

# SOBRE LA PERSECUCIÓN DE CRÍMENES INTERNACIONALES EN LA JURISPRUDENCIA PENAL PERUANA

**Dr. Dino Carlos Caro Coria**

Doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca (España).  
Profesor y Coordinador de la Maestría en Derecho Penal de la  
Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor de la Academia  
de la Magistratura.

## **Abstract**

*El conflicto interno que vivió el Perú entre la década de los ochenta y la mitad de los años noventa, trajo consigo la comisión de graves delitos por parte de los grupos alzados en armas, en especial Sendero Luminoso, y por las propias fuerzas de seguridad del Estado, en particular los militares y grupos paramilitares como el llamado Grupo Colina, delitos que van desde atentados contra la población civil contrarios al Derecho Internacional Humanitario, pasando por actos de desaparición forzada, torturas y ejecuciones extrajudiciales que en algunos casos han sido calificadas, inclusive, como genocidas. El juzgamiento de estos hechos no ha sido inmediato. “La superación del pasado” se ha enfrentado a soluciones de impunidad como las leyes de amnistía de militares de 1995, los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos expedidos a partir de 2001 que las declararon contrarias al sistema de protección y por lo tanto carentes de efectos jurídicos, la formación de una Comisión de la Verdad y Reconciliación (2001–2003) y, solo recientemente, el juzgamiento de estos hechos por los Tribunales nacionales, línea que ha sido ratificada por el reciente fallo del 21 de septiembre del 2007 de la Corte Suprema de Chile, que concede la extradición del ex Presidente peruano Alberto Fujimori Fujimori a fin de que se le juzgue por los casos de La Cantuta y Barrios Altos. Como podrá evidenciarse en esta contribución, la jurisprudencia penal peruana en materia de delitos internacionales se enfrenta y aporta soluciones a los comunes problemas dogmáticos y procesales propios de la persecución de estos graves delitos.*

Sumario:

I. Introducción. II. Crímenes Internacionales. II.1 Genocidio. II.2. Crímenes de Lesa Humanidad. II.2.1 Desaparición Forzada. II.2.2 Tortura. II.2.3 Asesinato. III. Relación entre Crímenes Internacionales y Terrorismo. IV. Otras problemáticas clásicas del Derecho Penal Internacional. IV.1. Retroactividad de la Ley Penal y alcance del Principio en el Derecho Penal Internacional. IV.2. Prescripción e Imprescriptibilidad. IV.3. Derecho a la Verdad. IV.4. Responsabilidad del Superior y Autoría mediata. IV.5 Amnistías e Indultos.

## **I. INTRODUCCIÓN**

Durante los últimos años las decisiones de los tribunales peruanos se han caracterizado por aplicar de manera recurrente la categoría de los delitos del Derecho Penal Internacional, delitos que en su mayoría se cometieron dentro del contexto del conflicto interno que sufrió el país desde 1980 hasta la primera mitad de los años noventa.

NOTA DEL EDITOR: Se considera el ABSTRACT por su importancia para el artículo.

Estas decisiones jurisprudenciales se vieron respaldadas mediante el reconocimiento de un núcleo inderogable de derechos que han sido materializados a través de los distintos tratados internacionales de los que el Perú forma parte.

Constitucionalmente esta obligación jurídica internacional se ha visto asegurada a través de la Cuarta Disposición Final de la Constitución, la que dispone que las normas relativas a los derechos y libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú.

Sin embargo, este reconocimiento constitucional no asegura el respeto, en *strictu sensu*, del principio de legalidad, ya que para ello es necesario un cuerpo determinado de normas que describa taxativamente los tipos penales internacionales, tal como lo hizo nuestro país al incorporar en el Código Penal el título XIV-A referido a los Delitos de Lesa Humanidad.

En el plano estrictamente jurisprudencial, como mostraremos más adelante, nuestros tribunales se han visto decisivamente influenciados por las decisiones vinculantes de los tribunales internacionales, especialmente por los fallos emitidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH).

Esta contribución tiene como objetivo principal reflejar en qué medida el Derecho Internacional es vinculante para el Perú y de qué forma se está materializando en las decisiones de nuestros tribunales.

## II. CRÍMENES INTERNACIONALES

### II.1 Genocidio

El Tercer Juzgado Penal Supraprovincial emitió auto de apertura de instrucción el 31 de mayo del 2005, Expediente N° 2005-0039, mediante el cual abrió proceso de investigación a un grupo de militares por el delito de genocidio<sup>48</sup> a raíz del asesinato de pobladores de la provincia de Accomarca. La matanza de Accomarca se llevó a cabo el 14 de agosto de 1985 como parte del “Plan Operativo Huancayoc”, una acción antisubversiva planificada por los militares para eliminar supuestos terroristas. Esta incursión militar fue realizada por patrullas del Ejército Peruano a cargo del Sub Tnte. EP Telmo Hurtado y del Tnte. EP Juan Rivera Rondón quienes ingresaron a la comunidad de Lloclapampa, a tres kilómetros de Accomarca, reuniendo a un total de 69 comuneros, entre niños, mujeres, varones y ancianos a quienes acribillaron, quemaron y posteriormente lanzaron granadas. El saldo total de víctimas mortales ascendió a 65 personas. La orden fue emitida por el jefe político militar de Ayacucho, Wilfredo Mori Orzo, bajo el argumento que la población apoyaba y formaba parte del grupo terrorista Sendero Luminoso.

En el presente auto el Juzgado remite la importancia de la punición del delito de genocidio a la valoración global e internacional que adquiere el ser humano, ello en cuanto se

<sup>48</sup> El delito de genocidio fue incorporado por primera vez en el artículo 129 del Código Penal de 1991 como parte de los “Delitos contra la vida, el cuerpo y la salud”; luego mediante la Ley N° 26926 de 21 de febrero de 1998 fue incorporado dentro del conjunto de “Delitos contra la humanidad”.

ataca al sujeto como persona y se le trata de destruir en todas sus dimensiones; es decir, cuando todos sus bienes personalísimos son afectados. Pese a ello, el Juzgado no conceptualiza, *in strictu*, el delito de genocidio<sup>49</sup>, así como tampoco delimita con precisión los alcances interpretativos de los supuestos de hecho del tipo, tarea sin la cual no se puede obtener una adecuada y precisa subsunción.

Una clara muestra de ello es, por ejemplo, la omisión en que el Juzgado incurre al no delimitar los conceptos de *grupo nacional, étnico, social o religioso* que constituyen el objeto del genocidio<sup>50</sup>; tarea que permitiría saber exactamente ante que supuesto de hecho nos encontramos y por consiguiente poder diferenciarla de otros tipos penales ya tipificados como el asesinato o el de lesa humanidad. Esta necesidad de delimitación conceptual viene coadyuvada por la propia naturaleza de los delitos internacionales ya que normalmente suelen ser tipos penales muy abiertos.

Por otro lado, el Juzgado tampoco ha reparado en realizar un análisis pormenorizado del aspecto subjetivo que requiere el genocidio para que los hechos resulten típicos. Así, sólo se limita a mencionar el requerimiento subjetivo que es distinto al dolo<sup>51</sup>, esto es, la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, social o religioso sin para ello imputar la concurrencia del mismo, sino limitándose solamente a narrar los hechos sucedidos.

## II.2 Crímenes de Lesa Humanidad

Los crímenes de lesa humanidad se encuentran establecidos en el artículo 7 del Estatuto de Roma, considerando como tales cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque, siendo los mismos: a) el asesinato; b) el exterminio; c) la esclavitud; d) la deportación o traslado forzoso de población; e) la encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional; f) tortura; g) la violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada u otros abusos sexuales de gravedad comparable; h) la persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al Derecho Internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte; i) la desaparición forzada de personas; j) el crimen de apartheid; y k) otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física.

A pesar de la amplia descripción prevista en el Estatuto para caracterizar los delitos de lesa humanidad, aún no se han delimitado con total precisión las diferencias que existen

<sup>49</sup> Esta necesidad surge de lo impreciso del término “genocidio” (*Völkermord*) ya que el tipo penal no exige la matanza de un pueblo (*Volk*) en sentido amplio para su configuración. Ver AMBOS (2005) pp. 117–118, AMBOS (2006a) pp. 186 y ss. donde afirma que incluso el término “genocidio” (*Genozid*) posee varios significados interdisciplinarios, por lo que es necesario delimitar su concepto jurídico basado en la “Convención contra el Genocidio”, los estatutos de los Tribunales Internacionales y la Jurisprudencia sobre Derecho Penal Internacional.

<sup>50</sup> AMBOS (2006b) pp. 276.

<sup>51</sup> Sobre el aspecto subjetivo en el delito de genocidio, *vid.* AMBOS (2006b) pp. 286 y ss.

con el delito de genocidio, por lo cual nuestra jurisprudencia se ha referido en muchas oportunidades a ambos términos como sinónimos. Sin embargo, es de resaltar el desarrollo dogmático que nuestros tribunales han realizado a propósito de los delitos de desaparición forzada, tortura y asesinato, como se detalla seguidamente.

## II.2.1 DESAPARICIÓN FORZADA

El caso Castillo Páez fue uno de los primeros que motivó a un pronunciamiento, tanto por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como por nuestros tribunales nacionales, sobre el delito de desaparición forzada. Castillo Páez fue un estudiante universitario que salió de su casa el 21 de octubre de 1990, el mismo día en que el grupo subversivo Sendero Luminoso produjo explosiones en la zona del Monumento a la Mujer del distrito de Villa El Salvador en Lima. Poco después de las explosiones, las fuerzas de seguridad organizaron una operación para detener a los responsables de las mismas. Durante dicha operación un grupo de policías, que estuvo conformado por los suboficiales Carlos de Paz Briones, Manuel Santiago Arotuma Valdivia y Juan Fernando Aragón Guibovich, detuvieron a Ernesto Castillo Páez, lo introdujeron en la maletera de un vehículo patrullero y partieron con rumbo desconocido.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos emitió sentencia sobre el presente caso el 03 de noviembre de 1997. En ella, la CIDH rechaza con total claridad y coherencia el argumento de la defensa del Estado peruano afirmando que el hecho de no hallarse el cuerpo del delito no implica que no se hubiese cometido el delito, ya que bastaría que los autores del delito de desaparición forzada ocultasen o destruyesen el cadáver de la víctima para que se produjera la impunidad absoluta de los infractores<sup>52</sup>. Asimismo, la CIDH manifestó en su sentencia la obligatoriedad por parte del Estado peruano de realizar las investigaciones para el total esclarecimiento de los hechos.

Como consecuencia de lo afirmado por la CIDH acerca de la obligatoriedad del Estado peruano para investigar debidamente los hechos, el 24 de setiembre de 2001 el Décimo Tercer Juzgado Penal de Lima dictó un auto de apertura de instrucción contra los acusados por el delito de secuestro y no por el de desaparición forzada; esto en base a que los hechos habían ocurrido el 21 de octubre de 1990, fecha en que se encontraba vigente el Código Penal de 1924 y en el cual no se tipificaba el delito de desaparición forzada. Sin embargo, al haber una nueva conformación de las salas que se encargarían de la investigación judicial y del juzgamiento de crímenes contra los derechos humanos, y de acuerdo al artículo 285-A<sup>53</sup> del Código de Procedimientos Penales, en el que se autoriza a la Sala Penal a desvincularse de la acusación presentada por el Fiscal Superior, se cambió la imputación de secuestro por el de desaparición forzada bajo los siguientes argumentos:

<sup>52</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia del 3 de noviembre de 1997. Caso Castillo Páez, párrafo 73. El íntegro del párrafo establece: “73. No puede admitirse el argumento del Estado en el sentido de que la situación misma de la indeterminación del paradero de una persona no implica que hubiese sido privada de su vida, ya que “faltaría... el cuerpo del delito”, como lo exige, según él, la doctrina penal contemporánea. Es inaceptable este razonamiento puesto que bastaría que los autores de una desaparición forzada ocultasen o destruyesen el cadáver de la víctima, lo que es frecuente en estos casos, para que se produjera la impunidad absoluta de los infractores, quienes en estas situaciones pretenden borrar toda huella de la desaparición.”

<sup>53</sup> El artículo 285-A del Código de Procedimientos Penales establece: “2. En la condena, no se podrá modificar la calificación jurídica del hecho objeto de la acusación, salvo que la Sala previamente haya indicado al acusado esta posibilidad y concedido la oportunidad para defenderse, y siempre que la nueva calificación no exceda su propia competencia (...)”

“(…) si bien los hechos denunciados ocurrieron el 21 de octubre de 1990 (fecha en la cual Ernesto Castillo Páez fue supuestamente detenido por integrantes de la Policía Nacional del Perú, a la altura del parque central del grupo 17, segundo sector del distrito de Villa El Salvador, y luego de golpearlo fue introducido en la maletera del vehículo, el mismo que partió con rumbo desconocido) razón por la cual la supuesta conducta realizada fue tipificada en el artículo 152 del Código Penal vigente, esto es, delito de secuestro; también lo es, que hasta la fecha no se ha pronunciado información respecto al destino o paradero del ciudadano Castillo Páez, manteniéndose la afectación del bien jurídico lesionado (artículo III de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas). Este hecho nos lleva a considerar que, estando vigente a partir del 2 de julio el delito de desaparición forzada previsto y sancionado por el artículo 320 del Código Penal vigente, se puede subsumir el hecho denunciado en la tipicidad de dicha norma (la desaparición forzada es un tipo de violación de derechos humanos que afecta la libertad física pero no se limita a ella, sino que es seguida o continuada por la negativa de los hechos o ausencia de información– Corte Interamericana de Derechos Humanos– dado el carácter permanente de la situación antijurídica descrita en el dictamen de acusación escrita (...). En este orden de ideas, el colegiado discrepa de la posición asumida por el señor representante del Ministerio Público en relación al pedido formulado por la parte civil (...)”<sup>54</sup>.

Finalmente, el 20 de marzo de 2006, Expediente N° 111–04, la Sala Penal Nacional presidida por el vocal Pablo Talavera, no obstante la inicial calificación por el delito de secuestro, emitió sentencia por el delito de desaparición forzada cometida en contra de Castillo Páez. La presente sentencia resulta particularmente relevante puesto que no sólo se limita a establecer los parámetros para analizar el delito de desaparición forzada sino que también delimita en detalle los alcances del tipo en cuestión.

La Sala Penal Nacional aprecia que el delito de desaparición forzada de personas, constituye una violación múltiple y continuada de numerosos derechos reconocidos en la Convención<sup>55</sup> y que los Estados partes están obligados a respetar y garantizar; lo cual significa que el Colegiado reconoce el compromiso internacional que el Perú ha asumido en cuanto al respeto y reconocimiento de ciertos derechos fundamentales y su respectiva protección penal. También agrega que el delito de desaparición forzada no sólo produce una privación arbitraria de la libertad sino que pone en peligro la integridad personal, la seguridad y la propia vida del detenido por lo que no sólo afecta a los valores más profundos de toda sociedad respetuosa de la primacía del Derecho, sino también de los derechos y libertades fundamentales.

<sup>54</sup> Resolución emitida por la Sala Penal Nacional el 14 de enero de 2005. Tomado de RIVERA PAZ (2006) pp. 33–34.

<sup>55</sup> En el contexto internacional el derecho a no ser desaparecido se encuentra regulado en el Estatuto de Roma; también se encuentra reconocido en la Declaración de las Naciones Unidas sobre la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas del 18 de diciembre de 1992, así como en la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas del 9 de Junio de 1994.

Por otro lado, se debe resaltar la forma clarificadora en que la Sala aborda la delimitación de los delitos de secuestro con el de desaparición forzada a efectos de determinar los elementos constitutivos de ambos delitos y, al mismo tiempo, atribuir correctamente la responsabilidad de los inculpados por el tipo penal adecuado. Así, para diferenciarlos, la Sala manifiesta que:

“...mientras la tipificación de la desaparición forzada busca la protección de una multiplicidad de bienes jurídicos, tales como el derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de la persona, la prohibición de tratos crueles inhumanos o degradantes, el derecho a no ser arbitrariamente detenido, preso ni desterrado, el derecho a un juicio imparcial y un debido proceso y el derecho a un tratamiento humano de detención entre otros; el secuestro solamente protege el bien jurídico de la libertad y autonomía personal”.

Asimismo, uno de los casos más emblemáticos y de muy reciente pronunciamiento por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos lo constituye el de La Cantuta. Los hechos sucedieron en la madrugada del 18 de julio de 1992, cuando miembros del Servicio de Inteligencia del Ejército (SIE) y de la Dirección de Inteligencia del Ejército (DINTE), entre ellos, Santiago Martín Rivas y otros integrantes –en su mayoría del denominado Grupo Colina<sup>56</sup> (un escuadrón de eliminación perteneciente al ejército peruano)– irrumpieron, encapuchados y armados, en las viviendas de estudiantes y profesores de la Universidad Nacional Enrique Guzmán y Valle, La Cantuta.

Una vez allí obligaron a todos los estudiantes a salir de sus dormitorios y a echarse en posición de cúbito ventral, deteniendo finalmente a Bertila Lozano Torres, Dora Oyague Fierro, Luis Enrique Ortiz Perea, Armando Richard Amaro Cóndor, Robert Edgar Teodoro Espinoza, Heráclides Pablo Meza, Felipe Flores Chipana, Marcelino Rosales Cárdenas y Juan Gabriel Mariños Figueroa. Después de estas acciones, los militares ingresaron en forma violenta a la vivienda del profesor Hugo Muñoz Sánchez, trepando por la pared que da al patio y destrozando la puerta de servicio, procediendo a llevárselo a la fuerza. El operativo fue filmado por uno de los captores. En el camino de la casa del profesor Muñoz Sánchez a la puerta de ingreso a las residencias de los docentes, algunos testigos, entre ellos el señor Octavio Mejía Martel y su esposa, intentaron intervenir en su favor, pero fueron encañonados y obligados a retirarse.

Los militares se retiraron de la universidad, llevándose al profesor Muñoz Sánchez y a los nueve estudiantes mencionados anteriormente. Consecutivamente, los cadáveres de las víctimas fueron enterrados clandestinamente, y recubiertos con cal en tres fosas en la zona denominada Cerro Santa Rosa, Km. 1.5 de la autopista Ramiro

<sup>56</sup> Sobre el rol de este grupo paramilitar y su pertenencia al aparato estatal peruano, la Corte Interamericana de Derechos Humanos afirma en el párrafo 83 de la sentencia que: “Por su determinante papel en este caso, es preciso hacer notar la participación del denominado Grupo Colina, que en el seno de las fuerzas armadas hacía parte preponderante de una política gubernamental consistente en la identificación, el control y la eliminación de aquellas personas de quienes se sospechaba pertenecían a los grupos insurgentes, mediante acciones sistemáticas de ejecuciones extrajudiciales indiscriminadas, asesinatos selectivos, desapariciones forzadas y torturas. El grupo fue organizado directamente dentro de la estructura jerárquica del Ejército peruano y sus actividades y operaciones fueron desarrolladas, según diferentes fuentes, con conocimiento de la Presidencia de la República y del Comando del Ejército.”

Prialé. Posteriormente y a raíz de una denuncia pública formulada por el congresista Henry Pease, los autores materiales del asesinato procedieron a desenterrar los cuerpos, a incinerarlos y a trasladarlos a nuevas fosas clandestinas ubicadas en Chavilca, Cieneguilla.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos emitió sentencia sobre el caso La Cantuta el 29 de noviembre de 2006, en la cual declaró la responsabilidad internacional de Estado peruano en la violación de los derechos a la vida y a la integridad personal de los nueve estudiantes y un profesor desaparecidos y ejecutados extrajudicialmente. Asimismo, afirmó que la privación de la libertad de aquellas personas, por parte de agentes militares y del Grupo Colina, fue un paso previo para la consecución de lo que en definitiva les había sido ordenado: su ejecución o desaparición.

Este fallo de la CIDH no se caracteriza por desarrollar propiamente el delito de desaparición forzada, cuestión que sí abordó exhaustivamente en sentencias precedentes como en el caso Castillo Páez, sino más bien por incidir en las implicancias internacionales que este delito acarrea y las formas de actuación y cooperación que debe de existir entre los Estados para favorecer la lucha contra la impunidad. A ello y como parte más resaltante de la sentencia, la Corte agrega que estos delitos se cometieron en el contexto de una práctica sistemática y generalizada y que su planeación y ejecución no habría podido perpetrarse sin el conocimiento y órdenes superiores de las más altas esferas del Poder Ejecutivo y de los fueros militares y de inteligencia, así como del mismo Presidente de la República de ese entonces, con lo cual dispone que el Estado siga adoptando las medidas necesarias, tanto de carácter jurídico como diplomático, e impulsando la solicitud de extradición.

En el Perú, el delito de desaparición forzada de personas fue tipificado por primera vez en el Código Penal de 1991, mediante el Decreto Legislativo N° 635, en el capítulo II del título XIV del Libro Segundo, relativo al delito de terrorismo, artículo 323. Sin embargo, este capítulo fue posteriormente derogado mediante el Decreto Ley N° 25475 de 6 de mayo de 1992. La figura típica de la desaparición forzada de personas fue reintroducida luego mediante el Decreto Ley N° 25592 de 2 de julio de 1992, descripción que fue finalmente regulada mediante el artículo 6 de la Ley N° 26926 de 21 de febrero de 1998, que otorgó la actual ubicación del delito en el capítulo de “Delitos contra la Humanidad”.

Ante esta sucesión normativa que expresa períodos de no punición, antes del Código Penal de 1991 y entre el 7 de mayo y el 2 de julio de 1992<sup>57</sup>, uno de los casos más emblemáticos sobre el delito de desaparición forzada se trata en sentencia emitida el 18 de marzo de 2004, Expediente N° 2488–2002–HC/TC por el Tribunal Constitucional en el caso Villegas Namuche. El caso concreto analizado por el Tribunal es un hábeas corpus presentado por María Villegas Namuche a favor de su hermano Genaro Villegas Namuche, quien fuera víctima de una desaparición forzada, la misma que se dio cuando Villegas Namuche salió a trabajar el 2 de octubre de 1992. En el presente caso la demandante solicitaba que el Estado peruano devuelva con vida a su hermano o informe dónde se encuentran sus restos mortales.

<sup>57</sup> CARO CORIA (2004) pp. 21.

En la sentencia en análisis, el Tribunal Constitucional consideró a Villegas Namuche víctima del delito de desaparición forzada, asumiendo para ello el concepto de desaparición forzada de la Convención Americana sobre la Desaparición Forzada de Personas, según la cual implica la:

“...privación de la libertad a una o más personas, cualquiera que fuere su forma, cometida por agentes del Estado o personas o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o de informar sobre el paradero de la persona, con lo cual se impide el ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes”<sup>58</sup>.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional desarrolla con mayor precisión en la sentencia de 9 de diciembre de 2004, Expediente N° 2798-04-HC/TC, caso Vera Navarrete, el concepto de desaparición forzada. La presente sentencia, que constituye un importantísimo precedente jurisprudencial, fue motivada por la interposición de una acción de hábeas corpus por el exceso de tiempo en la detención carcelaria de Vera Navarrete, encausado como miembro del llamado Grupo Colina y como partícipe en varios crímenes de lesa humanidad atribuidos a esta organización paramilitar. Finalmente el Tribunal desestimó el hábeas corpus interpuesto por Vera Navarrete porque el tiempo de carcelería transcurrido desde la última orden de detención en su contra no excedía de los 36 meses establecidos como máximo de detención preventiva.

En esta sentencia el Tribunal Constitucional afirma que el delito desaparición forzada de personas:

“...es un delito pluriofensivo, por cuanto afecta la libertad física, el debido proceso, el derecho a la integridad personal, el reconocimiento de la personalidad jurídica y, como ya se ha señalado, el derecho a la tutela judicial efectiva. La vigencia de estos derechos es absoluta, por lo que su protección se encuentra regulada en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario”.

Y es que:

“En efecto, la desaparición forzada de personas supone generar una cruel sensación de incertidumbre tanto para la persona desaparecida como para sus familiares, los mismos que pasan a ser víctimas directas de este grave hecho. Por ello, el Derecho Internacional reconoce a la desaparición forzada como una de las modalidades más graves de violaciones de los derechos humanos”.

El máximo Tribunal pone igualmente de relieve que:

“...cuando este hecho es cometido como parte de una estrategia general o representa sólo un ejemplo de un conjunto de conductas

---

<sup>58</sup> Fundamento p. 2.

ilícitas similares, estamos frente a la existencia de un patrón de violaciones, lo que las convierte en crimen de lesa humanidad (...). El delito de desaparición forzada ha sido desde siempre considerado como un delito de lesa humanidad, situación que ha venido a ser corroborada por el artículo 7 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, que la define como ‘la aprehensión, la detención o el secuestro de personas por un Estado o una organización política, o con su autorización, apoyo o aquiescencia, seguido de la negativa a informar sobre la privación de libertad o dar información sobre la suerte o el paradero de esas personas, con la intención de dejarlas fuera del amparo de la ley por un período prolongado’. Se trata, sin duda, de un delito de lesa humanidad cuya necesidad social de esclarecimiento e investigación no pueden ser equiparadas a las de un mero delito común, dada su extrema gravedad. En este sentido, la Resolución N° 666 (XIII-083) de la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, estableció en el artículo 4, *‘Declarar que la práctica de la desaparición forzada de personas en América es una afrenta a la conciencia del hemisferio y constituye un crimen de lesa humanidad.’*

La Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas reafirma en su preámbulo que la práctica sistemática de desapariciones forzadas constituye un delito de lesa humanidad. La necesidad social del esclarecimiento e investigación de estos delitos no puede ser equiparada a la de un mero delito común. (Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, Resolución adoptada en la séptima sesión plenaria, 9 de junio de 1994.OEA/Ser.P AG/doc.3114/94 rev.).<sup>59</sup>

De este modo el Tribunal Constitucional manifiesta, en relación al delito de desaparición forzada, que hay un núcleo de derechos inderogables que están establecidos en normas imperativas del Derecho internacional derivadas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH), del Derecho Internacional Humanitario (DIH) y del Derecho Penal Internacional (DPI). Estas normas de Derecho internacional, dice el TC lo mismo que la jurisprudencia de las instancias internacionales a las que el Perú se halla suscrito, constituyen “pauta interpretativa mandatoria” de lo dispuesto en el artículo 44 de la Constitución peruana (obligación de garantizar la plena vigencia de los derechos humanos). En referencia a ello, el fallo acoge la tesis de la aplicación directa e inmediata de las normas del DIH para los casos de conflictos armados internos sin necesidad de formalización alguna, las cuales no sólo obligan a los Estados sino que además comprometen la responsabilidad de los individuos.

Por otro lado, la Sala Penal Nacional realiza un esfuerzo denodado en establecer la tipología del delito de desaparición forzada a efectos de hallar su propia denotación y, al mismo tiempo, diferenciarla de otros delitos que poseen algunas características similares como el delito de secuestro, todo ello con el objeto de calificar adecuadamente los hechos. La Sala menciona que los elementos del delito de desaparición forzada son: a) la participación de los agentes del Estado, personas o

<sup>59</sup> Fundamentos pp. 23–27.

grupos de personas que actúan bajo control con autorización o aquiescencia en la privación de la libertad de la víctima, cualquiera que fuere su forma; b) seguida de la falta de información, o la negativa a reconocer dicha privación de la libertad, o a informar sobre el paradero de la persona, de forma que se impida a ésta el ejercicio de recursos legales y de las garantías procesales pertinentes.

Pese a la forma acertada de calificar y subsumir los hechos, la sentencia de la Sala Penal resulta criticable por algunos defectos que presenta, como la insuficiente argumentación y la relajación de la valoración de las pruebas, así como la poca fundamentación para atribuir responsabilidad penal a título de autores a los inculpados.

Finalmente resulta interesante, a efectos de valorar la importancia del Derecho internacional en el Derecho interno, la reciente sentencia emitida por la Sala Nacional el 5 de febrero de 2007, Expediente N° 105–2004, en el caso Chuschi condenando a dos de los acusados por el delito de desaparición forzada. Los hechos sucedieron el 14 de marzo de 1991 cuando una patrulla del Ejército del cuartel militar de Pampa Cangallo conformada por aproximadamente 25 soldados, ingresó a la localidad de Chuschi, provincia de Cangallo, Ayacucho. Una vez ahí, allanaron los domicilios de la localidad buscando a las autoridades civiles y comunales. Tras detenerlas las trasladaron al cuartel militar de Pampa Cangallo. Desde entonces no se tuvo mayor conocimiento del paradero de las víctimas.

Esta sentencia supone la primera en destacar de forma particular y minuciosa los antecedentes y el grado de desarrollo normativo al que ha llegado el Derecho Penal Internacional, así como también la responsabilidad penal individual en el Derecho Penal Internacional. Con este fallo se afianzan los precedentes sentados por anteriores sentencias emitidas tanto por las salas nacionales como por el Tribunal Constitucional y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En este contexto se consolida la pertenencia del delito de desaparición forzada a los delitos de lesa humanidad al afirmar:

“...queda claro que la comunidad internacional ha reconocido que la desaparición forzada es un crimen de lesa humanidad, pues se trata de un atentado múltiple contra derechos fundamentales del ser humano lo cual acarrea para los Estados el deber de adoptar medidas legislativas, administrativas y de política para prevenir y erradicar este crimen de lesa humanidad”.

Este pronunciamiento se originó en consideración a que la calificación de la desaparición forzada de personas, como crimen internacional de lesa humanidad, es una condición importante y necesaria para su prevención y represión efectiva, para lo cual se debe promover la investigación de tales ilícitos.

## II.2.2 TORTURA

El delito de tortura ha sido motivo recurrente de tratamiento por nuestros tribunales. La Sala Penal Nacional en la sentencia recaída en el Expediente N° 116–04 emitida el 3 de noviembre de 2005 al pronunciarse sobre el caso Román Rosales, caso en el cual Román Rosales en su condición de Alcaide del establecimiento penal de procesados

de Cambio Puente habría torturado a un interno causándole lesiones de consideración, desarrolla el concepto de tortura y le da parámetros de interpretación que caracterizan a este tipo delictivo. La Sala resalta el carácter de delito especial propio, dado que sólo lo pueden cometer ciertos funcionarios o servidores públicos o las personas que cuenten con el consentimiento o aquiescencia del funcionario

Haciendo referencia a la fuente del delito de tortura, la Sala Penal Nacional manifiesta que este delito lo encontramos en la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, que entró en vigor en el Perú el 26 de junio de 1987, tras ser aprobada mediante la Resolución Legislativa N° 24815. Según el artículo 1.1:

“A los efectos de la presente Convención, se entenderá por el término tortura todo acto por el cual se inflijan intencionalmente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas”.

Esta definición ha sido incluida en el Código Penal aunque con algunas variaciones insustanciales en el artículo 321 del título XIV–A denominado Delitos contra la Humanidad.

En relación a la conducta típica, la Sala recuerda que la misma se configura cuando el funcionario o servidor público causa a otro dolores o sufrimientos graves, sean físicos o mentales; asimismo, afirma que la característica esencial de este delito, y que lo distingue de otras conductas, es el hecho de que el sufrimiento, ya sea físico o psicológico, se haga con la finalidad de obtener de la víctima o de un tercero una información o confesión. También se puede configurar la tortura cuando se causa el sufrimiento como castigo por un hecho que se ha cometido o se sospecha que se ha cometido.

Es necesario precisar que en la sentencia se presenta una serie de elementos, remitiéndose para ello al artículo 321 del Código Penal peruano que coadyuvan a caracterizar la peculiaridad del delito de tortura, como cuando los mismos se realicen persiguiendo ciertas finalidades. Sin embargo, queda en cuestión, de *lege ferenda*, si la tortura concurre sólo cuando se dan las finalidades antes mencionadas o también cuando medien finalidades fútiles o distintas a las mismas. Dicho de otro modo, la Sala ratifica el *numerus clausus* de situaciones en las que concurre la tortura sin advertir el vacío de punibilidad que se generaría con ello, con lo que favorecería la reducción de los espacios de protección a la persona.

Antes bien, la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado acertadamente de forma contraria a lo apreciado por la Sala Penal Nacional en el caso Cantoral Benavides, quien fuera detenido el 6 de febrero de 1996 por agentes

de la Dirección Contra el Terrorismo (DINCOTE) sin mediar para ello una orden judicial emitida por una autoridad competente. Cantoral Benavides estuvo detenido administrativamente desde el 6 de febrero de 1993 en la DINCOTE, lugar donde fue incomunicado durante 8 ó 9 días, y sólo 15 días después de su detención tuvo acceso a un abogado. Durante su detención fue objeto de actos de violencia por parte de efectivos policiales y miembros de la Marina, con el fin de obtener su autoinculpación.

En este fallo la Corte estableció que hay un incremento en el tipo de conductas que son consideradas como tortura y ya no como meros tratos crueles, inhumanos y degradantes. En este sentido, la Corte Interamericana podrá ir aumentando el catálogo de conductas que constituyen tortura. De forma similar, puede aumentarse el tipo de conductas que constituyen, por lo menos, actos crueles, inhumanos, y degradantes. Así pues, el *corpus iuris* de la tortura es dinámico y en constante incremento<sup>60</sup>. Pero la Corte va mucho más allá al establecer que si diversas conductas que al momento de su comisión no constituyen tortura pueden pasar a serlo sin más, aunque no hayan formado parte del catálogo de conductas consideradas como tratos crueles, inhumanos y degradantes.

Pero si bien es cierto que la Corte Interamericana en la sentencia analizada aumenta el círculo de protección a la persona, también lo es que lo hace a costa de la trasgresión del principio de legalidad, extralimitando la interpretación de la norma hasta llegar incluso a una interpretación analógica de la misma.

Otro aspecto a resaltar que analiza la Sala Penal es en la apreciación inequívoca que otra peculiaridad del delito de tortura lo constituye la gravedad del dolor o sufrimiento infligido. Ante ello y para clarificar el alcance y delimitación de este término, la mencionada Sala Especial establece acertadamente que para estimar la gravedad de los dolores o sufrimientos físicos, se debe atender a la naturaleza, duración, la manera como se produjo el maltrato, los instrumentos empleados y otras circunstancias concretas.

Es precisamente en base a estas consideraciones que la Sala presidida por Pablo Talavera decide absolver al acusado por el delito de tortura porque sus conductas no se subsumen dentro de lo que el tipo califica como graves, remitiéndose para ello a los exámenes médicos practicados.

Sin embargo, resulta incoherente cómo en otra sentencia emitida con anterioridad por la Sala Penal Nacional presidida por Jerí Cisneros, el 26 de Agosto de 2005 recaída en el Exp. Nº 108-2004 y en la cual el mismo inculpado Román Rosales es acusado de un primer caso de tortura, se deja totalmente de lado la valoración de la gravedad de los dolores y sufrimientos físicos y se le sentencia al inculpado por el delito de tortura sin siquiera haber realizado una valoración somera del requisito establecido por el tipo penal, violándose claramente el principio de legalidad. Son estas contraposiciones las que evidencian la falta de uniformidad en la apreciación de ciertos requisitos fundamentales del tipo a efectos de imputar responsabilidad penal.

<sup>60</sup> DONDÉ MATUTE, Javier. (2006) p. 127.

### II.2.3 ASESINATO

El Segundo Juzgado Penal Supraprovincial, con fecha 16 de junio de 2005, Expediente N° 044-05, en cumplimiento de lo recomendado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su informe N° 43-01 (en este informe la Comisión Interamericana de Derechos Humanos declara admisible el conocimiento del caso por parte de la misma por posibles violaciones de derechos consagrados en la Convención Interamericana de Derechos Humanos en los hechos sucedidos en el penal Castro Castro), abrió instrucción por el delito de asesinato contra los presuntos responsables de la matanza ocurrida en el penal Castro Castro.

Los hechos ocurrieron a partir del 6 de mayo de 1992 y se refieren a la ejecución del Operativo Mudanza 1 (operativo mediante el cual se pretendía trasladar a las internas que se encontraban en el pabellón 1-A del penal Miguel Castro Castro a la cárcel de máxima seguridad de mujeres conocida como Santa Mónica-Chorrillos, Lima. Estas internas eran inculpadas o sentenciadas por el delito de terrorismo y sindicadas de pertenecer al Partido Comunista del Perú – Sendero Luminoso) dentro del penal Miguel Castro Castro, durante el cual el Estado produjo la muerte de al menos 42 internos, hirió a 175 y sometió a trato cruel, inhumano y degradante a otros 322 internos. Los hechos también se refieren al supuesto trato cruel, inhumano y degradante experimentado por las presuntas víctimas con posterioridad al Operativo Mudanza 1.

Si bien es cierto que este auto no constituye ninguna sentencia, resulta criticable la deficiente argumentación e inconsistencia lógica al realizar la subsunción de los hechos en el tipo de asesinato, ya que sólo se limita a una excesiva descripción de los hechos sin hacer una valoración jurídico-penal de los mismos, así como también la sobrevaloración a las declaraciones vertidas por supuestos testigos de los hechos criminosos ante la Comisión de la Verdad y Reconciliación, cuando en realidad las mismas a lo más se constituyen en *notitia criminis* y no así en pruebas plenas que ameriten abrir una investigación a nivel judicial.

En el Perú y a raíz de la violencia política vivida durante los años ochenta y noventa, se creó la Comisión de la Verdad y Reconciliación cuyo propósito, en palabras del Tribunal Constitucional (Exp. N° 2488-2002-HC/TC) fue:

“...no el de suplantar, sustituir o superponerse al Poder Judicial; antes bien, uno de sus objetivos fundamentales fue el de identificar los hechos y las responsabilidades de las violaciones de los derechos humanos, empeñándose, en lo posible, en tratar de determinar su real existencia y veracidad y complementariamente, en evitar la desaparición de pruebas vinculadas con tales hechos. Sus investigaciones, con loable criterio exhaustivo, han permitido conocer los sucesos acaecidos en nuestro país en estas últimas décadas y contribuyen al imperativo de cumplir con la obligación internacional y constitucional de evitar la impunidad y restituir los derechos violados para conseguir la paz social y la reconciliación nacional”.

Esta medida fue implementada en cumplimiento del deber de adoptar las medidas más adecuadas para asegurar la plena vigencia de los derechos humanos.

### III. RELACIÓN ENTRE CRÍMENES INTERNACIONALES Y TERRORISMO

En el Perú el fenómeno del terrorismo tuvo una gran connotación durante los años 80, con el inicio de la lucha armada por parte de organizaciones terroristas como Sendero Luminoso y el Movimiento Revolucionario Túpac Amaru (MRTA). Es precisamente este contexto el que permitió a nuestros tribunales relacionar este delito con los crímenes internacionales.

Esta situación obligó al Estado peruano a tipificar el delito de terrorismo de modo especial como respuesta político-criminal a este fenómeno delictivo. Es así que el 10 de marzo de 1981 se puso en vigor el Decreto Legislativo N° 46, posteriormente se incorporaron los tipos en los artículos 319, 320, 321, 322, 323 y 324 del Código Penal de 1991, luego sustituidos por los Decretos Leyes N° 25475, 25659, 25708, 25880 y 25744, todas estas normas vinculadas a la represión, investigación y juzgamiento del delito de terrorismo y que motivó un pronunciamiento por parte del Tribunal Constitucional en la sentencia de 9 de agosto de 2006, Expediente N° 003-2005-PI/TC, que declara la inconstitucionalidad de diversos artículos de los Decretos en mención.

Los Decretos Leyes N° 25475 (ley antiterrorista) y N° 25659 (ley que creó el delito de traición a la patria) significaron la creación de un tipo penal de terrorismo en el que cualquier acto y cualquier persona podría ser considerada como terrorista, la restauración de la pena de prisión perpetua, el incremento de las atribuciones policiales, así como la implementación de los tribunales sin rostro. Asimismo, significó la habilitación de la competencia de la justicia militar para la investigación y juzgamiento de civiles por el delito de traición a la patria, que no era otra cosa que algunas figuras agravadas del delito de terrorismo.

Desde el punto de vista del Derecho Internacional, esta sentencia resulta de vital importancia porque en la misma se analiza y aprecia la tensión que existe entre nuestras normas y las normas de Derecho Internacional. El problema se centra en la forma de vinculación que existe entre nuestra legislación específica de terrorismo con la Constitución y los pactos internacionales. Desde esta perspectiva el Tribunal ha declarado la inconstitucionalidad de algunas normas, mientras que de otras sólo realizó un análisis interpretativo que le otorgó validez, tal como lo hizo con el tipo base del delito de terrorismo.

En este sentido, el Tribunal no encuentra que el tipo de terrorismo sea inconstitucional; lo que ha hecho es un ejercicio de interpretación para ver de qué manera tiene que ser entendido y pueda corresponder a lo que establece la Constitución y lo que señalan también los pactos internacionales.

Es en base a ello que, para adecuar la legislación antiterrorista a lo establecido por el Tribunal Constitucional, se dieron sucesivos decretos leyes para el tratamiento del terrorismo como el 921 que establece el régimen jurídico de la cadena perpetua en la legislación nacional; 922 mediante el cual se regula la nulidad de los procesos por el delito de traición a la patria; 923 mediante el cual se fortalece la defensa del Estado en delitos de terrorismo; 924 que agrega un párrafo al Código Penal en materia de apología del delito de terrorismo; 925 sobre la colaboración eficaz; 926 que norma las anulaciones de los procesos por delito de terrorismo seguido ante jueces y fiscales con identidad secreta y el 927 mediante el cual se regula la ejecución penal en materia de este mismo delito; siendo motivo de un sendo pronunciamiento por parte de nuestro Tribunal Constitucional que declaró infundada la demanda de inconstitucionalidad de las mismas pero dando, a la vez, alcances limitativos a la interpretación de estos Decretos Leyes.

En sentido estricto, el delito de terrorismo se encuentra regulado en nuestro ordenamiento jurídico mediante el Decreto Legislativo N° 25475 en cuyo artículo 2 describe como tipo base lo siguiente:

“El que provoca, crea o mantiene un estado de zozobra, alarma o temor en la población o en un sector de ella; realiza actos contra la vida, el cuerpo, la salud, la libertad y seguridad personales o contra el patrimonio; contra la seguridad de los edificios públicos, vías o medios de comunicación o de transporte de cualquier índole, torres de energía o transmisión, instalaciones motrices o cualquier otro bien o servicio, empleando armamentos, materias o artefactos explosivos o cualquier otro medio capaz de causar estragos o grave perturbación de la tranquilidad pública o afectar las relaciones internacionales o la seguridad de la sociedad y del Estado, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de veinte años”

Un caso emblemático de terrorismo lo constituye la sentencia emitida el 13 de octubre de 2006 – Expediente acumulado N° 560–03 – por la Sala Penal Nacional en el caso Abimael Guzmán Reinoso. Abimael Guzmán fue fundador y máximo líder, jefe, o presidente de la organización terrorista Sendero Luminoso tanto en los aspectos político, ideológico y militar, así como el Jefe de la Comisión Militar del Ejército Guerrillero Popular y presidente del Comité Organizador de la República Popular de la Nueva Democracia. Sendero Luminoso surgió entre 1963 a 1979 de una facción del Partido Comunista del Perú, siendo que con fecha 17 de mayo de 1980 declaró la guerra al Estado peruano, desarrollando lo que llamaban la lucha armada, con la funesta pérdida de miles de vidas humanas a raíz de las acciones terroristas.

Abimael Guzmán, conocido también como Presidente Gonzalo por los seguidores de la guerrilla comunista que lideraba, fue capturado el 12 de septiembre de 1992 con su compañera Iparaguire, y llevado a juicio ante un tribunal militar que lo había condenado a cadena perpetua. Sin embargo, la condena fue anulada el 2003 cuando se derogaron algunas leyes antiterroristas expedidas durante el gobierno de Alberto Fujimori.

Es así que Abimael Guzmán y su cúpula son llevados a un nuevo juicio donde se imputa a los acusados los delitos contra la tranquilidad pública –terrorismo, terrorismo agravado, afiliación a organización terrorista e incitación y apología del terrorismo en agravio del Estado, y por el delito contra la vida, el cuerpo y la salud– homicidio calificado en agravio de Zaragoza Allauca Evanan y otros (caso Lucanamarca).

En la Sentencia, la Sala reconoce expresamente que el delito de terrorismo se incardina dentro de las violaciones a los derechos humanos y al Derecho Internacional Humanitario, aproximación que permitiría incorporar la regulación jurídica del Derecho Internacional Humanitario al nuestro sólo en caso se configure como un conflicto armado de carácter no internacional. Asimismo, deja en claro que este reconocimiento no implica una sustracción de la competencia nacional a favor de la competencia internacional; sin embargo, no precisa claramente cuáles son los lineamientos y circunstancias que deben concurrir para delimitar la competencia nacional e internacional.

La referencia que hace la Sala al Derecho Internacional Humanitario se ve reforzada con la remisión que realiza a la sentencia del Tribunal Constitucional del 09 de diciembre de 2004, Expediente N° 2798–04–HC/TC, caso Gabriel Orlando Vera Navarrete. El análisis de este caso fue motivado por la presentación de un hábeas corpus a favor de Orlando Vera Navarrete a

fin de que se ordene su inmediata excarcelación por exceso del plazo de detención previsto en el artículo 137 del Código Procesal Penal. El demandante se encontraba siendo procesado por diferentes delitos, varios de ellos presuntamente cometidos como integrante del grupo paramilitar denominado Grupo Colina. En la sentencia la Sala afirma que las normas de Derecho Internacional Humanitario se aplican en tanto exista un conflicto armado interno entre fuerzas del Estado y grupos armados particulares, así como también hace precisiones de aspectos relacionados con las obligaciones del Estado en materia de derechos humanos.

Asimismo, la Sala Penal reafirma explícitamente la vinculación al Derecho Internacional Humanitario en tanto se den las circunstancias requeridas para su aplicación, lo cual no significa una renuncia a la legítima función estatal de restablecer el orden interno frente a una situación de violencia, ya que tal derecho tiene una finalidad exclusivamente humanitaria que no pretende ese objetivo ni deroga, en consecuencia, las disposiciones punitivas internas.

Por otro lado, resulta interesante cómo la Sala, remitiéndose al artículo 3 – cláusula Martens de la Convención de Ginebra<sup>61</sup> – no otorga la calidad de “beligerantes” ni de combatientes, ni les otorga un derecho a combatir, ni un reconocimiento colectivo, mucho menos considerarlos prisioneros de guerra, sino por el contrario detenidos ya que la aplicación de la Convención no surtirá efectos sobre el estatuto jurídico de las partes en conflicto.

Paradójicamente esta posición se ve contrapuesta con el informe que emitió la Comisión de la Verdad y Reconciliación en la que considera que la violencia por la que atravesó el Perú en la década de los ochenta y noventa se incardina dentro de lo que se llama un conflicto armado, consideración que permitiría calificar lo sucedido como una guerra interna, debilitándose la calificación de los hechos como actos de terrorismo.

Concretamente resultan interesantes las conclusiones a las que arriba la Sala respecto al Derecho Internacional y el terrorismo, siendo las siguientes:

- “1º La existencia de un conflicto armado no internacional no otorga a los que participan en las hostilidades un derecho de combatiente, ni de beligerante, ni de prisionero de guerra.
- 2º La aplicación del Derecho Internacional Humanitario no modifica ni deroga la ley penal del Estado donde se realizan las hostilidades y que debe ser aplicada a los que la infringen.
- 3º En un conflicto armado no internacional están prohibidos los actos de terrorismo.
- 4º Como aparece de los hechos probados y de los argumentos que en detalle se formularán más adelante, los integrantes, y en especial sus dirigentes del Partido Comunista del Perú–Sendero Luminoso llevaron

<sup>61</sup> La Sala Penal reconoce el carácter vinculante de los Tratados Internacionales: “La Constitución vigente en su artículo 55 establece que los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional. En ese sentido el Estado peruano decidió ratificar los Convenios de Ginebra de 1949, mediante Resolución Legislativa Nº 12412 del 31 de octubre de 1955, que surtió efectos jurídicos a partir del 15 de agosto de 1956. Posteriormente, el Estado peruano decidió ampliar estas obligaciones al ratificar, mediante Resolución Legislativa 25029 del 23 de mayo de 1989, los Protocolos Adicionales I y II a los Convenios de Ginebra que entraron en vigor para nuestro país el 14 de enero de 1990”.

a cabo u ordenaron la realización de atentados y acciones armadas al margen del Derecho Internacional Humanitario e incurrieron en la violación sistemática del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra.”

Por otro lado, y respecto a la vinculatoriedad de las sentencias internacionales en la jurisprudencia nacional, nuestros tribunales han adoptado y cumplido en gran parte las sentencias emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En la sentencia emitida el 30 de mayo de 1999 por esta Corte, caso Castillo Petruzzi, declara, en la parte resolutive, la invalidez, por ser incompatible con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, del proceso en contra de los señores Jaime Francisco Sebastián Castillo Petruzzi, María Concepción Pincheira Sáez, Lautaro Enrique Mellado Saavedra y Alejandro Luis Astorga Valdez por el delito de traición a la patria y ordenaron que se les garantice un nuevo juicio con la plena observancia del debido proceso legal. Asimismo ordenaba al Estado a adoptar las medidas apropiadas para reformar las normas que fueron declaradas violatorias de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Específicamente respecto al delito de traición a la patria y terrorismo, nuestro Tribunal Constitucional en la sentencia de Acción de Inconstitucionalidad N° 010–2002 del 3 de enero del 2003 declaró inconstitucional el delito de traición a la patria y el juzgamiento de civiles por militares, puesto que transgredían flagrantemente derechos fundamentales. La presente norma cuestionada calificaba como traición a la patria figuras agravadas del delito de terrorismo tipificadas en el artículo 2 del Decreto Ley N° 25475, al cual el Tribunal califica que “un mismo hecho está regulado bajo dos tipos penales distintos”. Agrega la sentencia que, “si la totalidad de los supuestos de hecho descritos en el tipo penal de traición a la patria se asimilan a las modalidades de terrorismo preexistentes, hay pues duplicación del mismo contenido”.

Es en este sentido que el Tribunal es de la opinión que se estaría repitiendo el delito ya tipificado. En opinión del órgano constitucional, estas disposiciones fueron establecidas “con el propósito de sustraer a la competencia de los jueces de la justicia ordinaria su juzgamiento y al mismo tiempo, modificar el régimen de las penas aplicables”. Con esta acción de inconstitucionalidad el Tribunal remarca lo relevante de las recomendaciones y sentencias internacionales puesto que las mismas cuestionaban la vaga definición de este delito y proponían su respectiva modificación.

Sin embargo, lo peculiar de esta sentencia es que no anula automáticamente los procesos judiciales donde se hubiera condenado por el delito de traición a la patria al amparo del Decreto Ley N° 26659 declarado inconstitucional; tampoco se deriva de ello que dichos sentenciados no puedan ser nuevamente juzgados por el delito de terrorismo, ya que los mismos supuestos prohibidos por el Decreto Ley N° 25659 se encuentran regulados por el Decreto Ley N° 25475.

Este fallo sirvió de base para que se llevara a cabo un nuevo juicio a los condenados por el delito de traición a la patria, en estricto cumplimiento de lo ordenado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, materializándose en la sentencia emitida por la Sala Penal Nacional del 2 de setiembre del 2003 en la cual se condenó a los inculpados por el delito de terrorismo y no por el de traición a la patria, como en un primer momento se resolvió.

En esta misma línea jurisprudencial se incardina el caso de la ciudadana norteamericana Lori Berenson, quien fuera sentenciada el 12 de marzo de 1996 por el delito de traición a

la patria por un tribunal con jueces sin rostro, dando motivo a la interposición de un recurso de revisión extraordinario de sentencia ejecutoriada a raíz de la cual el 18 de agosto de 2000 el Consejo Supremo de Justicia Militar anuló la sentencia del 12 de marzo de 1996 y declinó la competencia a un fuero penal ordinario; es por ello que el 28 de agosto del 2000 se dio inicio a un nuevo juicio en el fuero penal ordinario que concluyó con la sentencia condenatoria por el delito de colaboración terrorista emitida el 20 de junio del 2001, condenándola a veinte años de pena privativa de libertad, sentencia que fue confirmada por la Corte Suprema de Justicia.

Por otro lado, la Sala Penal Nacional en la sentencia de 2 de setiembre del 2003 se encargó de reafirmar –así también lo hizo en su sentencia del 1 de setiembre del 2005, Expediente N° 295–2002– la constitucionalidad del artículo 2 del Decreto Ley N° 25475, en concordancia con la sentencia del Tribunal Constitucional del 3 de enero del 2003 en la demanda de inconstitucionalidad del Expediente N° 010–2002–AI/TC, y lo previsto en el considerando noveno de la Ejecutoria Suprema del 21 de diciembre del 2004, Recurso de Nulidad N° 3048–2004, emitido por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, ejecutoria que tiene la calidad de precedente vinculante.

#### **IV. OTRAS PROBLEMÁTICAS CLÁSICAS DEL DERECHO PENAL INTERNACIONAL**

##### **IV.1. Retroactividad de la Ley Penal y alcance del Principio en el Derecho Penal Internacional**

En la sentencia del 20 de marzo del 2006, caso Castillo Páez, la Sala Penal Nacional ha afirmado que los delitos de desaparición forzada se incardinan dentro de los delitos permanentes y en tanto dure esta permanencia todos los que participen del delito serán considerados coautores o cómplices, en razón de que hasta que la misma cese, perdura la consumación.

Esta necesaria clarificación conceptual que realiza la Sala se da en torno a que muchos de los delitos de desaparición forzada se cometieron en el Perú antes de la entrada en vigencia del Código Penal de 1991 que tipificó por primera vez este delito. Es por ello que no pocos de los inculpados objetaron que sería contrario al principio de legalidad material tomar en consideración una figura delictiva que no existía al momento de los hechos, dado que implicaría una aplicación retroactiva *in malam parte*.

Conceptualmente el principio de legalidad se ha visto relativizado a partir del establecimiento y la consecutiva ratificación del Estatuto de Roma por parte de los Estados firmantes; y es que cuando un instrumento internacional tipifica delitos y penas lo hace de forma general, con tipos demasiado abiertos para que puedan ser aplicados directamente en los ordenamientos jurídicos de los Estados; es precisamente por ello que, para salvaguardar el respeto a este principio, fundamental para la sustentación de un Estado social y democrático de derecho, se deben implementar estos instrumentos en cada ordenamiento jurídico nacional.

La citada sentencia del caso Castillo Páez resultó una oportunidad trascendental de sentar precedente al reafirmar la naturaleza permanente de este delito, trascendiendo

que la ejecución del mismo continúa en el tiempo hasta no hallarse el cuerpo del desaparecido.

Asimismo, el Cuarto Juzgado Penal Supraprovincial, en el auto apertura de instrucción N° 49–2005 del 1 de julio del 2005, del caso de la matanza de Cayara, se ha pronunciado sobre el principio de legalidad. Los hechos del presente caso sucedieron como parte del Operativo Persecución el 14 de mayo de 1988, en el cual tropas del Ejército ingresaron al pueblo de Cayara. Después de asesinar al primer poblador que encontraron, detuvieron a los hombres que presenciaron el hecho desde la iglesia local para después también asesinarlos. Mientras tanto, los demás efectivos saqueaban las tiendas y domicilios de los comuneros y luego los quemaron. Posteriormente reunieron a la población en la plaza principal, separaron a los comuneros en dos grupos, varones y mujeres, y obligaron a los primeros a echarse al suelo para después torturarlos y matarlos en presencia de las mujeres y niños.

En la presente sentencia el Juzgado ha afirmado que la determinación de la ley penal aplicable para el delito de desaparición forzada, al ser considerado un delito permanente, no transgrede el principio de legalidad en el sentido de que se configura en el momento que se establezca el destino o paradero de la víctima.

En esta misma línea, el Tribunal Constitucional, en la sentencia del 9 de diciembre de 2004, caso Villegas Namuche, sostiene que no se vulnera la garantía de la *lex previa* derivada del principio de legalidad penal, en caso se aplique a un delito permanente una norma penal que no haya entrado en vigencia antes del comienzo de su ejecución, pero que resulta aplicable mientras el mismo sigue ejecutándose.

En tal sentido, el hecho de que la figura típica de desaparición forzada de personas no haya estado siempre vigente no resulta impedimento para que se lleve a cabo el correspondiente proceso penal por dicho delito y se sancione a los responsables. Es precisamente en base a estos argumentos que se descarta la violación del principio de legalidad y en base a lo cual la Sala atribuye, finalmente, responsabilidad penal a los inculpados por la comisión del delito de desaparición forzada de personas.

El principio de legalidad también se materializa en la certeza de las normas; sobre ello nuestro Tribunal Constitucional no preconiza el respeto a la certeza absoluta de las normas jurídico penales, sino que exige un nivel adecuado de certeza que se verá transgredido cuando el ciudadano ya no pueda conocer qué comportamientos están prohibidos y cuáles están permitidos.

Otra de las consecuencias del principio de legalidad lo constituye el de la *lex previa*, principio que prohíbe la aplicación retroactiva de la norma; así, nadie puede ser juzgado por un delito que no se encuentre previamente tipificado. Este principio presenta algunas dificultades de interpretación dentro del ámbito internacional pero que, sin embargo, nuestros tribunales, con algunas oscilaciones de apreciación, se encargaron de solucionar.

En el Derecho Penal Internacional, en contraposición a lo afirmado hasta ahora, el principio de legalidad supone la posibilidad de imponer penas con fundamentos en normas no escritas y que forman parte de la llamada costumbre internacional, y es precisamente a partir de ello que no se exige un respeto absoluto del principio de legalidad, en *strictu*

*sensu*, para con los ordenamientos jurídicos internacionales, como el establecido en el Estatuto de Roma; cuestión que, sin embargo, traería problemas de legitimidad<sup>62</sup> que se lograrían superar con la implementación de los tratados internacionales en nuestros respectivos ordenamientos jurídicos nacionales.

#### IV.2. Prescripción–Imprescriptibilidad

Una de las características más resaltantes de los delitos de lesa humanidad y de guerra es precisamente la imprescriptibilidad<sup>63</sup> de los mismos, que dimanen del Derecho Internacional General. La Sala Penal Nacional en el Exp. N° 36–05–F de 25 de noviembre de 2005, en el cual Roberto Contreras Matamoros, inculpado por la matanza de Accomarca apela un auto de excepción de prescripción que la Sala declaró infundada, y se pronuncia citando diversas sentencias del Tribunal Constitucional como la del caso Barrios Altos. Señala:

“...que son inadmisibles las disposiciones de prescripción o cualquier otro obstáculo de derecho interno mediante el cual se pretenda impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos, tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”.

Asimismo, este razonamiento puede ser contrastado con la sentencia emitida por el Tribunal Constitucional, recaída en el expediente N° 2488–2002–HC/TC, caso Villegas Namuche, en la que precisa que la ejecución extrajudicial, la desaparición forzada o la tortura, son hechos crueles, atroces, y constituyen graves violaciones a los derechos humanos, por lo que no pueden quedar impunes; es decir, los autores materiales así como los cómplices de conductas constitutivas de violación de derechos humanos, no pueden sustraerse a las consecuencias jurídicas de sus actos. La impunidad puede ser normativa, cuando un texto legal exime de pena a los criminales que han violado los derechos humanos; y también fáctica, cuando, a pesar de la existencia de leyes adoptadas para sancionar a los culpables, éstos se liberan de la sanción adecuada por la amenaza o la comisión de nuevos hechos de violencia.

Resulta también interesante el argumento que desarrolla el Tercer Juzgado Penal Supraprovincial, Expediente N° 039– 05 del caso Accomarca, cuando manifiesta que en el Derecho Penal Internacional, el delito de asesinato resulta ser considerado como de lesa humanidad, por lo tanto, al ser repudiados por toda la comunidad internacional, resultan ser imprescriptibles no importando para estos efectos el transcurso del tiempo, la misma que establece que los delitos de lesa humanidad son imprescriptibles cualquiera sea la fecha en que se hubiesen cometido. Asimismo agrega que el principio de imprescriptibilidad como tal existe por sí mismo y su existencia no depende de que haya sido reconocida en una Constitución, si atendemos a que éste resulta ser un

<sup>62</sup> Sobre la legitimidad del Derecho Penal Internacional y su relación con el principio de legalidad ver KÖHLER (1997) pp. 106.

<sup>63</sup> La regla de imprescriptibilidad se encuentra reconocida por la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y los Crímenes de Lesa Humanidad, cuya adhesión ha sido aprobada por el Perú mediante Resolución Legislativa N° 27998 del 12 de junio del 2003, la misma que establece que los crímenes de lesa humanidad son imprescriptibles cualquiera sea la fecha en que hubiesen sido cometidos.

principio del *ius Cogen*, y lo que hace la Convención es sólo reafirmar y ratificar el citado principio de imprescriptibilidad en materia de derechos humanos y crímenes de lesa humanidad.

La Sala reafirma la importancia de la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad al buscar evitar la impunidad, adoptándose medidas que faciliten esa labor y que puedan coadyuvar a la protección de los derechos fundamentales que son transgredidos.

### IV.3. Derecho a la Verdad

En sucesivas sentencias la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que el derecho a la verdad es irrenunciable y la misma se constituye en una garantía no sólo de las víctimas sino también de la nación; esto se traduce en la posibilidad de conocer las circunstancias de los hechos y los autores que cometieron dichas violaciones. Un caso emblemático donde la Corte desarrolla gran parte de estos conceptos y apreciaciones es el de Barrios Altos.

Los hechos del presente caso ocurrieron el 3 de noviembre de 1991, en el Jirón Huanta N° 840 de Barrios Altos, cuando seis miembros del Grupo Colina (un escuadrón de eliminación perteneciente al Ejército peruano) asesinaron a 15 personas y dejaron a otras cuatro con heridas graves, todo ello mientras celebraban una pollada (fiesta social) para recaudar fondos “con el fin de reparar algunas tuberías de desagüe en la quinta”.

En la sentencia del caso Barrios Altos la Corte Interamericana manifiesta que se impidió a las víctimas sobrevivientes, sus familiares y a los familiares de las víctimas que fallecieron, conocer la verdad acerca de los hechos ocurridos. A partir de estas consideraciones el Tribunal subsume el derecho a la verdad en el derecho de la víctima o sus familiares a obtener de los órganos competentes del Estado el esclarecimiento de los hechos violatorios y las responsabilidades correspondientes, a través de la investigación y el juzgamiento que previenen los artículos 8 y 25 de la Convención.

Ante ello es necesario citar el razonamiento que realiza el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente N° 2488–2002–HC/TC, caso Villegas Namuche, a efectos de fundamentar la legitimidad del juzgamiento de delitos en base a este principio. Así afirma:

“8.La Nación tiene el derecho de conocer la verdad sobre los hechos o acontecimientos injustos y dolorosos provocados por las múltiples formas de violencia estatal y no estatal. Tal derecho se traduce en la posibilidad de conocer las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las cuales ellos ocurrieron, así como los motivos que impulsaron a sus autores. El derecho a la verdad es, en ese sentido, un bien jurídico colectivo inalienable.

9. Al lado de la dimensión colectiva, el derecho a la verdad tiene una dimensión individual, cuyos titulares son las víctimas, sus familias y sus allegados. El conocimiento de las circunstancias en que se cometieron las violaciones de los derechos humanos y, en caso de fallecimiento o

desaparición, del destino que corrió la víctima, por su propia naturaleza es de carácter imprescriptible (...). El derecho a la verdad no sólo deriva de las obligaciones internacionales contraídas por el Estado peruano, sino también de la propia Constitución Política, la cual, en su artículo 44, establece la obligación estatal de cautelar todos los derechos y, especialmente, aquellos que afectan la dignidad del hombre pues se trata de una circunstancia histórica que, si no es esclarecida debidamente, puede afectar la vida misma de las instituciones”.

De ello se deduce que el derecho a la verdad obliga a los Estados a realizar las gestiones necesarias que permitan el real conocimiento de los hechos y, por lo tanto, también obliga a hallar la responsabilidad de los que cometieron delitos de lesa humanidad aunque para ello muchas veces no se respete plenamente principios básicos como el *ne bis in idem* y la cosa juzgada.

El principio del *ne bis in idem* se encuentra reconocido en el artículo 139.3 de la Constitución como un componente del debido proceso, principio que consiste en la prohibición del múltiple juzgamiento, sucesivo o simultáneo. Una de las manifestaciones específicas del principio del *ne bis in idem* es la prohibición de revivir procesos fenecidos con resolución ejecutoriada, estatuyendo el artículo 139.13 de la Constitución que también el sobreseimiento produce efectos de cosa juzgada (Sala Penal Especial –Incidente 17–05–D).

Sin embargo, esta garantía no es absoluta ya que se ve relativizada en función al cumplimiento de ciertos requisitos que garanticen la legitimidad de la decisión judicial; legitimidad que se ve cuestionada cuando determinados juicios no fueron imparciales o cuando son destinados a sustraer al acusado de la responsabilidad penal internacional o cuando no fueron dirigidos diligentemente.

Es por ello que “la justicia material requiere excepciones a la aplicación del principio del *ne bis in idem* en el contexto del deber de los Estados de investigar, procesar y sancionar las violaciones a los derechos humanos”. (Sala Penal Especial–incidente 17–05–D). De lo antes dicho se puede deducir que al tratarse de violaciones de derechos humanos no se puede recurrir a la prescripción ni a la cosa juzgada.

#### **IV.4. Responsabilidad del Superior y Autoría mediata**

Resulta pertinente analizar en este apartado la sentencia que emitió la Sala Penal Nacional el 13 de octubre del 2006, Expediente acumulado N° 560–03, caso Abimael Guzmán Reinoso, en la que por primera vez se aplica en la jurisprudencia peruana la tesis originariamente propuesta por Claus Roxin de la autoría mediata por dominio de aparatos organizados de poder a una organización criminal no estatal como la del grupo terrorista Sendero Luminoso. Sin lugar a dudas este fallo se constituye en un importante precedente jurisprudencial por la pionera aplicación en nuestro medio de teorías que no necesariamente hayan sido identificadas originariamente con estructuras de poder no estatales.

En la sentencia en mención la Sala Penal Nacional, presidida por Pablo Talavera, se apoya en la doctrina de la autoría mediata desarrollada por Roxin para atribuir responsabilidad a título de autores a los dirigentes de la organización terrorista Sendero Luminoso, en la medida que las reglas clásicas de la autoría y participación son

insatisfactorias para explicar y resolver los casos de intervención de los que dirigen y controlan una organización criminal<sup>64</sup>.

Para ello, la Sala argumenta, contrariamente a la posición de la defensa, que la tesis de Roxin no se contrapone a su aplicación a los aparatos organizados de poder no estatales, ya que desde 1963 el propio Roxin ha sostenido que para el dominio de la voluntad por medio de un aparato de poder organizado en esencia, sólo vienen en consideración dos manifestaciones típicas: a) aparatos estatales que operan al margen de la ley, por lo tanto no opera la obediencia debida, y b) movimientos clandestinos, organizaciones secretas, bandas de criminales y grupos semejantes. Esta afirmación de la Sala se ve corroborada por un ulterior desarrollo que el propio Roxin hizo de su teoría al afirmar que:

“El modelo presentado de autoría mediata no solamente alcanza a delitos cometidos por aparatos de poder estatal, sino también rige para la criminalidad organizada no estatal y para muchas formas de aparición del terrorismo. Los conceptos mencionados son difíciles de delimitar, pues se entrelazan entre ellos. No obstante, no importa la calificación que se les dé, sino solamente el si están presentes los presupuestos descritos del dominio de la organización”.

No obstante la adecuada clarificación teórica del planteamiento de la autoría mediata de Roxin que desarrolla la Sala en este fallo<sup>65</sup>, resultó imprescindible realizar un minucioso análisis de los presupuestos dependientes para el cumplimiento de esta teoría, a saber: a) la existencia de una fuerte estructura jerárquica a disposición del hombre de detrás, un aparato organizado de poder; b) la fungibilidad de los ejecutores; y c) que la organización opere desligada del ordenamiento jurídico<sup>66</sup>.

Respecto al primer presupuesto es pertinente citar el razonamiento llevado a cabo por la Sala donde, en base a diversas consideraciones de orden fáctico, finalmente concluye que la agrupación Sendero Luminoso es un aparato organizado de poder. Así afirma:

“Sin duda alguna, ha quedado debidamente comprobado que el Partido Comunista del Perú, conocido públicamente como Sendero Luminoso, es una organización clandestina que practicó el secreto tanto del colectivo como de sus integrantes, sean estos militantes, cuadros o dirigentes, jerárquicamente estructurada y fuertemente cohesionados sus miembros mediante su llamada base de unidad partidaria, con una clara distribución de funciones, pudiéndose identificar claramente los niveles de decisión, la programación de sus actividades ilícitas y el control de la organización, todo lo cual nos permite inferir que se trata de un verdadero aparato organizado de poder”.

Para reafirmar esta posición y delimitar al mismo tiempo el rol de la dirigencia de Sendero Luminoso, la Sala agrega:

<sup>64</sup> Vid. ROXIN (1998) pp. 268.

<sup>65</sup> Asimismo, debemos señalar que la Sala no sólo respalda su posición estrictamente en la teoría desarrollada por Roxin, sino también en la interpretación y estudio que de su teoría realizan dos autores nacionales que expresamente menciona la Sala en su sentencia, a saber: Meini MÉNDEZ (2003) pp. 261–300, Castillo ALVA (2003) pp. 577–640.

<sup>66</sup> Recientemente, ROXIN (2003) pp. 46 y ss.

“El poder de decisión de la Dirección era tal, que muchas de las órdenes consistían en una serie de gestos y prácticas que sólo los miembros de la organización y, particularmente, sus dirigentes manejaban. Así, era un procedimiento reglado por la cúpula que, previo a un aniquilamiento, se tenía que desenmascarar a la víctima, sea un funcionario público o un empresario; ello se producía a través de afiches, volantes, periódicos u otros medios de comunicación o por concretas críticas que hacía la Dirección a un personaje en las sesiones de Comité Central u otros eventos y en los que proponían el aniquilamiento de determinadas personas las que en efecto, al poco tiempo eran eliminadas y que posteriormente la Dirección Central expresamente destacaba como un éxito de la organización”.

Resulta poco discutible la posición adoptada por la Sala Penal Nacional respecto a la calificación de la agrupación terrorista Sendero Luminoso como un aparato organizado de poder; sin embargo, se torna ya controvertible y problemático el reconocimiento de la fungibilidad de los ejecutores. La Sala manifiesta que el reconocimiento de la fungibilidad<sup>67</sup> se basa en que el resultado de la ejecución global del plan se encuentra asegurado, independientemente de que alguno de sus miembros se niegue a realizarlo puesto que concurren sustitutos que pueden ejecutar dicho plan<sup>68</sup>.

Para corroborar el presupuesto de la fungibilidad en el presente caso, la Sala manifiesta que Sendero Luminoso contaba con un amplio “stock” de ejecutores –aproximadamente 33 mil– que la misma defensa y la propia organización no dudó en llamar “maquinaria de combate”. A ello se agrega el hecho de que la organización elaboraba más de un plan para el aseguramiento de sus objetivos criminales, con lo cual prevenían el posible desistimiento de alguno de sus ejecutores materiales.

Sin embargo, contrariamente a lo afirmado por la Sala, no creemos que se haya demostrado cabalmente la fungibilidad de los ejecutores materiales en tanto no se constituye en un hecho fáctico la posibilidad ilimitada de reemplazar al autor inmediato, no garantizando la ejecución del plan. Más aún cuando la cantidad de miembros de una organización no necesariamente se corresponda con el éxito de un hecho delictivo ni con la gravedad de los crímenes a cometerse. Esto ayuda a deducir que el número de ejecutores materiales del delito no es un criterio legitimador para sostener la fungibilidad de los mismos.

Por otro lado, respecto al dominio de la voluntad que implica la autoría mediata, la Sala sostiene:

“...que el hombre de atrás no domina la voluntad del ejecutor de modo directo sino sólo indirecto a través del aparato, que no es poco si tenemos en cuenta dos factores: primero, lo decisivo de la conducción del aparato, y segundo, la vinculación, la pertenencia y subordinación por parte del ejecutor a la jerarquía del aparato”.

<sup>67</sup> El término “fungibilidad” ha sido literalmente traducido del alemán “*fungibilität*”, denotando así un desgaste material que no se identifica con el significado real que se pretende dar a esta figura penal, por lo que preferimos la utilización del término “intercambiabilidad”.

<sup>68</sup> Vid. ROXIN (2003) pp. 47.

Asimismo, respalda esta tesis afirmando que el ejecutor no tiene que ser considerado un instrumento en sí mismo, con lo que relativiza la voluntariedad como criterio determinante de la autoría mediata.

De *lege ferenda*, sostenemos que la autoría mediata necesita el dominio de la voluntad para su configuración, en razón de que sino se domina la voluntad, en *strictu sensu*, se debería de ubicar las conductas dentro de la instigación. Sostener lo contrario significaría oscurecer la delimitación que existe entre una y otra categoría dogmática. Es por ello que creemos correcta la atribución de responsabilidad penal de los dirigentes del grupo terrorista Sendero Luminoso a título de coautores

Finalmente, más allá de las discrepancias teóricas, se debe destacar que la Sala no solamente recurre a los planteamientos de Roxin para atribuir responsabilidad penal a los dirigentes de Sendero Luminoso, sino que también respalda esa decisión jurídicamente recurriendo al literal a) del inciso 3 del artículo 25 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, que establece que será penalmente responsable y podrá ser penado por la comisión de un crimen de la competencia de la Corte quien cometa ese crimen por conducto de otro, sea éste o no penalmente responsable.

Un segundo y trascendental precedente en torno a la responsabilidad del superior corresponde al reciente fallo del 21 de septiembre del 2007 emitido por la Segunda Sala de la Corte Suprema de Chile que, revocando la apelada, concede por unanimidad la extradición del ex Presidente del Perú, Sr. Alberto Fujimori Fujimori, a fin de que sea juzgado por la justicia peruana por su presunta intervención en los citados casos de La Cantuta y Barrios Altos, bajo los cargos de homicidio calificado y lesiones graves (artículos 108 y 121 del Código Penal Peruano). Dicho fallo se funda en la existencia de indicios claros de la intervención del extraditable, pese a su constante negativa, en los hechos como autor mediato por dominio de voluntad en un aparato de poder, como puede apreciarse en los considerando 94 al 97:

“NONAGÉSIMO CUARTO: Que, en relación con los denominados casos Barrios Altos y La Cantuta, se ha solicitado la extradición de Fujimori en calidad de autor de homicidio calificado, lesiones corporales y secuestro agravado, atribuyéndosele la responsabilidad penal en éstos. Tal pretensión encuentra su asidero en la calidad que detentaba Fujimori a la data de los hechos, esto es, la de Presidente de Perú.

El extraditable declara a fojas 195, que su cargo como Jefe Supremo de las Fuerzas Armadas es un mandato constitucional, pero en la práctica en muchas de sus acciones no tiene injerencia ni conocimiento. (...);

NONAGÉSIMO QUINTO: Que conspiran en contra de la negativa del extraditable los antecedentes probatorios que se enumeran en la consideración nonagésima segunda, (...) de los cuales es posible entender que hay indicios claros de que Alberto Fujimori Fujimori habría tenido después del autogolpe, la concentración de todos los poderes del Estado y el mando superior de las Fuerzas Armadas y Servicios de Inteligencia; propició la creación de un organismo especial dentro de

las Fuerzas Armadas para realizar operaciones en contra de personas sospechosas de subversión o de enemigos ideológicos del régimen; estando el requerido en antecedentes de la existencia y finalidad del Grupo Colina y de las acciones que se llevaban a cabo por el mismo grupo, lo que se demuestra por los premios, ascensos y condecoraciones otorgadas por Fujimori a los integrantes de este grupo y porque muchas personas lo vieron dar órdenes a Montesinos, quien a su vez las entregaba al mencionado Grupo Colina, con lo que habría tenido una participación de autor mediato;

NONAGÉSIMO SEXTO: (...). Para efectuar la descripción típica no es indispensable una ejecución directa, pudiéndose satisfacer tal cometido con una actuación mediata, lo que no es incompatible ni aún con una concepción restrictiva de autor, a menos que se identifiquen incorrectamente la realización del tipo con la ejecución física del mismo. Se estima que la base del concepto restrictivo de autor la constituye la idea de realización y no de ejecución física de la correspondiente figura delictiva; 'la autoría mediata presenta un elemento común con la autoría directa: el dominio del hecho' (José Hernández Placencia, 1996. *La autoría mediata en derecho penal*. Granada, Editorial Comares, p. 88). Así, sin desconocer la teoría del dominio del hecho, es autor mediato quien reúne los elementos personales o especiales de la autoría exigidos por el tipo y cumplen el resto de los elementos de éste y, a través de otro que utiliza como instrumento, domina el hecho, esto es, determina objetiva y positivamente el curso del suceso;

NONAGÉSIMO SÉPTIMO: Que cuando hablamos de autoría mediata debemos situarnos en la teoría del dominio de la acción. Ello es así, desde que en la autoría mediata, el autor asume el dominio de la voluntad de quien, en definitiva, ejecutará el hecho punible, lo que es claramente distinto al dominio mismo de la acción, que caracteriza a la autoría directa, o del dominio funcional, distintivo de la coautoría. De esta manera podrán coexistir la autoría mediata con un ejecutor responsable.

Que en este orden de ideas en la autoría mediata el autor, obviamente, no realiza o ejecuta una conducta típica, ya que mantiene el dominio de la realización del hecho por un tercero a quien su voluntad se somete a sus propósitos. Según Claus Roxin, junto al dominio de la voluntad por miedo o por error, hay que contemplar la del dominio de la voluntad a través de un aparato organizado de poder. Lo característico es la fungibilidad del ejecutor, quien no opera como una persona individual sino como un engranaje mecánico. A este autor mediato le basta con controlar los resortes del aparato, pues si alguno de los ejecutores elude la tarea aparecerá otro inmediatamente en su lugar que lo hará sin que se perjudique la realización del plan total.

De lo anterior, podemos concluir que será de vital importancia en materia de autoría mediata la existencia de una estructura organizada de poder, ello por cuanto un superior conservará el dominio de la acción usando

para tales fines dicha estructura. De esta manera, es claro que el autor mediato será aquél que tenga el poder de ordenar y conducir el sistema sobre una voluntad indeterminada, ya que cualquiera sea el ejecutor de la orden delictiva, el hecho se producirá (...).

#### IV.5 Amnistías e Indultos

Esta institución jurídica se encuentra directamente relacionada con la finalidad que persigue el Estatuto de Roma, a saber, evitar la impunidad frente a lesiones de derechos humanos. Sin embargo, se debe tomar en cuenta que esta institución ha sido utilizada por diversos gobiernos, no sólo para avalar las acciones violatorias de derechos humanos frente a conflictos internos, sino también para facilitar procesos de paz en países inestables políticamente.

Es precisamente que luego de estos conflictos internos propiciados por movimientos terroristas como Sendero Luminoso y el MRTA en el Perú, se aprobaron leyes de amnistía, como la Ley N° 26479 (de amnistía general a personal militar, policial y civil para diversos casos) y la Ley N° 26492 (de interpretación y alcances de amnistía otorgada por la Ley N° 26479). Ambas leyes fueron motivo de un pronunciamiento por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que en la sentencia del 14 de marzo del 2001, caso Barrios Altos, manifiesta que son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Como consecuencia de la manifiesta incompatibilidad entre las leyes de autoamnistía y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, las mencionadas leyes carecen de efectos jurídicos y no pueden seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos que constituyen este caso ni para la identificación y el castigo de los responsables, ni puedan tener igual o similar impacto respecto de otros casos de violación de los derechos consagrados en la Convención Americana acontecidos en el Perú.

En base a estas consideraciones la Corte declaró que las leyes de amnistía N° 26479 y N° 26492 son incompatibles con la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en consecuencia, carecen de efectos jurídicos; declaró también que 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, así como divulgar públicamente los resultados de dicha investigación y sancionar a los responsables.

Esta sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos es la que motivó que el Tercer Juzgado Penal Supraprovincial, en el caso Barrios Altos, dispusiera abrir instrucción en la vía ordinaria a los indultados con las leyes de amnistía. Asimismo, en la parte considerativa aclara que, según la Ley N° 27775 que regula el procedimiento de ejecución de sentencias emitidas por los Tribunales Supranacionales, dispone que las sentencias emanadas de la Corte Interamericana tienen efectos inmediatos y vinculantes para todos los funcionarios del Estado, incluyendo al Poder Judicial y el Ministerio Público.

En tal sentido, la Sala Penal Nacional se refiere al mismo tema en el incidente 17-05-C, declarando inaplicables al caso el Frontón la Ley N° 26479, así como la Ley N° 26492, con la cual declaran infundada la solicitud de excepción de amnistía planteada por la defensa de los inculpados accionantes.

Las citadas jurisprudencias, tanto de tribunales nacionales como internacionales, nos permiten deducir el carácter de obligatoriedad que ha adquirido el castigo de las violaciones de los derechos humanos, pues la renuncia a tal castigo a través de un proceso de amnistía implicaría el desconocimiento de las obligaciones que el Estado asume frente a la comunidad internacional.

## BIBLIOGRAFÍA

- AMBOS, KAI. (2005). *La parte general del Derecho Penal Internacional*. Montevideo, FKA.
- AMBOS, KAI. (2006a). *Internationales Strafrecht. Strafanwendungsrecht–Völkerstrafrechts–Europäisches Strafrecht*. Munich, C.H.Beck.
- AMBOS, KAI. (2006b). *Temas de Derecho Penal Internacional y Europeo*. Madrid, Marcial Pons.
- CARO CORIA, DINO CARLOS. (2004). Prólogo, En: VÉLEZ FERNÁNDEZ, GIOVANNA: *La desaparición forzada de personas y su tipificación en el Código Penal Peruano*. Lima, PUCP.
- CASTILLO ALVA, JOSÉ LUIS (2003). *Autoría mediata por dominio de aparatos organizados de poder. El dominio de la organización*. En LIBRO HOMENAJE A ENRIQUE BACIGALUPO. Lima, Ara Editores, pp. 577–640.
- DONDÉ MATUTE, JAVIER. (2006). *La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y su relevancia en el Derecho Penal Internacional*. México D.F., Instituto Nacional de Ciencias Penales.
- KÖHLER, MICHAEL. (1997). *Strafrecht, Allgemeiner Teil*. Berlín, Springer.
- MEINI MÉNDEZ, IVÁN. (2003). *La autoría mediata en virtud del dominio sobre la organización*. En *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*, N° 4, pp. 261–300.
- RIVERA PAZ, CARLOS. (2006). *Una Sentencia Histórica. La desaparición forzada de Castillo Páez*. Lima, Instituto de Defensa Legal.
- ROXIN, CLAUS. (1998). *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*. Traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo. Madrid, Marcial Pons.
- ROXIN, CLAUS. (2003). *Strafrecht Allgemeiner Teil, Besondere Erscheinungsformen der Straftat*. Band II. Munich, C.H.Beck.