145 a 163, Páginas 152 a 166.

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 dictamen fiscal, requisitoria oral y en la propia sentencia recurrida”²²; 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 164²³, en los “fundamentos adicionales”²⁴ de los jueces supremos Salas Arenas, Miranda Molina y Morales Parraguez y en la “aclaratoria de los

22 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.

23 Ibídem, Párrafo 164, Páginas 166 y 167.

24 Ibídem, Páginas 391 a 404.

fundamentos adicionales”²⁵ contenida en el auto del 24 de julio del 2012.²⁶

A raíz de la posición asumida por la Sala Penal Permanente; que el principio acusatorio y el derecho a la

25 Auto aclaratorio de la Sala Penal Permanente del 24 de julio del 2012.

26 Ver: CÉSAR AUGUSTO NAKAZAKI SERVIGÓN, “Algunos 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 de la Corte Suprema en el Caso Barrios Altos”, en *Gaceta Penal y Procesal Penal*, Tomo 39, Edición Septiembre del 2012. 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 164 (Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, Sentencia de Revisión, Título IV. Decisión del Supremo Tribunal, Declaraciones XVII y XVIII, Recurso de Nulidad N° 4104-2010 Lima) en los “fundamentos adicionales” (Páginas 391 a 404 de la sentencia de revisión) 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.

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”. (Páginas 401 a 403 de la sentencia de revisión).

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”. (Primera Fiscalía Superior Penal Especializada, Acusación, Página 332).

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”. (Idem)

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 desestimar un recurso de nulidad de un sentenciado, porque no hubo condena por lesa humanidad, menos

defensa exigen que en la acusación se precise y fundamente por qué el hecho constituye delito de lesa humanidad; en el juicio mediático que se celebró, para ¡justificar! que no debe formar parte de la acusación, se ha llegado a sostener, por ejemplo, que se trata de un mero concepto criminológico.

Pese a varias acusaciones del Ministerio Público formuladas en los juicios orales celebrados por la Sala Nacional, invocando costumbres o principios generales del derecho internacional, no se han tipificado como delitos de lesa humanidad los hechos que motivaron una sentencia condenatoria.

El Colegiado C de la Sala Penal Nacional, en la sentencia del 7 de octubre del 2011, Caso “Pucayacu”, en el considerando quinto reconoce que el delito de ejecución extrajudicial no está tipificado en el derecho interno; en el considerando sexto afirma que los delitos de lesa humanidad impiden la prescripción de la acción penal, pero el respeto al

anulación de lo que nunca existió.

principio de legalidad exige que los hechos sean calificados como asesinato del artículo 152 del Código de 1924 o 108 del Código de 1991, siendo aplicable la lesa humanidad solamente “para efectos de su punición”, o sea como circunstancia agravante de la pena.²⁷

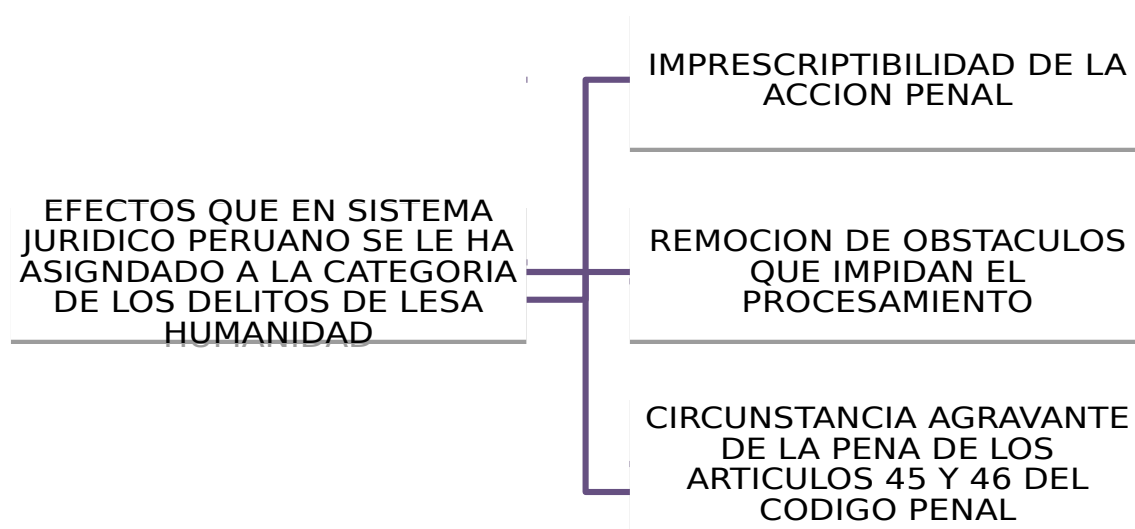
El Colegiado B de la Sala Nacional, en la sentencia del 9 de febrero del 2012, “Caso Mina Misteriosa”, en el considerando décimo segundo, pese a un grave error de tratamiento sobre los sistemas de incorporación del derecho penal internacional al derecho interno que trataremos más adelante, solamente asigna a los delitos contra la humanidad el efecto procesal la imprescriptibilidad.²⁸

En conclusión, en el Perú a los delitos de lesa humanidad les han asignado; el Tribunal Constitucional efectos procesales para impedir la prescripción extintiva de la acción penal, y como “removedor de obstáculos de

27 COLEGIADO C DE LA SALA NACIONAL, integrado por los Jueces Superiores: Ricardo Brousset Salas, María Luz Vásquez Vargas y Teófilo Armando Salvador Neyra, Sentencia, Páginas 93 y 97, Expediente N° 26-09-SPN.

28 COLEGIADO C DE LA SALA NACIONAL, integrado por los Jueces Superiores: Rosa Mirta Bendezú Gómez, María Vidal La Rosa Sánchez y Teófilo Armando Salvador Neyra, Sentencia, Páginas 175 y 185, Expediente N° 42-06-SPN.

impunidad”, principalmente la cosa juzgada; el Poder Judicial ha adicionado un efecto sustantivo, el considerarlo una circunstancia agravante de la pena.



II.III.- El penoso tratamiento de la resolución de supervisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos por el Poder Judicial en el “Caso del Grupo Colina”

Anteriormente he tratado el largo procedimiento de supervisión del “Caso Barrios Altos” efectuado por la Corte

Interamericana de Derechos Humanos²⁹; sobre el control de convencionalidad efectuado en el séptima supervisión solamente reitero que la resolución de la CIDH del 7 de septiembre del 2012, en la que se ordena que el Perú anule la sentencia de la Sala Penal Permanente y reponga “la condena por delito de lesa humanidad, se basa en tres afirmaciones falsas:

- § En el proceso penal por el “Caso del Grupo Colina” existió una condena por delito de lesa humanidad. FALSO porque no hubo condena por delito de lesa humanidad.

- § El Poder Judicial ha condenado personas por delito de lesa humanidad por hechos acontecidos durante el enfrentamiento del Estado contra las organizaciones terroristas Sendero Luminoso y el MRTA. FALSO jamás se ha condenado a nadie por delito de lesa humanidad.

29 CÉSAR AUGUSTO NAKAZAKI SERVICIÓN, Obra citada, Página 15 y siguientes.

§ El Tribunal Constitucional ha establecido que los hechos acontecidos durante el enfrentamiento del Estado contra las organizaciones terroristas Sendero Luminoso y el MRTA, deben ser calificados como delitos de lesa humanidad. FALSO el Tribunal Constitucional no ha asignado consecuencias sustantivas a la categoría delitos contra la humanidad.

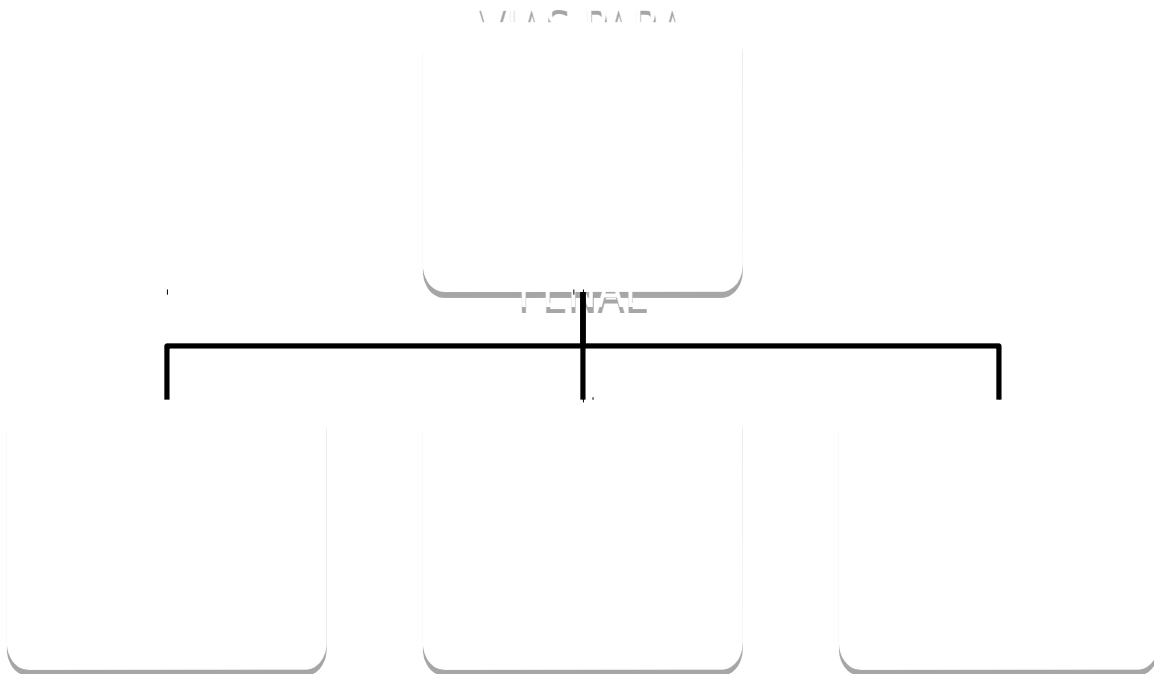
La resolución de supervisión se ejecutó inconstitucionalmente.

La Ley N° 27775 del 7 de julio del 2002 regula la ejecución de las sentencias de la CIDH, pero solamente es expresa respecto de las que tienen contenido patrimonial, indemnizaciones; las sentencias que no lo tienen, por ejemplo, las que se refieren a la obligación de investigar; en el artículo 4, genéricamente, se indica que el juez competente adoptará las medidas correspondientes.

¿Quién es el juez competente, el tipo de procedimiento? no se regula, permitiendo que la Corte Suprema “cree” su procedimiento; una audiencia sin participación de las partes, presos o absueltos, y declarando inexorablemente o automáticamente la nulidad de la sentencia condenatoria o absolutoria en “ejecución” de la resolución de la CIDH, pese a que el control de convencionalidad no le da a ésta competencia para establecer la medida que el Estado tiene que adoptar, pues corresponde al derecho interno.³⁰

La nulidad se puede sancionar en el proceso penal por tres vías:

30 *Ibíd*em, Páginas 19 a 21.



¿Cuál uso la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema para anular la sentencia que dictó en el “Caso del Grupo Colina”? La respuesta tendría que ser ninguna.

En el ordenamiento nacional las acciones previstas son; la de nulidad de cosa juzgada fraudulenta, de revisión (el Código de 1940 la llama recurso), y las de garantía constitucional, habeas corpus y amparo penal.

Incidentes y recursos era imposible porque se trataba de un proceso penal terminado.

El procedimiento empleado por la Corte Suprema no cumple con la garantía del debido proceso legal o el principio de legalidad procesal; menos cuando se realiza a “espaldas” de las personas que serán afectadas con la anulación de la sentencia, absueltos y condenados.

Un procedimiento que viola la garantía de la defensa es absolutamente inconstitucional; máxime cuando no ejerce ningún control de legalidad del “título de ejecución”, a pesar de conocer (o no poder ignorar) los jueces supremos que la resolución de la CIDH se basó en hechos falsos.

¿Cómo se cumple la Convención Americana sobre Derechos Humanos; cumpliendo la resolución de supervisión como “soldados, sin duda, ni murmuración”, o teniendo la honestidad e independencia (valor), para decir, no se puede cumplir una decisión que se basó en hechos falsos que no se realizaron por el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial, del Perú?

La Corte Suprema es reiterante en este proceder ilegal. En cumplimiento de resolución de supervisión dictada en el “Caso De La Cruz Flores contra el Perú”, la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, el 24 de enero del 2011 anuló la sentencia condenatoria citando como fundamento a la Ley N° 27775, por cierto sin tratar ninguno de los cuestionamientos efectuados. Por suerte para la persona sumida en indefensión, la decisión le favoreció.

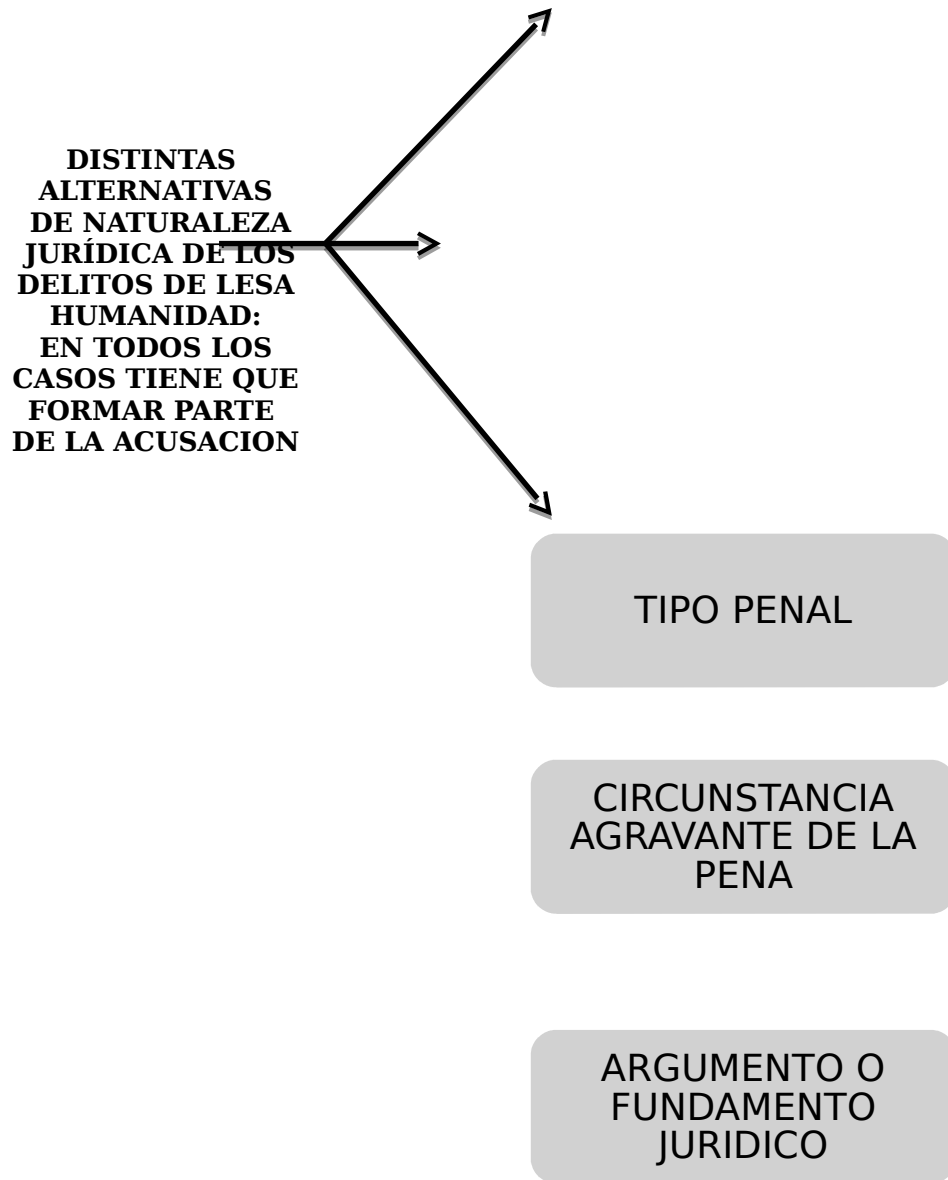
III.- La naturaleza jurídica de los delitos de derecho internacional.

La pregunta a responder es la siguiente: ¿delitos de lesa humanidad; constituyen tipos de delito, circunstancias agravantes de la pena, o fundamentos jurídicos?

El planteo de concepto criminológico lo incorporo en fundamentos jurídicos o argumentación, pues la determinación de su naturaleza jurídica permitirá dar respuestas a cuestiones procesales de gran importancia;

¿deben formar parte de la acusación?; ¿son objeto de prueba?; ¿deben plantearse y debatirse en el juicio oral?

Las respuestas a estas preguntas generan temor o suma preocupación, como hemos podido apreciar al ver la reacción a la sentencia de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema en el “Caso del Grupo Colina”, frente al razonamiento que la pretensión que los hechos sean calificados como delito de lesa humanidad tiene que formar parte de la acusación.



Hemos visto que el Poder Judicial viene tratando a los delitos de lesa humanidad como circunstancia agravante de la pena del artículo 46, al no poder considerarlos tipos

penales, como expresamente se ha reconocido, por respeto al principio de legalidad.

Se puede afirmar que implícitamente el Poder Judicial, acierta, que son tipos penales, como ya hemos establecido.³¹

Tanto en la parte general y en la parte especial del derecho penal internacional se desarrollan los delitos o crímenes de derecho internacional, para ser más preciso, el punto de partida es el delito de genocidio, el delito internacional por excelencia. Se puede afirmar que lo que es el homicidio para el derecho penal, sobre todo la parte general, cuya mayoría de instituciones se crearon pensando en este tipo de delito; igualmente lo es el genocidio para el derecho penal internacional:^{32 33 34}

31 CÉSAR AUGUSTO NAKAZAKI SERVICIÓN, Obra citada, Página 25 y siguientes.

32 Idem.

33 Gerhard WERLE, Tratado de Derecho Penal Internacional, 2º edición, Página 452, Tirant lo Blanch, Valencia, España, 2011.

34 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.



Los delitos internacionales, por ende, los delitos de lesa humanidad son tipos penales, se rigen por el principio de legalidad.

La Ley N° 26926 del 21 de febrero de 1998, incorporó a través del Título XIV-A al Código Penal de 1991, los delitos contra la humanidad (o lesa humanidad), sin embargo, por defecto de técnica legislativa no definió adecuadamente al elemento típico fundamental de los delitos de derecho internacional; “el contexto de la violencia organizada”.

El elemento contextual al no estar expresamente descrito, por ejemplo, en los tipos penales de genocidio (artículo 319), desaparición forzada de personas (artículo

320) o de tortura (artículo 321), ha llevado a sostener erradamente que no se trata de los delitos de lesa humanidad, o a diferenciar, en el caso de la tortura, un delito común y un delito contra la humanidad.

Es necesario realizar un examen dogmático jurídico de los tipos penales de lesa humanidad o contra la humanidad, para fijar al elemento contextual; al ataque generalizado o sistemático contra la población civil (hecho global), como un elemento típico, que como tal, debe ser objeto de acusación y prueba para que pueda producirse una sentencia condenatoria.³⁵

IV.- La urgente necesidad de diferenciar los delitos de lesa humanidad y los delitos de guerra.

El defecto de técnica legislativa al tipificar los delitos de lesa humanidad, y hasta ahora no hacerlo con los delitos de

³⁵ Ibídem, Página 25.

guerra, ha llevado a un error jurídico sistemático de los operadores del derecho.

No se distingue a los delitos de lesa humanidad de los delitos de guerra, en los cuales el elemento contextual es el conflicto armado.

En prácticamente todas las acusaciones y sentencias de procesos por hechos producidos en la lucha del Estado Peruano contra las organizaciones terroristas SL y el MRTA, se utilizan términos como; conflicto armado, guerra no convencional, guerra sucia, guerra de baja intensidad, insurgencia, ejército de ocupación, etc.; es decir, se hace referencia al elemento típico contextual de los delitos de guerra, pero en la fundamentación jurídica se aplica a los delitos de lesa humanidad; la Fiscalía para acusar y los Jueces para agravar las penas.

A partir del derecho penal internacional ya hemos establecido y diferenciado las estructuras típicas de los delitos de lesa humanidad y los delitos de guerra.³⁶

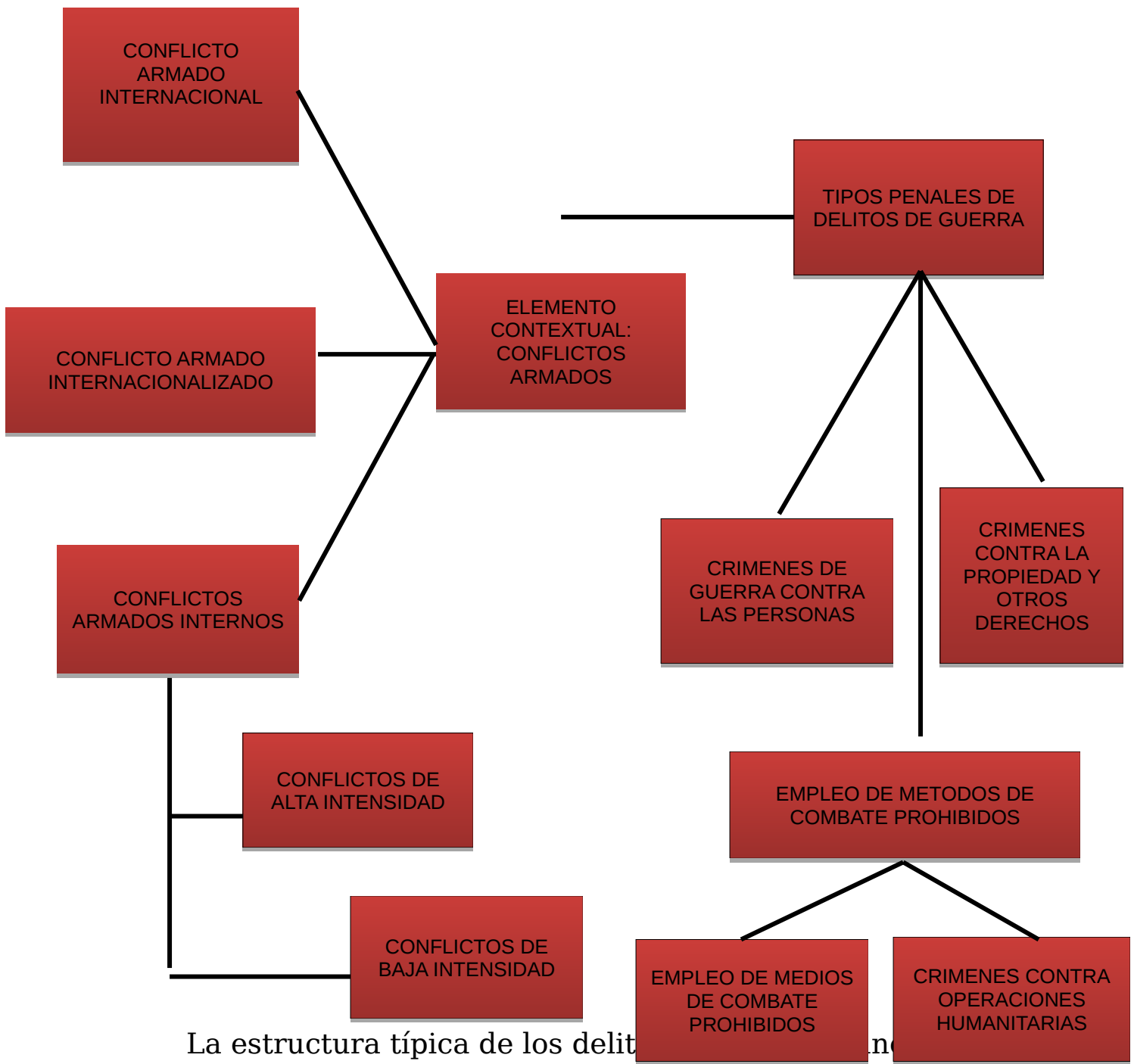
36 CÉSAR AUGUSTO NAKAZAKI SERVIGÓN, Obra citada, Página 27. Ver: Gerhard WERLE, Tratado de Derecho Penal Internacional, Página 462, Tirant lo Blanch, Valencia, España, 2005; Kai **AMBOS**, Los Crímenes del Nuevo Derecho Penal Internacional, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez, Bogotá, Colombia, 2004; Knut **DÖRMANN**, 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. Jean PIERRE MATUS, La Transformación de la Teoría del Delito en el Derecho Penal Internacional, Ediciones Jurídicas de Santiago, Barcelona, España, 2008; Héctor **OLÁSULO ALONSO**, Ataques contra Personas o Bienes Civiles y Ataques Desproporcionados, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, España, 2007; Milena COSTAS TRASCASAS, Violencia Interna y Protección de la Persona – Una laguna jurídica del Derecho Internacional, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, España, 2008; María Torres Pérez, La Responsabilidad Internacional del Individuo por la Comisión de Crímenes de Lesa Humanidad, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, España, 2008; Ana Cristina ANDRÉS DOMÍNGUEZ, Derecho Penal Internacional, Tirant lo Blanch, Valencia, España, 2006; 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; Alicia **GIL GIL**, 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; José Luis RODRIGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, Coordinador, Derecho Internacional Humanitario, 2º edición, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, España, 2007.



La estructura típica de los delitos contra la humanidad no corresponde a conflictos armados de cualquier tipo; guerra no convencional, guerra sucia, etc.

ESTRUCTURA TIPICA DE LOS DELITOS DE GUERRA

DOLO: CONFLICTO ARMADO Y ELEMENTOS DE LA PARTE OBJETIVA



La estructura típica de los delitos de guerra en el Perú

tratada en acusación o sentencia en el Perú; menos en la incipiente doctrina nacional; evidencia el craso error de calificar conflictos armados como delitos de lesa humanidad.

Si el Ministerio Público y el Poder Judicial consideran que el Estado Peruano enfrentó a las organizaciones terroristas SL y MRTA en un contexto de guerra no convencional, o de guerra sucia, o conflicto de baja intensidad, debió y debe trabajar con los tipos penales de delitos de guerra, reconociendo diversas consecuencias penales, procesales, etc.

A modo de ejemplo, algunas consecuencias:

- A. Los delitos de guerra no han sido incorporados a la legislación nacional.
- B. La competencia de los jueces comunes para conocer procesos penales por delitos de guerra.
- C. Conforme al derecho internacional humanitario, o mejor, el derecho en los conflictos armados, los miembros de las fuerzas armadas tienen el derecho a

realizar actos de violencia contra aquellas personas pertenecientes a la parte adversaria; combatientes y no combatientes que participan directamente en las hostilidades; porque son “objetivos militares”; se les puede disparar primero, las 24 horas del día, sin importar si están armados.³⁷

D. A diferencia de los policías frente a un disturbio o tensión social, en un conflicto armado, los actos de combate permiten a los militares disparar primero y continuar disparando hasta que el enemigo se rinda o sea neutralizado.³⁸

E. Los delitos de guerras son las infracciones más graves a las normas de protección de víctimas de los conflictos armados y a las normas sobre el uso de los métodos y medios de combate.³⁹

37 Héctor **OLÁSOLO ALONSO**, Ataques contra Personas o Bienes Civiles y Ataques Desproporcionados, Obra citada, Página 34.

38 Ibidem, Página 36.

39 Idem.

F. El elemento fundamental para establecer la licitud del ataque de las fuerzas armadas contra personas, es el aplicar la normatividad del “derecho de la guerra”, para determinar si constituyeron un objetivo militar, esto es la observancia del principio de distinción; objetivos militares y objetivos civiles o no militares.

G. Las infracciones más graves del principio de distinción durante el desarrollo de las operaciones militares constituyen los tres tipos penales básicos de delitos de guerra: los ataques dirigidos contra población o personas civiles; los ataques indiscriminados que no distinguen objetivos militares y civiles; y los ataques contra objetivos militares que causan un daño colateral desproporcionado.

H. Los integrantes de la fuerza adversaria, los enemigos, armados o no armados, que no se hayan rendido o no estén neutralizados, son objetivo militar, incluyendo a los civiles que participan directamente en las

hostilidades, los llamados civiles hostiles (un pueblo que apoya al enemigo).

- I. Producir la muerte de personas que son un objetivo militar, como regla, no es delito de guerra.

- J. El juzgamiento de delitos de guerra exige el considerar las circunstancias especiales en que se desarrolla un combate, a fin de no establecer exigencias que no puedan cumplirse durante las operaciones militares, convirtiendo a las normas de tratamiento a prisioneros, población civil, uso de métodos de combate, etc. en “letra muerta” porque en la realidad de la guerra no es posible cumplirlas.⁴⁰

- K. La aplicación del error de tipo, el error de prohibición, la no exigibilidad de otra conducta, etc. en supuestos muy frecuentes, un ataque contra personas que erradamente se consideran enemigos o civiles hostiles; o no siendo exigible por las

⁴⁰ Por ejemplo en el caso la organización terrorista Sendero Luminoso; un enemigo invisible, que ataca solamente en esboscada, usando civiles como escudo y que no toma prisioneros, su método es asesinar causando terror.

circunstancias del combate distinguir si son objetivos militares o civiles.

Como ya se advirtió anteriormente⁴¹; el empleo de la tipificación de los delitos de guerra en el caso de los conflictos armados internos, sobre todo, de baja intensidad, exige hacer todavía otras diferenciaciones a fin de determinar el régimen jurídico aplicable; lo que omisión sistemática del Ministerio Público, Poder Judicial, Tribunal Constitucional, Comisión Interamericana de Derechos Humanos y Corte Interamericana de Derechos Humanos, en todos los casos en los que se ha establecido responsabilidad internacional por violación del Pacto de San José al Estado Peruano.

41 CÉSAR AUGUSTO NAKAZAKI SERVICIÓN, Obra citada, Página 26.

CONFLICTO ARMADO
INTERNO DE BAJA
INTENSIDAD

CONFLICTO
DESESTRUCTURADO

PROCESOS DE
VIOLENCIA INTERNA

Una seria consecuencia de no tipificar jurídicamente el elemento contextual que constituyó el enfrentamiento de las fuerzas del orden contra las organizaciones terroristas SL y MRTA; conflicto armado de baja intensidad, conflicto desestructurado, o proceso de violencia interna; es el no poder considerar una cuestión fundamental: el derecho internacional humanitario no se aplica en los conflictos desestructurados y en los procesos de violencia interna, sino el derecho nacional complementado con el derecho de los derechos humanos.^{42 43}

42 *Ibíd*em, Páginas 27 y 28.

43 Milena COSTAS TRASCASAS, *Obra citada*, Páginas 199 y siguientes.

CONFLICTO ARMADO
INTERNO DE BAJA
INTENSIDAD

HUMANITARIO

CONFLICTO
DESESTRUCTURADO

DERECHO INTERNO
CONITADO CON
EL
DERECHO DE LOS
DERECHOS HUMANOS

PROCESOS DE
VIOLENCIA INTERNA

Dos problemas a resolver en este esfuerzo:

¿Sendero Luminoso calificó como fuerza combatiente conforme al Derecho Humanitario?

Para quienes afirmar que en el Perú se vivió un conflicto armado interno de baja intensidad, el problema está en verificar en Sendero Luminoso si tenía una organización que permitía exigirle el cumplimiento del derecho humanitario,

en concretos de los Convenios de Ginebra, es decir, el tratamiento de los prisioneros.

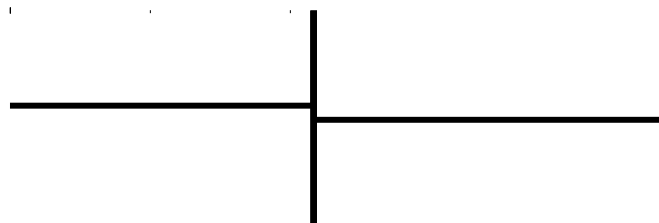
La imposibilidad de exigir respeto por los prisioneros a una organización criminal que tuvo como método, precisamente, no tener prisioneros porque había que asesinar a todos los miembros de las fuerzas del orden, complica la tipificación de conflicto armado interno.

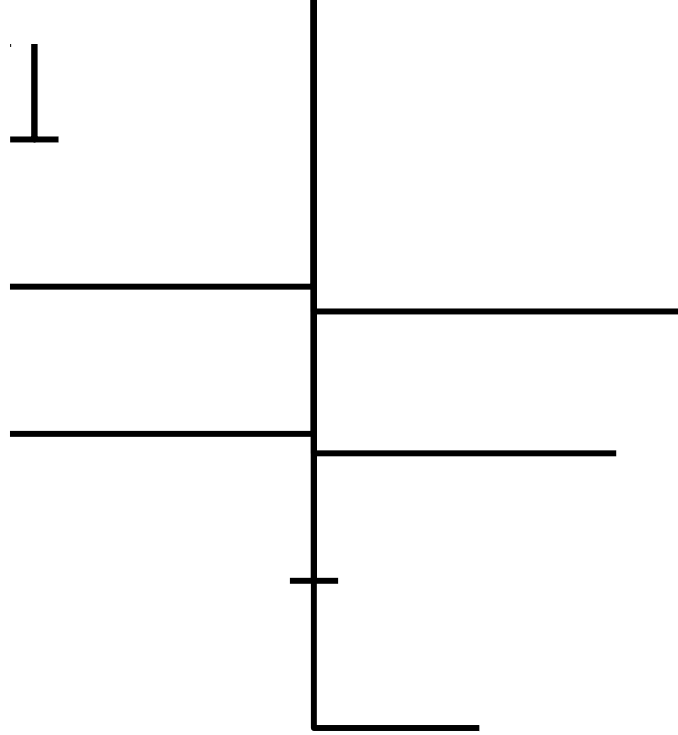
¿Una organización terrorista puede ser parte de un conflicto armado interno?

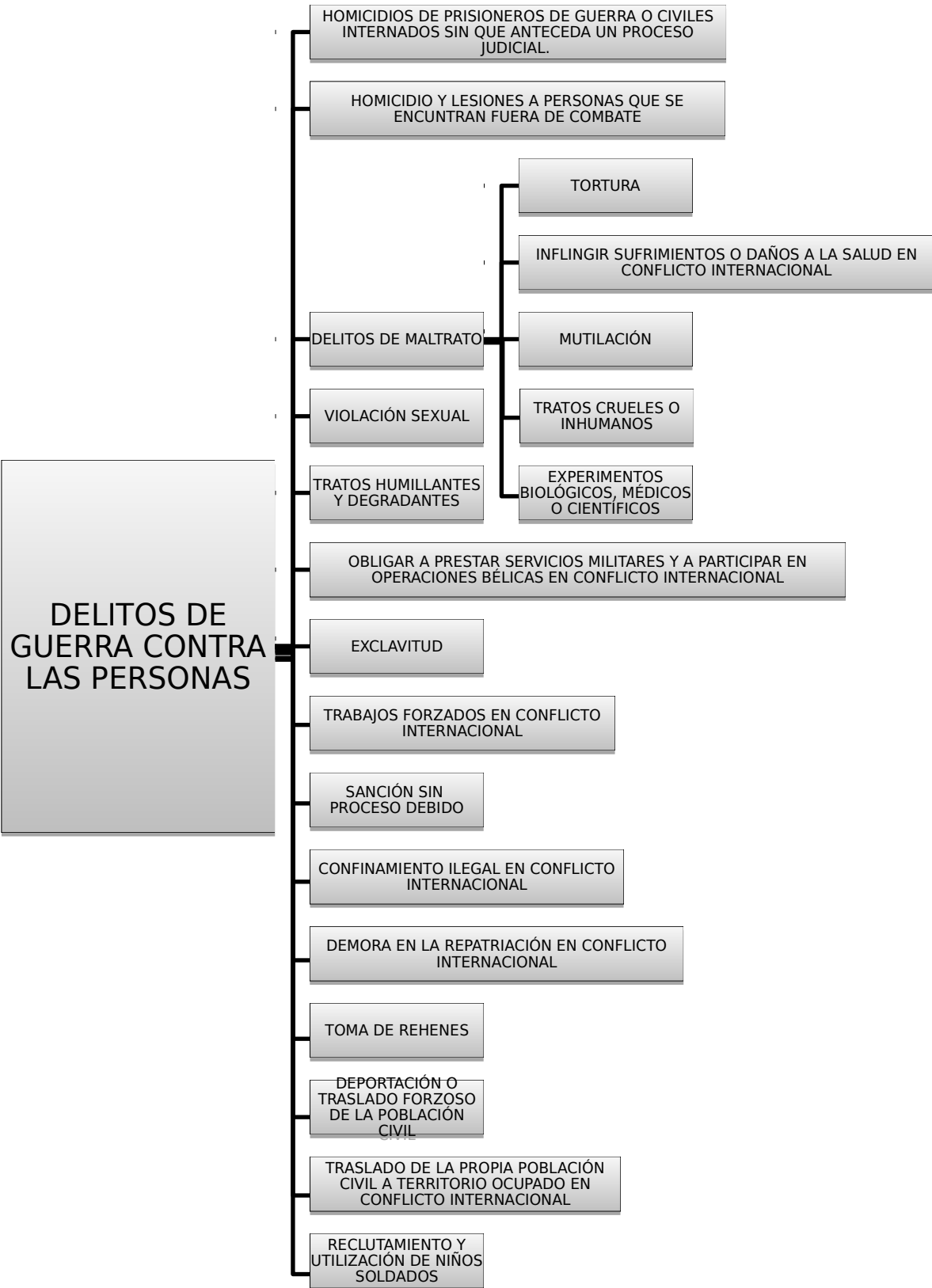
Una organización terrorista es una organización criminal, su objeto, es cometer el delito de terrorismo. Cuando una organización delictiva no puede ser controlada por el Estado, logrando los delincuentes, por ejemplo los narcotraficantes en México, dominar espacios del territorio, se configura un conflicto desestructurado, pues éste expresa que los delincuentes se enfrenten de “poder a poder” con el Estado.

Finalmente la diferenciación de los delitos de lesa humanidad y los delitos de guerra, exigen tener claridad sobre las figuras delictivas que corresponden a estos dos grandes tipos de delito internacional⁴⁴:

44 Gerhard WERLE, Obra citada, Página 546 y siguientes.

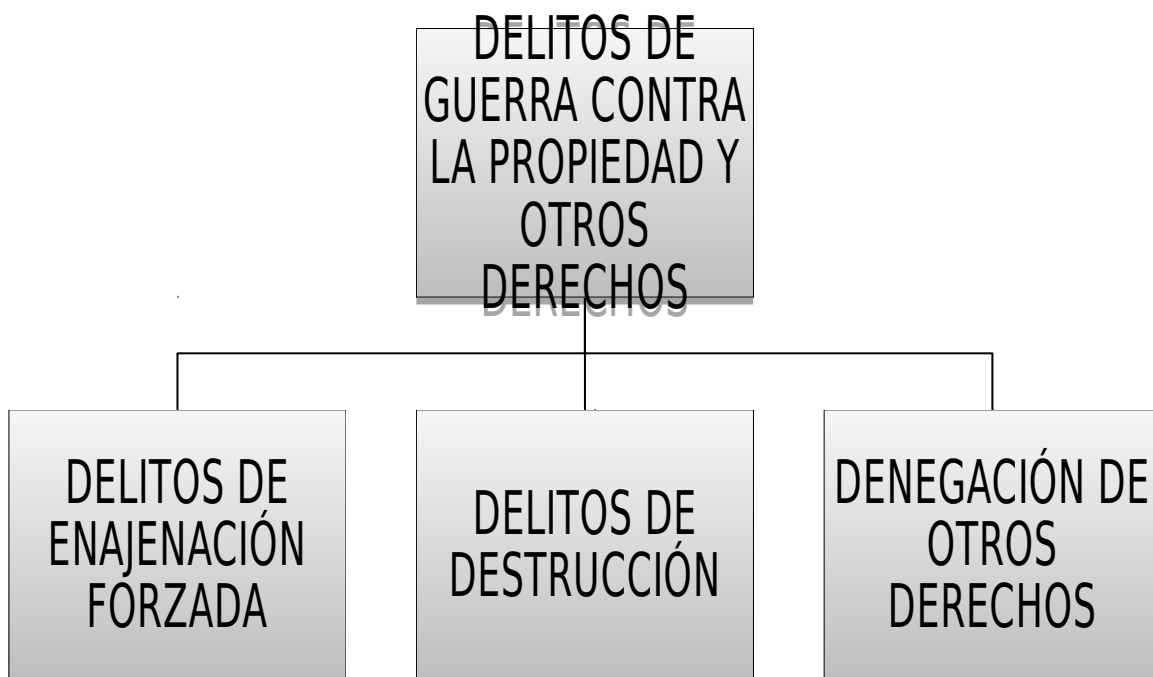


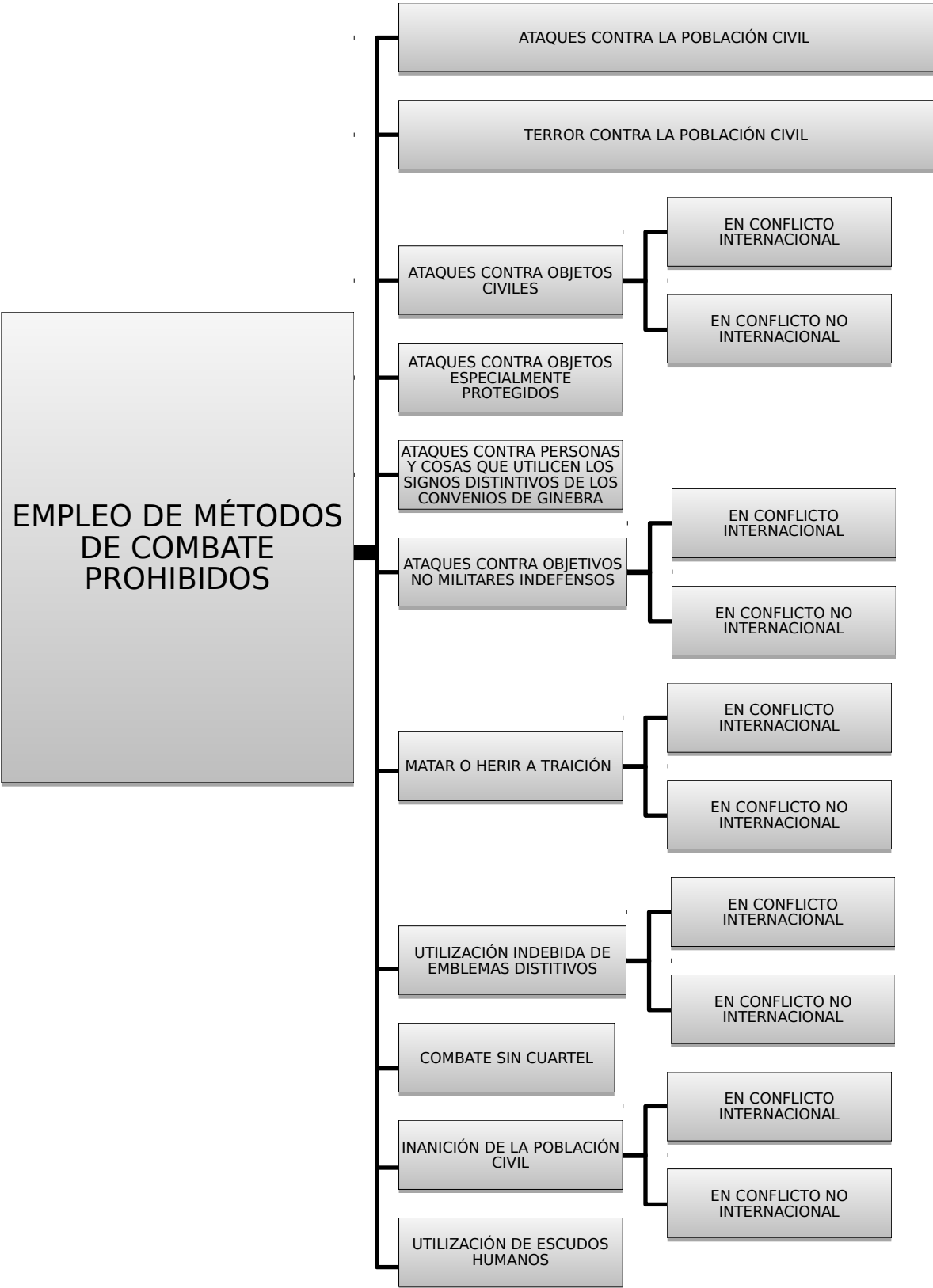


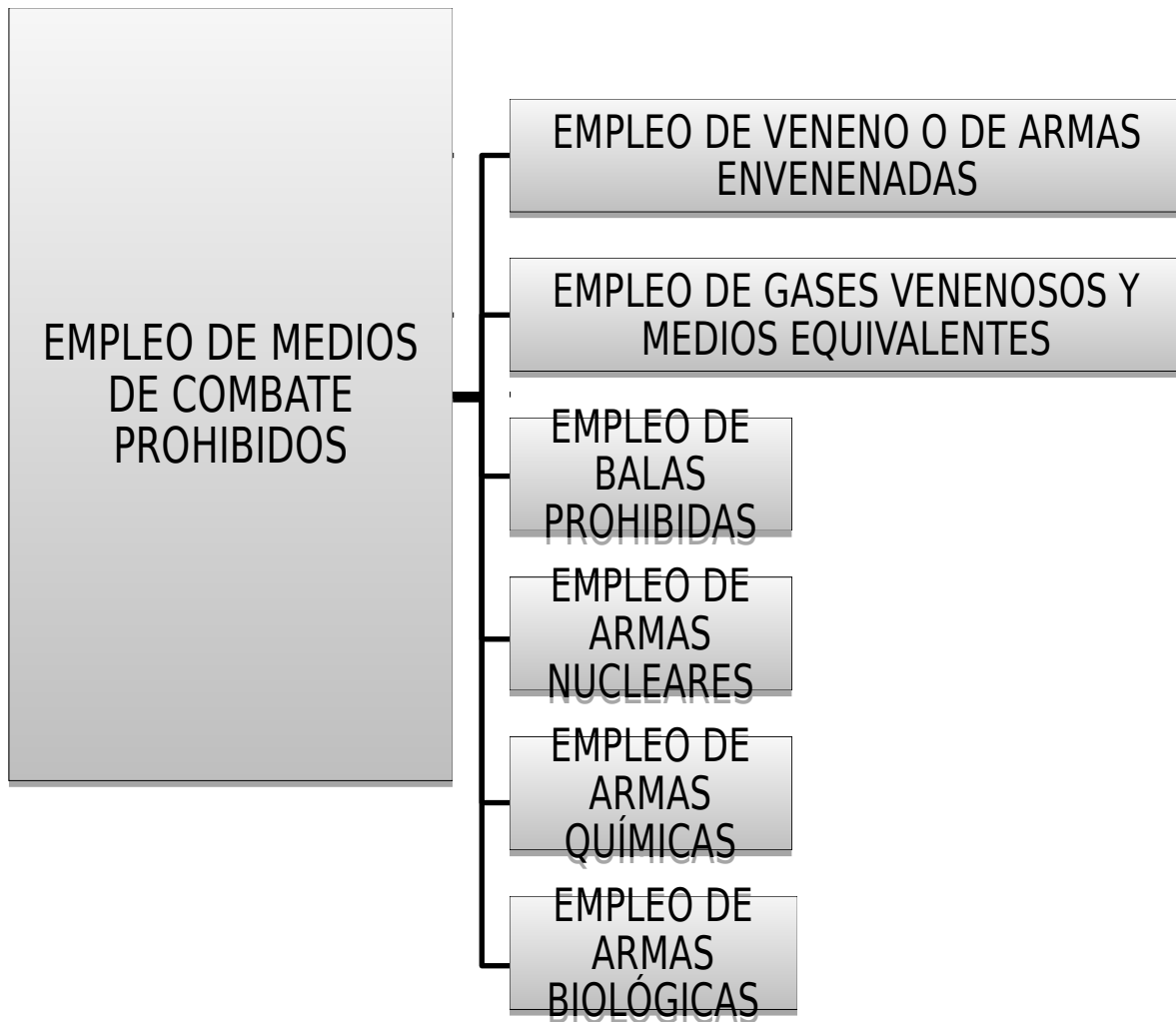


El homicidio es delito de lesa humanidad y delito de guerra contra las personas, incluso, en el caso de estos últimos también lo vamos a ubicar más adelante en los delitos de guerra de empleo de método y medios prohibidos.

De allí que en todos los procesos penales por muertes producidas en el conflicto en el que se enfrentaron las fuerzas del orden contra las organizaciones terroristas, es fundamental, la reclamada distinción de delito de lesa humanidad y delito de guerra.







DELITOS DE GUERRA CONTRA OPERACIONES HUMANITARIAS

V.- La Sala Nacional acepta implícitamente el sistema de implementación modificatoria para incorporar al Derecho Internacional Penal en el Derecho Penal Peruano.

Habiendo establecido que en el Perú corresponde, conforme al principio constitucional de legalidad, que el Derecho Penal Internacional se incorpore al derecho interno por el sistema de implementación modificatoria; podemos afirmar que tácitamente así lo viene haciendo el sub sistema de justicia de la Sala Nacional.⁴⁵

En el Perú se tipifican como delitos de lesa humanidad los hechos cometidos a partir de la vigencia de la Ley N^o 26926 del 21 de febrero de 1998 que, como ya se ha señalado, modificó el Código Penal para incorporar a la legislación peruana los delitos contra la humanidad.

45 CÉSAR AUGUSTO NAKAZAKI SERVICIÓN, Obra citada, Páginas 30 a 36.

Ningún hecho anterior a la vigencia de la modificación del Código Penal se ha tipificado como delito contra la humanidad, menos cuando regía el Código de 1924.

El caso de la desaparición forzada de personas es la única excepción, se aprovechó la condición de delito permanente del secuestro, por cierto, de forma indiscriminada hasta que se dictó el Acuerdo Plenario N° 9-2009/CJ-116 del 13 de noviembre del 2009, motivado por el “Caso Barrantes”, y que permitió dar razonabilidad y proporcionalidad a la tipificación de este tipo de delito contra la humanidad.⁴⁶

La Sala Nacional sigue la línea de no tipificación de los hechos como delitos de lesa humanidad cuando hayan sido cometidos antes de 1998 por respeto al principio de legalidad y con ello reconociendo tácitamente el sistema de implementación por modificación, conforme se aprecia

46 César Augusto NAKAZAKI SERVIGÓN, Justificación del remedio judicial a la indebida aplicación del tipo penal del delito de desaparición forzada de personas: restricción del autor como mecanismo de atenuación al derecho penal internacional del enemigo, Página 121 y siguientes, en Gaceta Penal & Procesal Penal, Tomo 27 Septiembre del 2011, Lima.

claramente en las diversas sentencias en juicios orales por acusación de tortura, forma como también comenzó este caso:

NÚMERO DE EXPEDIENTE	COLEGIADO	AÑO DEL HECHO IMPUTADO	TIPIFICACIÓN
04-2005	Juez Superior Sánchez Espinoza (P). Juez Superior Bendezú Gómez (DD). Juez Superior Cano López.	2000	Delito de tortura. Art. 321 Código Penal.
15-2005	Juez Superior Loli Bonilla (P) Juez Superior Sánchez Espinoza (DD) Juez Superior Cayo Rivera Schreiber	2001	Delito de tortura. Art. 321 Código Penal.
37-2005	Juez Superior Talavera Helguera (P y DD) Juez Superior Loli Bonilla Juez Superior Sánchez Espinoza	2003	Delito de tortura. Art. 321 Código Penal.

33-2005	<p>Juez Superior Bendezú Gómez (P)</p> <p>Juez Superior Amaya Saldarriaga.</p> <p>Juez Superior Vidal La Rosa Sánchez (DD)</p>	2001	Delito de tortura. Art. 321 Código Penal.
62-2005	<p>Juez Superior Loli Bonilla (P y DD)</p> <p>Juez Superior Sánchez Espinoza</p> <p>Juez Superior Cayo Rivera Schreiber</p>	2004	Delito de tortura. Art. 321 Código Penal.
39-2005	<p>Juez Superior Loli Bonilla (P y DD)</p> <p>Juez Superior Sánchez Espinoza</p> <p>Juez Superior Cayo Rivera Schreiber</p>	2002	Delito de tortura. Art. 321 Código Penal.
51-2005	<p>Juez Superior Benavides Vargas (P y DD)</p> <p>Juez Superior Rivera Vásquez</p> <p>Juez Superior Mendoza Ayma</p>	2001	Delito de tortura. Art. 321 Código Penal.
	Juez Superior Loli Bonilla (P)		

26-2005	Juez Superior Sánchez Espinoza Juez Superior Cayo Rivera Schreiber (DD)	1998	Delito de tortura. Art. 321 Código Penal.
040-2010	Juez Superior Bendezú Gómez (P) Juez Superior Benavides Vargas Juez Superior Cano López (DD)	1987	Delito de lesiones graves. Artículo 121 del Código Penal
021-10	Juez Superior Sánchez Espinoza (P) Juez Superior Bendezú Gómez Juez Superior Cano López (DD)	1990	Delito de lesiones graves Artículo 121 del Código Penal

La Sala Nacional ha condenado por delito de tortura respetando el principio de legalidad, esto es a hechos que se den a partir de la vigencia de la ley, el artículo 321 del Código Penal.

En la sentencia del 13 de enero del 2012 el Colegiado integrado por los Jueces Superiores Sánchez Espinoza, Bendezú Gómez y Cano López (DD), dentro de la fundamentación jurídica analizan la aplicación del principio de legalidad, precisando que el delito de tortura se incorporó a la legislación nacional con la Ley N° 26926 del 21 de febrero de 1998 que modificó el artículo 321 del Código Penal (página 36).

El Tribunal en el “Caso Urbina Carrasco”, a pesar de considerar que los hechos constituyen tortura, afirma: “sin embargo el Colegiado tiene en cuenta que el Derecho Penal tiene como uno de sus principales pilares el Principio de Legalidad” (página 40); “el tribunal está sometido al principio de legalidad” (página 43), razón por la cual se desvincula, conforme con la opinión del Fiscal Superior, de la tipificación de tortura por la lesiones graves (páginas 43 y 44).

En la Sentencia del 23 de abril del 2012, “Caso Huancapi”, el Colegiado integrado por los Jueces Superiores

Bendezú Gómez, Benavides Vargas, Miluska Cano López (DD), en el Considerando Sexto: Fundamentación jurídica; afirma que “si bien los hechos incriminatorios por su configuración constituyen verdaderos actos de tortura, al no haber estado vigente la norma habilitante que tipifica dicha conducta, a la fecha de comisión de los hechos imputados...”; por respeto al principio de legalidad, lex previa o prohibición de aplicación retroactiva de la ley penal desfavorable, se tipifican como lesiones graves; incluso con la conformidad del Fiscal Superior Jesús Prado León, quien respecto a la tipicidad se limitó a precisar que entre tortura y abuso de autoridad existe un concurso aparente de leyes; su recurso de nulidad se limita a cuestionar la valoración de la prueba por el Tribunal.

Por la misma razón que condenó por tortura, la Sala Nacional no condena por tortura; el reconocimiento de la vigencia absoluta, no relativa, del principio de legalidad penal.

Es válido asumir que, implícitamente, la Sala Nacional acepta que el Derecho Internacional Penal se incorpora al Derecho Penal Peruano mediante el sistema de implementación por modificación, del que el delito de tortura es un ejemplo perfecto, pues los Colegiados, para absolver o condenar, han partido de la *lex previa*; los hechos se tipifican como tortura a partir que el artículo 321 del Código Penal entró en vigencia el año 1998, esto es, cuando el delito internacional se incorporó en la legislación nacional.

Para completar el examen de la jurisprudencia de la Sala Nacional es necesario comentar la sentencia del 9 de Febrero del 2012 dictada por el Colegiado B en el “Caso de la Mina Misteriosa”.⁴⁷

El Tribunal, correctamente, por respeto al principio de legalidad tipificó como asesinatos lo que consideró ejecuciones extrajudiciales, por no estar previsto en la ley nacional este delito de lesa humanidad; con lo que se puede

47 Proceso Penal N° 42-06.

sostener en este extremo que sigue la línea del reconocimiento implícito al sistema de implementación por modificación de la legislación interna.⁴⁸

Sin embargo en el considerando décimo segundo para fundamentar la imprescriptibilidad de la acción penal, en vez de limitarse a invocar la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad, incurre en gruesos errores por mala aplicación del derecho internacional de los derechos humanos:

Interpreta de forma desafortunada y sin fundamentación el artículo 9 del Pacto de San José de Costa Rica, a fin de sostener que derecho aplicable no equivale sola a ley, sino que admitiría las fuentes del derecho internacional, como la costumbre o el *ius cogens*.⁴⁹ Un estudio de la norma hubiese permitido entender que: **a)** el artículo 9 del PSCR se refiere al derecho interno de cada Estado y que consagra el principio

48 *Ibíd*em, Sentencia del Colegiado B, Página 162.

49 *Ibíd*em, Página 175.

de legalidad absoluto, no relativo, de allí que en la misma norma haga mención a la “ley”; y **b)** en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos hay que diferenciar el plano internacional que se rige por los principios fundamentales del derecho internacional; y plano nacional que exige una retroalimentación con el derecho constitucional.⁵⁰

El Tribunal hace primar el artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos sobre el artículo 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Tal aplicación es equivocada; el Pacto no prima sobre la Convención porque ésta es el desarrollo más específico de aquél.⁵¹ La norma internacional regional prima sobre la global por contener una protección del derecho humano más específica.

50 Martín ABREGÚ, La Aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos por los tribunales locales: una introducción, Página 4, en La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales, Obra colectiva, Centro de Estudios Legales y Sociales, Editores del Puerto, Buenos Aires, Argentina, 1997.

51 Fabián NOVAK y Elizabeth SALMÓN, Obra citada, Página 59.

El Tribunal prefiere una protección flexible, a una rígida, del derecho a la legalidad penal. No es admisible en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que se opte por mecanismo de protección relativo de un derecho humano a uno absoluto; recuérdese que el principio pro homine siempre optará por la mayor protección, no la menor, al derecho a legalidad penal.

En próximas oportunidades ofrezco compartir la profundización y solución de los problemas que presento como reflexiones, y advertencia, que, vuelvo, a reiterar espero que sean tratadas y quizá alguna resuelta, en el Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales de la Corte Suprema.