

TEMAS DE DERECHO PENAL Y VIOLACIÓN DE DERECHOS HUMANOS

TEMAS DE DERECHO PENAL Y VIOLACIÓN DE DERECHOS HUMANOS

VÍCTOR MANUEL QUINTEROS
EDITOR - COORDINADOR



idehpucp

INSTITUTO DE DEMOCRACIA Y DERECHOS HUMANOS

PONTIFICIA **UNIVERSIDAD CATÓLICA** DEL PERÚ

Temas de derecho penal y violación de derechos humanos
Victor Manuel Quinteros | Editor-coordinador

Colaboró en la edición: José Alejandro Godoy

Primera edición: marzo de 2012
Tiraje: 1,000 ejemplares

© Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP), 2012
Tomás Ramsey 925, Lima 17-Perú
Teléfono: (51 1) 261-5859
Fax: (51 1) 261-3433
www.idehpucp.pucp.edu.pe

© Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), 2012
Av. Pérez Aranibar 750, Lima 17-Perú
Teléfono: (51 1) 625-9000
Fax: (51 1) 625-9100
www.pnud.org.pe

Cuidado de edición: José de la Cruz Roldán
Diseño de cubierta e interiores: Michael Estrada Soto

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

Hecho el depósito legal en la Biblioteca Nacional del Perú N.º 2012-00966

Impreso en el Perú - Printed in Peru

Índice

Presentación	9	
SALOMÓN LERNER FEBRES		
Introducción	11	
VÍCTOR MANUEL QUINTEROS		
PRIMERA PARTE		
Verdad, justicia y reparación	19	
Límites y avances de la justicia penal frente a las violaciones de derechos humanos ocurridas durante el periodo del conflicto armado interno en el Perú		21
YVAN MONTOYA		
Derechos de las víctimas de violaciones de derechos humanos en el proceso penal		63
GLORIA GUZMÁN		
Diagnóstico sobre memoriales públicos y reparación de víctimas de desaparición forzada		77
VÍCTOR MANUEL QUINTEROS		
SEGUNDA PARTE		
Temas de derecho penal	97	
Procesamiento penal de violaciones de derechos humanos y jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia		99
LUIS HUERTA		
Las diversas calificaciones del hecho generador de una violación de derechos humanos y principio de legalidad		125
YVAN MONTOYA		

La violencia sexual y de género como crimen de lesa humanidad: análisis penal a propósito del delito de violación sexual y la aplicación de estándares internacionales en el ordenamiento interno	141
INGRID DÍAZ	
Investigaciones del pasado: violaciones de derechos humanos	181
GLORIA GUZMÁN	
ANEXOS	201
ANEXO 1 Línea jurisprudencial de la Corte Constitucional de Colombia sobre derechos de las víctimas en el proceso penal	203
ANEXO 2 Relación de memoriales públicos a nivel nacional y variables de análisis	211
COLABORADORES	225

Presentación

Desde su creación en 2004, el Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP) ha mantenido como motivación central de su trabajo el fortalecimiento del sistema democrático y la vigencia de los derechos humanos en nuestro país. Durante los últimos siete años, esa preocupación institucional ha motivado el impulso de una serie de actividades y proyectos que, desde una perspectiva académica, han procurado contribuir con la generación de una cultura de respeto de los principios democráticos y los derechos fundamentales, bases insustituibles del desarrollo que el país espera alcanzar, más allá de los logros macroeconómicos que nos han acompañado durante la última década.

En esa línea, el IDEHPUCP asumió como objetivo institucional colaborar con el seguimiento y proceso de implementación de las recomendaciones planteadas por la Comisión de la Verdad y Reconciliación (CVR). En ese sentido, nuestro instituto se identifica plenamente con el trabajo efectuado por la comisión y reafirma su importancia para la vida nacional y la convivencia pacífica entre los peruanos.

Entre las tareas planteadas por la CVR se encuentran aquellas vinculadas a la investigación y al procesamiento judicial de las graves violaciones de los derechos humanos ocurridas entre 1980 y 2000, a raíz del conflicto armado interno vivido por nuestro país. Por esta razón, nuestro instituto considera de gran importancia contribuir con la consolidación de las capacidades de los operadores de justicia encargados de establecer con claridad la verdad de hechos ocurridos hace varias décadas y de señalar, cuando correspondiera, las responsabilidades por actos execrables que nunca más deben repetirse en nuestra patria.

Así, para cumplir con tal objetivo y contando con la generosa colaboración de organismos de cooperación internacional, el IDEHPUCP ha desarrollado diversos proyectos destinados a capacitar a los magistrados y al personal auxiliar encargados de las tareas anotadas. Asimismo ha realizado un seguimiento exhaustivo de la labor emprendida por ellos en la resolución de casos que no solo tienen interés para las víctimas que esperan alcanzar justicia o para los acusados que aguardan resolver su situación legal, sino también para toda sociedad que requiere eliminar los vestigios de la impunidad.

En esta línea, el proyecto Justicia y Derechos Humanos en el Perú: Asesoría, Capacitación y Seguimiento para una Eficaz Judicialización de las Violaciones de Derechos Fundamentales, que culmina su segunda etapa de ejecución con este libro, ha continuado una línea de trabajo vinculada al perfeccionamiento profesional de jueces y fiscales, aportando la perspectiva académica que nos corresponde como instituto de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Debemos agradecer la colaboración que el Ministerio Público y el Poder Judicial, a través de sus instancias pertinentes y especializadas, nos han brindado para la buena marcha del proyecto, así como a sus integrantes por participar en las actividades realizadas en el marco de esta iniciativa. Resulta indispensable, ante los casos pendientes de resolver y los problemas que aún presenta el proceso de judicialización de violaciones de derechos humanos, que ambas instituciones, así como los demás actores involucrados en esta materia, mantengan como norte la búsqueda de respuesta a las mismas exigencias de verdad y justicia que motivaron la creación de la CVR, y que constituyen demandas que las víctimas vienen reclamando desde hace varias décadas.

Esta publicación, que constituye la actividad final del mencionado proyecto, ofrece una serie de artículos que abordan temas de interés y actualidad sobre el procesamiento penal de violaciones de los derechos humanos y han sido realizados por algunos de los docentes que han participado en las labores de capacitación enmarcadas en esta iniciativa.

Finalmente, al concluir con esta segunda etapa del proyecto Justicia y Derechos Humanos en el Perú: Asesoría, Capacitación y Seguimiento para una Eficaz Judicialización de las Violaciones de Derechos Fundamentales, expresamos nuestro profundo agradecimiento al Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) por el apoyo brindado y la confianza depositada en nuestro instituto.

SALOMÓN LERNER FEBRES
Presidente ejecutivo del IDEHPUCP
Lima, noviembre de 2011

Introducción

Desde el inicio de sus actividades, el Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP) ha desarrollado y mantenido vigente una línea de trabajo orientada al fortalecimiento del subsistema de justicia especializado en la investigación y el juzgamiento de graves violaciones contra los derechos humanos, en particular aquellas ocurridas en el Perú durante el conflicto armado interno (1980-2000). En ese marco ha organizado numerosas actividades aportando conocimiento y promoviendo espacios de debate y reflexión académica, una expresión inequívoca del compromiso asumido por la universidad con las recomendaciones del *Informe final de la Comisión de la Verdad y Reconciliación* (CVR).

Tales actividades han formado parte de sucesivos proyectos en los que la capacitación de operadores judiciales, el seguimiento de causas penales y la difusión Web de información especializada en materia de procesamiento penal de violaciones de derechos humanos han sido los ejes centrales de este ininterrumpido trabajo. Uno de estos proyectos fue Justicia y Derechos Humanos en el Perú: Asesoría, Capacitación y Seguimiento para una Eficaz Judicialización de las Violaciones de Derechos Fundamentales (2008-2011), cuya segunda etapa concluye con la publicación del libro *Temas de derecho penal y violación de derechos humanos*.

Con *Temas de derecho penal y violación de derechos humanos* se cierra una nueva etapa de acompañamiento al trabajo de jueces, fiscales y abogados dedicados a la difícil y aún pendiente tarea de desentrañar la verdad sobre los graves crímenes del pasado y sancionar a sus perpetradores. Ciertamente, en ese tránsito, el IDEHPUCP no ha estado solo, por lo que agradece el apoyo del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), cuyo valioso aporte posibilitó la continuidad del proyecto, y en el marco de este, la publicación del presente texto.

Al concluir el proyecto, el balance de lo avanzado en materia de judicialización de violaciones de derechos humanos no es el más alentador. Han pasado más de veinticinco años desde que ocurrieron

los primeros grandes crímenes del conflicto armado interno (1983-1984¹), y poco más de quince desde que fueron perpetrados los de fecha más próxima durante el primer quinquenio del régimen fujimorista. Sin embargo, tal como ocurría en aquellos años, el clima de impunidad aún permanece vigente. A los problemas de incapacidad del sistema judicial para juzgar a los actores armados del conflicto –grupos terroristas y agentes del Estado involucrados en graves violaciones de los derechos humanos– durante la década de 1980², y las políticas de impunidad impuestas en la década de 1990³, se suma la sensación, más actual y generalizada, de un tipo de justicia que persiste en ser tardía o que nunca llega. Son, en definitiva, el excesivo número de casos aún pendientes de investigación, la dilación de los procesos penales en trámite y la controversia generada en torno a la prueba y su valoración los problemas actuales de la judicialización de violaciones de derechos humanos en el Perú.

En la última década, nuestra justicia ha sido firme y eficaz al condenar el terrorismo y la criminalidad de los grupos subversivos que atentaron contra el Estado peruano durante el conflicto armado interno; sin embargo, no actuó ni actúa con la misma eficacia respecto de aquellos agentes estatales que, durante el mismo periodo, actuaron al margen de la ley e incurrieron en graves violaciones de derechos humanos. En este último caso, algunas cifras dan cuenta de esta realidad. Por ejemplo, según datos del Ministerio Público correspondientes al primer semestre de 2011 podremos encontrar más de 800 casos de violación de derechos humanos pendientes de investigación –en trámite o con archivo provisional– y alrededor de 60 casos en etapa judicial pendientes de resolver. En relación con los procesos penales con sentencia definitiva, el número es significativamente menor y no sería muy superior a los quince casos.

Estas cifras ponen de manifiesto la actual situación del procesamiento penal de violaciones de derechos humanos en nuestro país, así como la respuesta que en términos concretos se ha dado a las víctimas frente a las demandas de justicia originadas por hechos acaecidos desde hace casi treinta años. Las razones para esta situación son variadas, y no solo se explican por la falta de colaboración de las entidades del Estado, ni tampoco por las argucias legales propias de la defensa de los perpetradores, sino también por la acción de los operadores judiciales especializados –jueces y fiscales– incluidos quienes ejercen la representación y defensa de las víctimas.

Han pasado más de diez años desde que la Corte Interamericana de Derechos Humanos dictara sentencia en el caso *Barrios Altos vs. Perú*, y

¹ Durante 1983 y 1984 se registra el mayor número de violaciones de derechos humanos durante el conflicto armado interno.

² *Informe final de la Comisión de la Verdad y Reconciliación*, versión electrónica, tomo III, p. 263.

³ Como las leyes de amnistía aprobadas en junio y julio de 1995.

con ello se reiniciarán las investigaciones pendientes por violaciones de los derechos humanos. En aquel momento, el desafío de afrontar la reanudación de las investigaciones interrumpidas a causa de las leyes de amnistía promulgadas por Fujimori (1995) exigió de precisas reformas institucionales en el Poder Judicial y el Ministerio Público, pero también de un proceso paralelo de especialización de jueces y fiscales. Los productos de este proceso inicial fueron la creación del subsistema especializado en derechos humanos (2004) y los primeros avances en materia de investigación y resolución de casos.

Buena parte de este primer grupo de casos, además de los insumos de investigación aportados por la CVR, contaron con antecedentes producidos o recabados por los propios entes jurisdiccionales, el temprano concurso de las propias víctimas y sus familiares y, principalmente, los aportes de los medios de prensa, que en su momento denunciaron los hechos.

No obstante ello, luego de estos primeros avances, otros desafíos debió asumir cada uno de los operadores judiciales involucrados en la judicialización de los casos. Casos con menores antecedentes a nivel jurisdiccional y en los que la prensa de investigación tuvo menor participación requerían de un aporte mayor de fiscales y abogados en las tareas de investigación y recopilación de pruebas. Por su parte, los jueces especializados debían no solo progresar en el manejo de los instrumentos legales aplicables al tipo de casos complejos sujetos a su jurisdicción –mérito de sus primeros años de trabajo–, sino también en una mayor comprensión de los hechos, la naturaleza particular de los delitos que estos involucran y la especial valoración de la prueba requerida para acreditar su ocurrencia, así como la responsabilidad de sus autores mediatos y directos.

Aun cuando los casos vinculados a la actuación delictiva del grupo “Colina”, especialmente los de Barrios Altos y La Cantuta resultan emblemáticos para la lucha contra la impunidad en el Perú, no resultan representativos de la gran mayoría de casos pendientes de resolver, tanto los masivos del ámbito rural, e incluso los más selectivos del ámbito urbano. El caso “Colina” contó con importantes pesquisas a nivel fiscal cuando ocurrieron los hechos y el aporte decisivo de los medios de prensa en la investigación de los hechos. Por su parte, en el marco de los procesos penales seguidos contra los perpetradores directos y mediatos del delito, este caso contó con los insumos de investigación de la CVR, así como con colaboradores eficaces y acusados confesos. El juicio seguido contra el expresidente Fujimori por ambos crímenes, como ningún otro, dispuso de un fiscal y un órgano jurisdiccional dedicados a exclusividad a su investigación y conocimiento.

El mismo nivel de antecedentes procesales, la contribución decisiva de la prensa y los aportes de la CVR corresponden a otros casos emblemáticos como los crímenes atribuidos a los cabecillas del PCP-Sendero Luminoso y la desaparición del estudiante Ernesto Castillo Páez; este último caso es

representativo del fundamental impulso y apoyo que los familiares de las víctimas pueden brindar a las tareas de investigación.

En la actualidad estamos frente a casos más complejos en tanto involucran mayor dificultad en el aporte y la sustentación de la prueba. Y si bien los órganos jurisdiccionales competentes deben asumir un tipo de valoración probatoria acorde con la naturaleza propia de los delitos sujetos a su jurisdicción, es decir, referidos a graves violaciones de derechos humanos, corresponderá a la actividad fiscal y también a quienes asumen la defensa de las víctimas reunir, aportar y sustentar con rigor aquel material probatorio requerido para acreditar la ocurrencia del hecho delictivo, así como la identificación de sus responsables.

En esa línea, para probar un contexto de violencia en una zona determinada, no bastará con las referencias generales aportadas por la CVR o los informes de organismos internacionales de derechos humanos, sino también un análisis más detallado de testimonios individuales focalizados en cada zona de interés. A través de ese análisis se podrán identificar perfiles, conductas recurrentes y patrones específicos que ayudarán a sustentar posibles responsabilidades individuales y colectivas, así como la acumulación estratégica de casos para su mejor sustentación en un juicio. Las bases de datos públicas, como las de la CVR, actualmente administrada por la Defensoría del Pueblo, adecuadamente estudiadas y debidamente escrutadas, pueden ser útiles para este trabajo.

Al mencionar la búsqueda de información de carácter público, quizá sea pertinente referirse a las tareas de investigación que podrían asumir quienes actúan como parte civil en los procesos, en su mayoría abogados de organizaciones defensoras de derechos humanos. En ese sentido, asumiendo como prioridad el interés de las víctimas a quienes estos representan, quizá sea el momento de unir esfuerzos y asumir una estrategia de investigación y representación conjunta. Las copias de los expedientes judiciales en poder de cada organización (falsos expedientes) pueden ser una fuente de información susceptible de ser sistematizada e integrada, -entre otras,- a aquella de carácter público generada hasta 2003 por la CVR.

Por otro lado -a diferencia de los problemas de carga procesal del Ministerio Público y la rigidez de las normas de orden público a las que están sujetos sus funcionarios-, los abogados de la parte civil cuentan con plena libertad para recurrir a los familiares de las víctimas a quienes representan para acopiar la información referida a sus respectivos casos. El vivo interés de los familiares en conocer la marcha de sus procesos y cooperar en su mejor desarrollo es la principal garantía para que este posible apoyo sea real y útil. En ese sentido, el despliegue nacional y la recolección -e incluso la consolidación y sistematización- de información que a ese nivel pueden generar los familiares resultan un aporte valioso para la investigación. El análisis de contexto y, mejor

aún, su plena constatación en la realidad requieren de este tipo de esfuerzo para convertirse en prueba de referencia fundamental para sustentar los casos.

El contacto más cercano y permanente con las víctimas a través de este trabajo no solo las involucra de modo directo en el proceso de esclarecimiento de los hechos, también las ayuda a mantener un recuerdo vivo de estos, tener presentes los detalles más relevantes de sus testimonios y reducir con ello los márgenes de olvido que puedan afectar su credibilidad.

En el caso del Ministerio Público, si bien existen problemas recurrentes de excesiva carga procesal e insuficiencia de recursos humanos para afrontar una investigación plena y satisfactoria, es necesario mencionar que esta tarea debe incorporar metodologías que prioricen la investigación de campo orientada a la búsqueda directa de información. Considerando la numerosa cantidad de expedientes en giro o con archivo provisional o definitivo que las fiscalías especializadas conservan a nivel nacional, el Ministerio Público está en la capacidad de generar una base de datos institucional que sistematice la información recopilada en el curso de sus investigaciones. La descripción de contextos por zona, la identificación de patrones de conducta, la verificación e identificación de las líneas de comando según tiempo y lugar, así como los hechos vinculados a su accionar son informaciones valiosas para sostener una sólida investigación. En el caso del Ministerio Público, tales hallazgos, además de ser susceptibles de cruzarse con información generada por bases de información pública, resultan complementarios con otras bases de datos generadas por la propia institución, como la vinculada al trabajo forense desarrollado por el Instituto de Medicina Legal. Todo ello y la recopilación de otros documentos y testimonios relacionados con el delito materia de prueba contribuyen de modo conjunto a una mejor presentación del caso y mayores posibilidades para que este no sea desestimado con facilidad, por una posible insuficiencia de pruebas.

En uno y otro caso, sea a través de la investigación fiscal o de la parte civil interesada, la recopilación y el análisis de la información generada por los medios de prensa durante la época del conflicto también pueden resultar valiosos como insumo susceptible de ser integrado a las otras fuentes de información mencionadas. De allí que frente a las denuncias o los reclamos por el ocultamiento o no entrega de información oficial por parte de las entidades del gobierno, la recopilación de información institucional o pública integrada a otros indicios o fuentes de información resulta fundamental para cubrir ese vacío.

Luego de seis años de acompañamiento constante al proceso de judicialización de violaciones de derechos humanos, no cabe duda de que el Poder Judicial ha adquirido la especialidad necesaria para asumir el juzgamiento de los casos de modo técnico, tal como lo demuestran las primeras sentencias dictadas por las salas especializadas. Ese criterio técnico,

tan relevante para defender competencias, calificar delitos, sustentar tipos de autoría y precisar razones de imprescriptibilidad, merece el mismo desarrollo –progresivo– para las exigencias actuales de valoración probatoria aplicadas a casos que involucran graves violaciones de derechos humanos. En el ámbito interno, la sentencia dictada en el caso Fujimori constituye un importante referente en la materia.

El tema es sin duda controversial y forma parte de un tipo de debate al que el IDEHPUCP busca contribuir desde un enfoque académico. Como se expresó anteriormente, la situación actual del proceso de judicialización en el Perú, encuentra en el aspecto probatorio su principal dificultad y desafío, y son las tareas de valoración, conjuntamente con la de generación y sustentación de la prueba, las que requieren especial atención de todos y cada uno de los actores procesales involucrados.

Al culminar la segunda etapa del proyecto Justicia y Derechos Humanos en el Perú: Asesoría, Capacitación y Seguimiento para una Eficaz Judicialización de las Violaciones de Derechos Fundamentales, y presentar el libro que sirve de corolario a su ejecución, consideramos adecuada la oportunidad para efectuar esta breve reflexión y hacer notar la tarea pendiente que en materia de justicia aún se debe a las víctimas del conflicto.

Como lo ha hecho con otras publicaciones, con *Temas de derecho penal y violación de derechos humanos*, el IDEHPUCP busca seguir aportando al proceso de verdad, justicia y reparación que involucra a las víctimas del conflicto, así como a la implementación de las recomendaciones de la CVR dirigidas a esclarecer los hechos que a aquellas afecta. Por ello, en base a estos tres instrumentos de justicia transicional se organizan los siete artículos que integran el libro.

De esta manera, el primer bloque, «Verdad, justicia y reparación», incluye los artículos de Yvan Montoya, de la jueza colombiana Gloria Guzmán y del suscrito, quien, en calidad de editor-coordinador, también es autor del presente texto introductorio. El artículo de Yvan Montoya ofrece un balance detallado de la acción de la justicia en materia de violación de derechos humanos desde la época del conflicto hasta la actualidad (segundo semestre de 2011); ese balance presenta de manera breve la naturaleza y evolución del conflicto armado interno peruano, especialmente durante el periodo en que este registró su mayor intensidad (1980-1992). Por su parte, el artículo de Gloria Guzmán aborda la problemática de las víctimas con respecto a sus derechos de participación y su especial contribución en el proceso penal. Solo las víctimas tienen la capacidad de entender la real dimensión del delito porque lo vivieron, padecieron y sobrevivieron, por lo que su contribución resulta fundamental e insustituible para esclarecer los hechos. Finalmente, el tercer artículo de este bloque, hace referencia al instrumento de reparación favorable a las víctimas, con especial énfasis en las modalidades de reparación

simbólica funcionales a ese objetivo. El artículo presenta un diagnóstico nacional sobre memoriales públicos y reflexiona sobre cómo estos atienden la problemática particular de las víctimas de desaparición forzada de personas y sus familiares.

El segundo bloque, “Temas de derecho penal”, presenta los aportes más técnicos de Luis Huerta, Yvan Montoya, Ingrid Díaz y Gloria Guzmán. El artículo de Luis Huerta repasa los aportes jurisprudenciales de la Corte Constitucional de Colombia en materia de violación de derechos humanos, texto que complementa un trabajo previo del mismo autor⁴, que aborda similar temática desde la experiencia del Tribunal Constitucional peruano. El artículo de Yvan Montoya aporta la perspectiva penal material y aborda con detalle el problema planteado a partir de hechos que involucran violación de derechos humanos y la confusión que genera su tipificación como delitos comunes penados en sede nacional, así como su calificación a partir de otras fuentes normativas distintas a la ley penal interna, como el Derecho Penal Internacional o el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. En la misma perspectiva, Ingrid Díaz desarrolla el marco jurídico internacional y jurisprudencial aplicable a hechos que involucran violencia sexual y de género contra la mujer, así como los supuestos en que estos mismos hechos califican como crímenes de lesa humanidad. Finalmente, en el último artículo de este segundo bloque, Gloria Guzmán se refiere a la investigación de graves violaciones contra los derechos humanos, la naturaleza particular de la prueba –principalmente indiciaria– requerida para su esclarecimiento, el papel del juez penal responsable de su valoración y las interrogantes que todo investigador debe formularse para contribuir de modo efectivo a esclarecer los hechos. En la línea de los problemas advertidos al inicio del presente texto introductorio, este último artículo invita a reflexionar sobre la importancia de la investigación y valoración probatoria aplicables a este tipo de crímenes.

Finalmente se incluyen como anexos una relación de jurisprudencias de la Corte Constitucional de Colombia referidas al derecho de las víctimas en el proceso penal y otra sobre memoriales públicos en el Perú, actualizada a julio de 2011.

Con la presente publicación, concluyen las actividades del proyecto Justicia y Derechos Humanos en el Perú: Asesoría, Capacitación y Seguimiento para una Eficaz Judicialización de las Violaciones de Derechos Fundamentales, iniciativa que expresa el compromiso permanente del IDEHPUCP con el fortalecimiento del subsistema de justicia especializado en la investigación y juzgamiento de graves crímenes contra los derechos humanos. El libro *Temas*

⁴ HUERTA, Luis. 2010. *Notas introductorias sobre la relación entre el derecho constitucional y el derecho penal, a propósito de los procesos de judicialización de violaciones de derechos humanos*. En: QUINTEROS, Víctor Manuel (coordinador). *Judicialización de violaciones de derechos humanos: aportes sustantivos y procesales*. Lima: IDEHPUCP.

de derecho penal y violación de derechos humanos forma parte de tal contribución al documentar los aportes académicos del proyecto y facilitar su consulta entre magistrados, profesionales, estudiantes y toda persona interesada en el proceso de judicialización de violaciones de derechos humanos vigente en nuestro país.

El proyecto recibió el invaluable apoyo de diversas personas e instituciones. En primer lugar, es depositario principal de nuestra gratitud el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), gracias a cuyo aporte fue posible desarrollar cada una de las actividades programadas. Del mismo modo, expresamos nuestro agradecimiento a Mario Solari, oficial de programa del PNUD, por su permanente asesoría y acompañamiento. Asimismo merecen un agradecimiento especial quienes a través de sus artículos hicieron posible la presente publicación: Yvan Montoya, Gloria Guzmán, Luis Huerta e Ingrid Díaz. Al equipo de trabajo del IDEHPUCP, corresponde el mérito de la efectiva ejecución del proyecto, siendo cruciales por aportes de Inés Martens y José Alejandro Godoy, y en el plano logístico y administrativo Aida Ugarte, Roxana Tapia y Ricardo Mejía. En ese marco debe destacarse también el permanente respaldo brindado por Salomón Lerner Febres, presidente ejecutivo del IDEHPUCP, así como por Miguel Giusti, Rocío Villanueva y Elizabeth Salmón, quienes asumieron la dirección del instituto durante el periodo de ejecución del proyecto.

Por último es importante expresar nuestro agradecimiento a las personas e instituciones que en distintos momentos colaboraron con las actividades del proyecto. Es el caso de quienes participaron como expositores en los talleres de capacitación del proyecto, algunos de ellos articulistas del presente texto: Félix Reátegui, Yvan Montoya, Iván Meini, Luis Vargas, Julio Espinoza, Roberto Pereira, César Azabache, Marisela Silva, Rafael Barrantes, Ingrid Díaz, Gloria Guzmán, Helka Quevedo y Luis Huerta. Asimismo Ricardo Brousset y los integrantes de la Sala Penal Nacional, Víctor Cubas y los integrantes de las fiscalías penales nacionales y supraprovinciales, Inés Tello de Ñecco y los jueces de las salas y juzgados penales anticorrupción, y los presidentes de las cortes superiores y fiscales decanos de los distritos judiciales de Huánuco, Junín y Ayacucho. Hacemos extensivo el mismo agradecimiento a Alberto Mori, Orieta Pérez-Barreto, Elizabeth Peralta, Paola Conco, Mónica Ríos, Nereyda López, Fiorela González, Cynthia Aragón, María Teresa Rosas, Jorge Abrego, Vladimir León, Carolina Huamán y Emilio Salcedo.

VÍCTOR MANUEL QUINTEROS
Coordinador del proyecto
Lima, noviembre de 2011

Primera parte

Verdad, justicia y reparación

Límites y avances de la justicia penal frente a las violaciones de derechos humanos ocurridas durante el periodo del conflicto armado interno en el Perú

YVAN MONTOYA

1. Introducción: El conflicto armado interno en el Perú

Para comprender las características de la justicia penal peruana y los problemas que tuvo que enfrentar para investigar, juzgar y sancionar los casos de graves violaciones de los derechos humanos ocurridas durante las décadas de 1980 y 1990, es importante presentar de manera breve la naturaleza y evolución del conflicto armado interno que se desarrolló en el Perú –con mayor intensidad– a partir de 1980 hasta 1992, fecha en que empezó a declinar la violencia interna. Sin embargo, el análisis de este periodo resulta insuficiente de cara a nuestro propósito inicial, por lo que se aborda, además, los 10 años de gobierno autoritario del ex presidente Fujimori (1990-2000). Este resumen toma en esencia la descripción y el análisis efectuado por la Comisión de la Verdad y Reconciliación (CVR) del Perú en su *Informe final* presentado en agosto de 2003¹.

¹ La Comisión de la Verdad y Reconciliación (CVR) se creó durante el gobierno del presidente Valentín Paniagua Corraza, mediante Decreto Supremo N° 065-2001-PCM del 4 de julio de 2001. Esta comisión estuvo encargada de esclarecer el proceso, los hechos y las responsabilidades de la violencia terrorista y de la violación de los derechos humanos producidos desde mayo de 1980 hasta noviembre de 2000, imputables tanto a las organizaciones terroristas como a los agentes del Estado, así como proponer iniciativas destinadas a afirmar la paz y la concordia entre los peruanos. El artículo 2, numeral b) del referido texto legal establecía el propósito de la comisión para cooperar con el esclarecimiento, por los órganos jurisdiccionales respectivos, de los crímenes y violaciones de los derechos humanos por obra de las organizaciones terroristas o de algunos agentes del Estado, procurando determinar el paradero y la situación de las víctimas, e identificando, en la medida de lo posible, las presuntas responsabilidades. En ese sentido no solo tiene funciones referidas al esclarecimiento de la verdad, sino también a la contribución del establecimiento de la justicia.

1.1. El Perú antes del conflicto armado interno

La historia del Perú, desde la proclamación de su independencia de la monarquía española (julio de 1821) hasta antes del inicio del conflicto armado interno, ha estado marcada por los gobiernos de dictaduras caudillistas de carácter militar, alternados con breves momentos de democracia formal². Esto explica tanto el precario desarrollo de sus instituciones democráticas, incluidos los organismos integrantes del sistema de administración de justicia³, como la enorme influencia y poder de las Fuerzas Armadas en el país.

Asimismo, el Perú era un país marcadamente centralizado en la capital (Lima) y extendidamente pobre, agobiado por constantes crisis económicas⁴. Estas características permiten explicar, parcialmente, porque cuatro de los departamentos más pobres del Perú (Ayacucho, Huancavelica, Huánuco y Junín) fueron los departamentos más afectados por la violencia política⁵.

Inmediatamente antes del inicio del conflicto armado interno, el Perú había sido gobernado por una dictadura militar (1968-1980) de corte reformista. El fracaso de su proyecto, a lo que se sumó la agudización de la crisis económica y las manifestaciones populares de protesta contra el régimen⁶, especialmente provenientes de los grupos de izquierda, originó que la dictadura convocara

² COMISIÓN ESPECIAL DEL SENADO DOBRE LAS CAUSAS DE LA VIOLENCIA Y ALTERNATIVAS DE PACIFICACIÓN EN EL PERÚ. *Violencia y pacificación*, Desco-Comisión Andina de Juristas, 1989, p. 125.

³ *Ibidem*, pp. 323 y 324. Igualmente la COMISIÓN ESPECIAL PARA LA REFORMA INTEGRAL DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA, *Problemas de la justicia en el Perú: hacia un enfoque sistémico*. Diagnóstico interinstitucional, Comisión Andina de Juristas, Lima, 2004, pp. 32 y ss., que resalta la falta de independencia histórica del Poder Judicial peruano, especialmente respecto del poder político.

⁴ COMISIÓN ESPECIAL DEL SENADO SOBRE LAS CAUSAS DE LA VIOLENCIA Y ALTERNATIVAS DE PACIFICACIÓN EN EL PERÚ, *op. cit.*, pp. 124 y 125.

⁵ COMISIÓN DE LA VERDAD Y RECONCILIACIÓN. Hatun Willakuy. Versión abreviada del *Informe final de la Comisión de la Verdad y Reconciliación del Perú*, Comisión de Entrega del *Informe final de la CVR*, Lima, 2004, pp. 20 y ss. *De acuerdo con el informe Final de la CVR*, una de las características que marcó el conflicto armado interno es la situación de exclusión social y discriminación hacia los peruanos campesinos que vivían en las zonas andinas y especialmente rurales.

⁶ Desde fines de 1975, a raíz de las medidas económicas y sociales que afectaron a los sectores medios y pobres, se manifestó el descontento popular. Luego de manifestaciones de los sindicatos de los sectores minero y pesquero en 1976, se produjeron una serie de paros nacionales de gran envergadura (22 y 23 de mayo y 14 de julio de 1977 y 22 y 23 de febrero de 1978) que terminaron por obligar al gobierno militar a convocar a las elecciones generales de 1980. Al respecto ver Portocarrero Grados, Ricardo. "El Perú contemporáneo", en: *Historia del Perú*, Lexus Editores, Lima, 2000, p. 1112

a elecciones para la instalación de una Asamblea Constituyente encargada de redactar una nueva Constitución y posteriormente se realizaron elecciones generales para un gobierno democrático.

Estas últimas se realizaron en mayo de 1980, de las que resultó triunfador el arquitecto Fernando Belaunde Terry, líder de Acción Popular. Sin embargo, paralelamente, el denominado Partido Comunista del Perú- Sendero Luminoso (PCP-SL), decidió iniciar una guerra armada contra el Estado peruano. La primera acción del conflicto se produjo el 17 de mayo de 1980, cuando un grupo de personas atacó el local del Jurado Nacional de Elecciones en el pueblo de Chuschi (Ayacucho) y quemó las ánforas destinadas para la realización de las elecciones generales de ese año.

1.2. El conflicto armado interno (mayo de 1980 a noviembre de 2000)

La Comisión de la Verdad y Reconciliación (CVR) señaló una cronología básica sobre el conflicto armado interno en el Perú, dividida en cinco periodos, para comprender mejor el periodo de violencia vivido por el país durante las últimas dos décadas del siglo XX. Estos periodos fueron⁷:

- a) *El inicio de la violencia armada (mayo 1980-diciembre 1982)*: comprende desde el primer acto de violencia cometido por el PCP-SL en Chuschi (Ayacucho) el 17 de mayo de 1980 hasta la disposición presidencial que estableció el ingreso de las Fuerzas Armadas en la lucha contrasubversiva en Ayacucho, emitida el 29 de diciembre de 1992. Durante este periodo –como explica la CVR– el PCP-SL realizó atentados terroristas esporádicos contra la propiedad pública y privada, los que aumentaron progresivamente y se tornaron más sistemáticos contra miembros de las Fuerzas Policiales, especialmente en los departamentos de Ayacucho y Huancavelica. La aparición de este grupo maoísta desconcertó a las fuerzas del orden, dado que su hipótesis de amenaza a la seguridad interna se centraba en el surgimiento de un movimiento guerrillero semejante a los aparecidos en el Perú durante la década de 1960.

Desde este periodo ya se habían registrado casos de violaciones de los derechos humanos, pero pasaron desapercibidos en el ámbito nacional debido a la mayor importancia que se brindó al proceso de transición democrática.

⁷ COMISIÓN DE LA VERDAD Y RECONCILIACIÓN. Hatun Willakuy. Versión abreviada del *Informe final de la Comisión de la Verdad y Reconciliación del Perú*, Comisión de Entrega del *Informe final de la CVR*, Lima, 2004, p. 60.

b) *La militarización del conflicto (enero de 1983–junio de 1986)*: este periodo abarca desde la instalación, el 1 de enero de 1983, del primer comando político militar en Ayacucho a cargo del general EP Roberto Clemente Noel Moral, hasta la matanza de presos en varios penales de Lima ocurrida el 18 y 19 de junio de 1986⁸. Este periodo de militarización se caracteriza por el aumento de las acciones terroristas del PCP-SL y por el incremento masivo de casos de violación de los derechos humanos atribuidos a las fuerzas del orden, al asumir la dirección político-militar de la guerra interna.

Entre los hechos de violencia más reprobables pueden mencionarse las masacres de Soccus (atribuida a miembros de la Policía Nacional), Pucayacu (cometida por infantes de la Marina de Guerra), Putis y Accomarca (presuntamente perpetradas por miembros de la Infantería del Ejército). A los miembros del PCP-SL también se les atribuyeron múltiples masacres, entre ellas los asesinatos colectivos en Lucanamarca y Huancasancos. La mayoría de estos hechos se registraron en el departamento de Ayacucho. Cabe mencionar que en este periodo (1984) también inicia sus acciones subversivas y terroristas el denominado Movimiento Revolucionario Túpac Amaru (MRTA), una agrupación de inspiración castrista.

c) *El despliegue nacional de la violencia (junio de 1986–marzo de 1989)*: Se desarrolla desde la referida matanza de los penales de junio de 1986 hasta el 27 de marzo de 1989, fecha del ataque de Sendero Luminoso, con el apoyo de narcotraficantes, al puesto policial de Uchiza, en el departamento de San Martín. En este periodo, el conflicto armado interno desborda su espacio inicial delimitado a los departamentos de Ayacucho y Huancavelica para adquirir una dimensión nacional, dado que las acciones armadas se extendieron a regiones como Puno, Junín, el valle del río Huallaga, entre otros. El ataque a la base policial de Uchiza constituyó una de las mayores acciones militares realizadas por el PCP-SL.

d) *Periodo de crisis extrema, ofensiva subversiva y contraofensiva estatal (marzo de 1989–setiembre de 1992)*: En este periodo se agudizó el conflicto armado. Mientras el PCP-SL definió como nuevo objetivo militar el avance hacia el “equilibrio estratégico”, las Fuerzas Armadas empezaron a aplicar una nueva estrategia integral que suponía la violación de derechos humanos de manera sistemática pero no indiscriminada.

⁸ En junio de 1986, durante el primer gobierno del presidente Alan García, se produjo un grave motín de internos de Sendero Luminoso en tres prisiones de Lima. Este fue duramente reprimido, a cuya causa se produjeron aproximadamente 200 presos muertos debido al uso desproporcionado de la fuerza.

En este periodo, en marzo de 1990, se formó el Grupo Especial de Inteligencia (GEIN), dentro de la Dirección contra el Terrorismo de la Policía Nacional. El GEIN trabajó exclusivamente en el desarrollo de operaciones encubiertas de inteligencia para la captura de los principales dirigentes de las organizaciones subversivas. Así, luego de varias detenciones y allanamientos importantes, se logró ubicar y detener el 12 de setiembre de 1992 al líder máximo del PCP-SL, Abimael Guzmán Reinoso, junto con varios de los principales dirigentes del grupo terrorista.

Cabe recordar que en julio de 1990 asumió la Presidencia de la República Alberto Fujimori, quien ganó las elecciones democráticamente como candidato independiente. Luego de una serie de tensiones entre el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo, el 5 de abril de 1992, Fujimori decidió, junto con las Fuerzas Armadas, dar un golpe de Estado, por lo que dispuso el cierre de las principales instituciones democráticas del país: el Poder Legislativo, el Tribunal de Garantías Constitucionales, el Consejo Nacional de la Magistratura y los gobiernos regionales. Dispuso además la reorganización del Poder Judicial.

- e) *El periodo de declive de la acción terrorista y el autoritarismo corrupto del gobierno (setiembre de 1992–noviembre de 2000):* La falta de un líder que cubriera el vacío dejado por la captura de Guzmán y de dirigentes que sustituyeran a la mayor parte de la cúpula de Sendero Luminoso trajo como consecuencia una disminución sustancial de las acciones terroristas. En octubre de 1993, desde su prisión en la Base Naval del Callao, el líder de la organización terrorista propuso un acuerdo de paz al Estado y el cese de las acciones armadas. Si bien el acuerdo no fue aceptado por el Estado, esa propuesta originó la división de los miembros de esa organización: por un lado, los seguidores de Guzmán y, por otro, aquellos que deseaban proseguir la lucha armada.

El gobierno, luego del golpe de Estado y de la detención de Guzmán, continuó resaltando su imagen popular como supuesto “pacificador del país” y vencedor de la subversión, a la que no le otorgó ninguna concesión. Expresión de ello fue el paquete de normas antisubversivas aprobadas luego del (auto) golpe de Estado.

Durante este periodo se consolidó el poder del asesor del presidente Fujimori, Vladimiro Montesinos Torres. Como consecuencia de su influencia, incluso anterior al golpe de Estado, se realizaron cambios importantes en las Fuerzas Armadas y en los órganos de inteligencia de los institutos armados y Fuerzas Policiales. Los cambios administrativos, funcionales y humanos determinaron que el Presidente de la República

adquiriera poder directo sobre los aparatos de inteligencia operativos, formados en las Fuerzas Armadas. Esto explica la formación, dentro del Ejército, del destacamento Colina, dedicado a perpetrar ejecuciones extrajudiciales y desapariciones forzadas, así como su relación directa tanto con el asesor, jefe de facto del Servicio de Inteligencia Nacional (SIN), como con el Presidente de la República. Este grupo inició sus acciones de aniquilamiento en noviembre de 1991 con la matanza de 15 personas y la lesión de otras 4 en una vivienda popular en Barrios Altos (en adelante caso Barrios Altos). Otro hecho trágico atribuido al destacamento Colina fue la desaparición y posterior ejecución de 9 estudiantes y un profesor de la Universidad Guzmán y Valle (en adelante caso La Cantuta) el 18 de julio de 1992.

Las numerosas denuncias por violaciones de derechos humanos ocurridas durante el gobierno de Fujimori se impulsaron a raíz del hallazgo de fosas en las que se encontraron los restos de los estudiantes y del profesor de la Universidad de la Cantuta.

Teniendo al SIN como su principal aparato político, el gobierno continuó con una serie de cambios intencionales de la legislación y prácticas de corrupción (destinadas a eliminar la independencia de los otros poderes del Estado), para garantizar la impunidad de los agentes estatales implicados en violaciones de los derechos humanos, con quienes mantenía una alianza muy estrecha.

Por ello, en julio de 1995 el gobierno promulgó la Ley N° 26749, que amnistió a todos los militares y policías que estuvieran siendo investigados, juzgados o condenados por delitos cometidos en la lucha contrasubversiva. Frente a este hecho, la jueza Antonia Saquicuray, quien investigaba el caso Barrios Altos, decidió, en ejercicio de sus facultades constitucionales, realizar control difuso de la ley indicada y no aplicarla. Por ello, el Congreso de la República expidió una segunda ley (Ley N° 26492), por medio de la cual estableció que la ley de amnistía no podía ser objeto de control constitucional. Como consecuencia de estas normas, desde 1995 hasta 2001 fue prácticamente imposible continuar con la investigación y judicialización de casos de violaciones de los derechos humanos perpetradas por agentes estatales.

Cabe indicar que, si bien los casos de violaciones graves de derechos humanos disminuyeron luego de la caída de Abimael Guzmán, aumentaron sustancialmente los casos de detenciones arbitrarias, producto de la inconstitucional legislación antisubversiva aprobada tras el golpe de Estado.

Durante los años siguientes, las escasas actuaciones subversivas fueron aprovechadas por el gobierno para legitimarse políticamente, dado que utilizó éxitos específicos en la lucha contrasubversiva para contrarrestar a sus opositores políticos, caso del rescate de rehenes en la residencia del embajador de Japón a manos del MRTA (1997) y la captura de “Feliciano”, principal mando senderista en libertad luego de la caída de Guzmán (1999).

Finalmente, como consecuencia de la pretensión inconstitucional de Fujimori de una segunda reelección presidencial y de las sospechas, cada vez más ciertas, de actos de corrupción gubernamental en sus más altos niveles, la tensión entre el gobierno y la oposición se agudizó profundamente⁹. Fujimori ganó las elecciones entre graves denuncias de fraude electoral. Sin embargo, el 14 de setiembre de 2000, poco después de la asunción del cargo y en pleno contexto de inestabilidad política, se difunde un video con imágenes del asesor presidencial, Vladimiro Montesinos Torres, en que entrega un soborno a un congresista electo de la oposición para que apoye al partido de gobierno. Este hecho fue el detonante para la salida de Montesinos, la convocatoria a nuevas elecciones presidenciales y la huida de Fujimori al Japón en noviembre de 2000.

En relación con el periodo investigado, el *Informe final de la Comisión de la Verdad y Reconciliación* estableció las siguientes conclusiones centrales:

- El conflicto armado interno que vivió el Perú entre 1990 y 2000 constituyó el episodio de violencia más intenso, más extenso y más prolongado de toda la historia de la República, y reveló los desencuentros y las brechas profundas en la sociedad peruana.
- Fueron identificados 23,969 peruanos muertos o desaparecidos. Dado que no todas las víctimas fueron reportadas a la CVR, se realizaron estimaciones estadísticas, cuyos resultados permiten afirmar que el total de víctimas fatales del conflicto armado fue aproximadamente 69,000 personas.
- Se ha constatado que la población campesina fue la principal víctima de la violencia. De la totalidad de víctimas reportadas, el 79% vivía en zonas rurales y el 56% se dedicaba a actividades agropecuarias.

⁹ La expresión más aguda del conflicto entre el gobierno y la oposición se evidencia en la denominada Marcha de los Cuatro Suyos, encabezada por el líder de la oposición Alejandro Toledo. La marcha convocó a aproximadamente 100,000 personas de diversos lugares del Perú los días 26, 27 y 28 de julio de 2000, que protestaron contra la elección inconstitucional de Fujimori y la falta de condiciones mínimas para un proceso electoral libre, justo y transparente.

- La causa inmediata y fundamental del desencadenamiento del conflicto fue la decisión del PCP-SL de iniciar la lucha armada contra el Estado peruano. Este grupo terrorista, el mayor perpetrador de crímenes y violaciones de los derechos humanos, fue el responsable del 54% de las víctimas fatales (asesinados y desaparecidos)
- Los miembros de las Fuerzas Armadas y Fuerzas Policiales son responsables aproximadamente de un 35% de las ejecuciones extrajudiciales y desapariciones ocurridas en el Perú durante el conflicto armado interno. En algunos lugares y algunos momentos, las violaciones de los derechos humanos perpetradas por agentes del Estado fueron sistemáticas o generalizadas.

El artículo se limitará a tratar la situación de las violaciones de los derechos humanos perpetradas por agentes estatales, especialmente de miembros de las Fuerzas Armadas y las Fuerzas Policiales. Esto se debe no solo a las limitaciones de espacio, sino también a las particularidades que plantea este fenómeno a la justicia transicional en el Perú¹⁰.

2. Los mecanismos de impunidad en los casos de violaciones graves de los derechos humanos en el Perú

2.1. El sistema penal durante el conflicto armado interno: primeros obstáculos para procesar casos de violaciones graves de los derechos humanos

Desde el inicio del conflicto armado interno, paralelamente a las primeras acciones subversivas, se presentaron actos represivos por parte de los agentes estatales (miembros de las Fuerzas Armadas y Fuerzas Policiales). Estos sucesos generaron las primeras denuncias de las víctimas o de sus familiares ante el sistema penal. En las líneas siguientes exponemos los obstáculos que se presentaron durante el conflicto para la investigación y judicialización de casos de violaciones de los derechos humanos:

¹⁰ Comparto íntegramente el concepto de justicia transicional desarrollada por AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel; ELSNER, Gisela (editores), *Justicia de transición, con informes de América Latina, Alemania, Italia y España, Montevideo, Konrad-Adenauer-Stiftung, 2009*. Por justicia transicional se “comprende el entero ámbito de los procesos y mecanismos asociados con los intentos de una sociedad para afrontar un legado de abusos a gran escala del pasado, para asegurar responsabilidad, rendir justicia y lograr reconciliación”.

- a) *Falta de independencia de los órganos del sistema judicial y la intimidación de magistrados*: La CVR afirmó en su *Informe final* que uno de los problemas estructurales del sistema de justicia era su falta de autonomía e independencia. Este problema era anterior al inicio del conflicto armado e incidió en la desprotección de los derechos humanos durante ese periodo.

A ese factor se añadió la falta de seguridad de los magistrados del Poder judicial y del Ministerio Público, lo que configuró una situación de debilidad de los agentes judiciales para tomar decisiones frente a casos que involucraban a instituciones del Estado (Fuerzas Armadas y Fuerzas Policiales), más aún cuando estas recurrían con frecuencia a la intimidación y la amenaza. Un caso emblemático fue la investigación de la masacre de Cayara. Como describe la CVR¹¹:

[...] en este caso, el Dr. Manuel Catacora Gonzales, encargado de la Fiscalía de la Nación, encomendó al doctor Carlos Escobar Pineda, Fiscal Superior Comisionado de Ayacucho, la investigación de las denuncias respecto de la muerte y desaparición de comuneros del distrito de Cayara, el 14 de mayo de 1988, concluyendo que existían suficientes elementos para denunciar los hechos, presumiendo la responsabilidad del Jefe del Comando Político Militar de la Zona de Seguridad Nacional Central N° 05 de Ayacucho, General del Ejército Peruano José Valdivia Dueñas.

Sin embargo, durante la investigación realizada por esta autoridad, sucedieron hechos de grave singularidad como la muerte de testigos y las amenazas repetidas al fiscal, al punto que se debió cambiar al titular encargado de la investigación. Como consecuencia, en el ámbito del Ministerio Público existen hasta tres dictámenes o pronunciamientos sobre la investigación de lo que había sucedido en Cayara, culminando en el emitido por el Dr. Jesús Granda Olaechea, Fiscal Provincial, quien concluye que no existían elementos para denunciar a ninguna persona y ordenaba archivar provisionalmente la investigación, dejándola, en efecto, en la impunidad [...].

- b) *Infraestructura insuficiente y debilitamiento de las competencias de los órganos del sistema penal*¹²: La ausencia de estos presupuestos, especialmente

¹¹ COMISIÓN DE LA VERDAD Y RECONCILIACIÓN. *Informe final*. Tomo III, Lima: CVR, 2003, p. 256

¹² Sobre la falta de madurez y de independencia y autonomía del sistema judicial peruano durante el conflicto armado interno ver COMISIÓN DE LA VERDAD Y RECONCILIACIÓN. *Informe final*, Tomo III, capítulo 2, pp. 41 y ss.

necesarios para enfrentar situaciones de abuso de autoridad, también era una herencia que arrastraba el sistema judicial desde antes del inicio del conflicto armado interno.

La estructura ineficiente se reflejaba, entre otros aspectos, en la limitación de recursos económicos e infraestructura para facilitar el recojo de material probatorio o en la falta de equipos de antropología forense dentro del Instituto de Medicina Legal.

El debilitamiento de las competencias necesarias para investigar y juzgar este tipo de crímenes se apreció en la creación de órganos especializados sin las competencias necesarias para investigar casos de alta complejidad. Por ejemplo, en 1985 se creó, mediante Resolución N° 614-85-MP-FN, la Oficina General de los Derechos Humanos, a la que se encomendó la genérica tarea de apoyar la labor del fiscal de la Nación en la información y el seguimiento de las denuncias sobre violaciones de los derechos humanos. Posteriormente, y sobre la base de la referida oficina, la Fiscalía de la Nación, mediante Resolución N° 192-89-MP-FN, de fecha 27 de abril de 1989, creó la Fiscalía Especial de Defensoría del Pueblo y Derechos Humanos sin ningún tipo de reglamento que regulara sus funciones. La falta de delimitación de funciones y, por lo tanto, la ausencia de competencias para formalizar denuncias una vez concluidas sus investigaciones determinaron que las investigaciones de casos de violaciones de los derechos humanos se duplicaran burocráticamente. La burocratización del trámite de este tipo de denuncias motivó que ellas permanecieran paralizadas o fueran archivadas en etapas preliminares de la investigación¹³.

- c) *La falta de capacidad de los fiscales y jueces para el tratamiento de crímenes de sistema*: Esta situación fue comprendida, por ejemplo, en la falta de capacitación de los jueces para utilizar, en los casos de detenciones arbitrarias o desapariciones, el derecho constitucional o el derecho internacional de los derechos humanos.

Al respecto, Eguiguren Praeli¹⁴ señala, en relación con los procesos

¹³ Un breve estudio de casos sobre la deficiente actuación de la primera fiscalía especializada en Defensoría del Pueblo y Derechos Humanos puede verse en DEFENSORÍA DEL PUEBLO. Ejecuciones extrajudiciales, Informe Defensorial N° 77, Lima, 2003, pp. 52 y ss. Esto se condice con los primeros informes sobre el Perú registrados por Amnistía Internacional, en los que se señala que no se ha recibido información de que el Perú haya iniciado investigaciones independientes sobre los numerosos informes de tortura planteados por esta organización no gubernamental, la Iglesia Católica y la Comisión de Derechos Humanos del Parlamento (AMNISTÍA INTERNACIONAL. Tortura, Madrid, 1984, p. 154).

¹⁴ Al respecto, ver EGUIGUREN PRAELI, FRANCISCO. *Los retos de una democracia insuficiente. Diez años de régimen constitucional en el Perú 1980-1990*, Comisión Andina de Juristas, Lima, 1990, pp. 52 y 53.

de hábeas corpus, que desde 1986 se aprecia un decrecimiento de la presentación de este tipo de demandas debido, según su investigación, a su reiterado rechazo motivado por la prolongada vigencia de estados de emergencia en diversas zonas del país desde 1982. Eguiguren añadió que en estos casos no se aplicaron controles de razonabilidad sobre los motivos de la detención¹⁵. Esto, evidentemente, mostró que los operadores de justicia no utilizaban la Constitución como norma suprema.

Los problemas de aplicación del derecho constitucional, del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho penal internacional se agudizaron posteriormente a partir de 2001, como consecuencia del tiempo transcurrido desde el momento en que se perpetraron los hechos delictivos. El paso del tiempo originó varios problemas de aplicación que se explicarán en el siguiente apartado.

- d) *La falta de cooperación de las instituciones militares y policiales con el sistema judicial*: Esta situación ha sido constante en la actuación de los responsables de las instituciones militares y policiales. Ante la solicitud de información por parte de los órganos del Ministerio Público, las autoridades militares y policiales no respondieron o lo hicieron negando reiteradamente los hechos. Esto se evidenció, a manera de ejemplo, en las indagaciones sobre lo ocurrido en la masacre de Cayara. En este caso, ni el Ministerio Público ni la comisión investigadora del Congreso de la República pudieron acceder al lugar de los hechos durante 15 días, tiempo empleado por los militares para ocultar las huellas de los delitos cometidos.

Igual situación pudo observarse en los casos de violación sexual ocurridos en las comunidades de Manta y Vilca, en las que varios agentes militares acusados de violación sexual fueron trasladados a otras zonas militares con el fin de que no los identificaran.

- e) *La transferencia de competencia al fuero militar*: Otro mecanismo reiterado de impunidad en este periodo fue la renuncia del sistema penal común a favor del sistema de justicia militar en los casos en que se presentaban contiendas de competencia. En la mayoría de los casos, el fuero militar archivó las denuncias, lo que concretó una situación de impunidad en

¹⁵ Igualmente debo indicar que en los casos de desaparición forzada de personas las demandas de hábeas corpus fueron declaradas sistemáticamente improcedentes en la medida en que los jueces exigían absurdamente la presencia del detenido para pronunciarse. Una crítica a la actuación del Poder Judicial en este periodo en: MONTOYA, Yvan. *Poder Judicial y Estado democrático*, Instituto de Defensa Legal, Lima, 1997.

¹⁶ COMISIÓN DE LA VERDAD Y RECONCILIACIÓN. *Informe final*, tomo III, Lima: CVR, 2003, pp. 262 y 263.

los casos más graves de violaciones de los derechos humanos. La CVR ha cuestionado duramente la actuación del sistema de justicia en este aspecto¹⁶:

[...] Es también un supuesto de omisión de deberes que constituyó al sistema judicial en agente violador de derechos fundamentales, la abdicación de la jurisdicción frente al sistema de justicia militar. En efecto, durante el período que va hasta 1992, los jueces del fuero común se inhibieron a favor del fuero militar o fueron ordenados de hacerlo por instancias superiores, siempre que se estableció una contienda de competencia. [...] casos notorios como los relativos al comportamiento de la infantería de Marina en Huanta como el caso Pucayacu y el caso Callqui en 1984 fueron resueltos a favor del fuero militar. [...] Este patrón de abdicación se profundizó luego con los casos de Accomarca y Parcco-Pomatambo y Cayara, que quedaron en la impunidad luego de ser derivados a la justicia militar.

2.2. El sistema penal posconflicto armado durante el gobierno de Alberto Fujimori: la institucionalización de la impunidad

El fin del conflicto armado interno se evidenció con la caída del líder de la agrupación terrorista Sendero Luminoso¹⁷ y de la desintegración del MRTA. Este proceso, en lugar de abrir un período de esclarecimiento de la verdad y realización de la justicia, fue seguido de una etapa de institucionalización de la impunidad. Ello se debió sobre todo al aprovechamiento político que realizó Alberto Fujimori de la derrota del movimiento subversivo, para consolidar la alianza de su gobierno con un proyecto militar de perpetuación en el poder desde el golpe de Estado de abril de 1992.

A partir de allí, los mecanismos de impunidad no se limitaron a la falta de cooperación de las fuerzas del orden o a los actos de intimidación de estos contra los órganos del sistema judicial, sino que implicaron progresivos actos gubernamentales o legislativos (aprovechando la mayoría parlamentaria conseguida por Fujimori) de alcance general y permanente, como veremos a continuación:

a) *Amedrentamiento público sin control*: Un dato que muestra la diferencia

¹⁷ Abimael Guzmán Reinoso, líder del grupo terrorista Sendero Luminoso, fue capturado el 11 de setiembre de 1992 junto con varios líderes de la organización luego de un trabajo minucioso de inteligencia de la Policía Nacional.

cualitativa de los mecanismos de impunidad en este periodo fue el inusual desfile de tanques el 21 y 22 de abril de 1993 por las calles de Lima, dispuesto por el jefe del Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas, Nicolás Hermoza Ríos, en protesta por las investigaciones iniciadas por los asesinatos en los casos Barrios Altos y La Cantuta, atribuidas a agentes del Servicio de Inteligencia del Ejército. Ninguna autoridad gubernamental desautorizó esta manifestación pública de amenaza.

- b) *Leyes de autoamnistía*: Los actos más claros de institucionalización de la impunidad se manifiestan en las leyes de autoamnistía expedidas por el gobierno de Fujimori a través de su mayoría parlamentaria en 1995. Efectivamente, mediante la Ley N° 26479 se aprueba una amnistía general por medio de la cual se beneficiaba no solo a los condenados por violaciones de derechos humanos durante la lucha contra el terrorismo, sino también a los procesados, investigados o cualquier persona susceptible de ser investigada por el mismo motivo. De acuerdo con nuestra legislación, la amnistía es una de las modalidades de extinción de la acción penal, lo que impedía cualquier investigación o juzgamiento de estos casos.

Sin embargo, a pesar de la promulgación de la referida ley, la jueza Antonia Saquicuray, quien venía investigando los sucesos de Barrios Altos, consideró que esta resultaba inaplicable al caso concreto por su incompatibilidad con la Constitución. Como consecuencia de esta actuación legítima del órgano judicial, el Congreso de la República decidió interferir en el proceso, aprobando una segunda ley (Ley N° 26492), por medio de la cual se declaraba que el Poder Judicial no tenía facultad de revisar la ley de amnistía.

A partir de estas dos leyes de autoamnistía, múltiples procesos judiciales e investigaciones fiscales en curso fueron archivados. Asimismo, quienes fueron condenados por violaciones de los derechos humanos fueron excarcelados, principalmente miembros del destacamento Colina que habían sido condenados benignamente por la jurisdicción militar. Esta situación de impunidad absoluta se prolongó aproximadamente hasta fines de 2000, fecha en que se derrumba el gobierno autoritario y corrupto de Fujimori y la presidencia es asumida por el entonces congresista de oposición Valentín Paniagua, de prácticas claramente democráticas.

- c) *Control gubernamental del sistema de justicia*: Una forma de evitar el control judicial del ejercicio arbitrario del poder es el sometimiento de los órganos de dicho sistema al control gubernamental, suprimiendo severamente su condición de órganos independientes y autónomos. El golpe de Estado del 5 de abril de 1992 tuvo como una de sus “motivaciones” la

situación de ineficiencia y corrupción del Poder Judicial. Por ello, el gobierno de facto mantuvo una posición crítica contra este poder del Estado y destituyó de manera arbitraria a 133 magistrados, entre ellos a 12 magistrados supremos, 33 magistrados superiores de la Corte Superior de Lima, 8 magistrados del distrito judicial del Callao, entre otros¹⁹. Estos magistrados fueron sustituidos por magistrados provisionales supeditados a los órganos de gobierno controlados por el Poder Ejecutivo. En efecto, el gobierno autoritario promulgó la Ley N° 26546, por medio de la cual se creó la Comisión Ejecutiva del Poder Judicial, que sustituyó a todos los órganos regulares de gobierno de este poder del Estado.

Con esta estructura, se aseguró que ningún caso de violaciones de los derechos humanos atribuido a agentes estatales fuera investigado o judicializado y que los magistrados no cuestionaran constitucionalmente la “legalidad” gubernamental.

- d) *Desvinculación del sistema interamericano de protección de los derechos humanos*: Si bien el gobierno de Fujimori mantenía el control de la impunidad en el ámbito interno, la situación en el ámbito externo no había sido considerada. Una serie de pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en contra del Estado peruano (en particular los procesos vinculados al caso Castillo Petruzzi²⁰, al cese arbitrario de tres magistrados del Tribunal Constitucional y al caso Loayza Tamayo²¹) y otros casos importantes que eran sometidos a su competencia (entre ellos el caso Barrios Altos) determinaron que el gobierno del Perú considerara peligrosa la proximidad de varias sentencias de ese tribunal supranacional, posiblemente contrarias a sus intereses y que no estaba dispuesto a acatar²².

En ese sentido, el gobierno fujimorista, desde los primeros meses de 1999 inició una campaña de desprestigio contra la Corte Interamericana, a la que señaló como un obstáculo para la política contraterrorista. Ello

¹⁹ COMISIÓN ESPECIAL PARA LA REFORMA INTEGRAL DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA. *Los problemas de la justicia en el Perú: hacia un enfoque sistémico*, Comisión Andina de Juristas, Lima, 2004, p. 35

²⁰ En sentencia del 30 de mayo de 1999, la Corte Interamericana en el caso Castillo Petruzzi dispuso la nulidad del proceso seguido por el Estado peruano en contra de Castillo Petruzzi, miembro de la organización terrorista MRTA, y ordenó un nuevo proceso.

²¹ Con fecha 27 de noviembre de 1998, la Corte Interamericana consideró, en el caso Loayza Tamayo, que el Estado del Perú debía investigar los hechos, identificar y sancionar a sus responsables, y adoptar las disposiciones necesarias de derecho interno para asegurar el cumplimiento de esta obligación.

²² COMISIÓN DE LA VERDAD Y RECONCILIACIÓN. *Informe final*, op. cit., tomo III, acápite 2.3, pp. 125 y ss.

derivó en que el 14 de julio de 1999 el Estado peruano remitiera una comunicación a la Secretaría General de la OEA, en la que, de manera unilateral e incumpliendo los procedimientos internos previstos en el Pacto de San José, retiraba a nuestro país de la competencia contenciosa de la corte²³.

3. Los mecanismos de resistencia y superación de la impunidad

3.1. Los mecanismos de resistencia a la impunidad (primer periodo)

La superación de la impunidad en el Perú no hubiera sido posible sin el rol que cumplieron algunas instituciones nacionales e internacionales no oficiales desde el conflicto armado interno. Así también lo ha reconocido la CVR en su *Informe final*²⁴:

- a) *Las organizaciones nacionales de protección de los derechos humanos*: Desde el inicio del conflicto armado interno, distintas instituciones y personas decidieron actuar en defensa de los derechos humanos protegiendo a los ciudadanos de posibles abusos perpetrados por el Estado. Estas instituciones organizaron acciones conjuntas desde 1985 en torno a la Coordinadora Nacional de Derechos Humanos (CNDH).

A lo largo de su historia, la coordinadora se convirtió en un eficaz instrumento para que las víctimas de la violencia encontraran protección y asesoría legal. Al mismo tiempo, su rigurosidad y seriedad la convirtieron en una obligada referencia ética dentro del escenario político nacional, y se diferenció claramente de cualquier proyecto político de izquierda, a pesar de la procedencia de algunos de sus miembros. Ello se basó en que uno de sus principios fundamentales ha sido el rechazo a la violencia, sea procedente de los agentes del Estado (Fuerzas Armadas y Policiales) o de los grupos terroristas.

Desde su inicio, las organizaciones congregadas en la Coordinadora Nacional de Derechos Humanos denunciaron las violaciones de los derechos humanos cometidas por agentes del Estado, así como los

²³ El 7 de julio de 1999, el Congreso peruano aprobó, por mayoría simple, un proyecto de ley remitido por el Presidente de la República, por medio del cual se decide, con efecto inmediato, el retiro del Perú de la competencia contenciosa de la corte.

²⁴ COMISIÓN DE LA VERDAD Y RECONCILIACIÓN. *Informe final*, tomo III, capítulo 3, pp. 293 y ss.

crímenes y las violaciones al derecho internacional humanitario de las organizaciones subversivas. En el ámbito interno, las acciones contra los perpetradores estatales se materializaron en denuncias ante los órganos del Ministerio Público por delitos tipificados en la legislación penal interna (asesinatos, secuestros, lesiones, entre otros). La coordinadora también planteó, de manera consistente, reclamos ante los órganos de protección de los derechos humanos (Comité de Derechos Humanos, grupos temáticos de vigilancia, etc.), especialmente ante el sistema interamericano. Todas estas actuaciones, particularmente las resoluciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y los primeros pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuestionaron la legitimidad del ejercicio del poder de los gobiernos de turno, condicionando incluso la cooperación económica proporcionada por Estados Unidos.

- b) *La Iglesia católica y las iglesias evangélicas*: La Iglesia católica (en particular las comunidades de base) fue una voz de denuncia de los crímenes y las violaciones de los derechos humanos. También proclamó y defendió el valor de la vida y la dignidad de la persona. Pero la intervención no se limitó a los reclamos ante los órganos del sistema penal, pues, además, se promovieron reiteradamente movilizaciones por la paz y contra la violencia. Las denuncias realizadas por la mayoría de los obispos, así como por las instancias nacionales de la Iglesia (como la Conferencia Episcopal de Acción Social), irritaban en extremo a las autoridades.

Por su parte, las iglesias evangélicas, que se articularon en diferentes denominaciones y entidades paraeclesiales, se congregaron en el Concilio Nacional Evangélico del Perú (Conep). Como reconoció la CVR, la comunidad evangélica denunció tanto los actos de terror de los grupos subversivos como los cometidos por miembros de las Fuerzas Armadas. Durante el conflicto armado interno, la comunidad evangélica asumió la defensa de casos de miembros de su comunidad víctimas de violaciones de sus derechos civiles y políticos. También asumió la defensa jurídica de casos de líderes y ciudadanos evangélicos injustamente acusados y encarcelados por delitos de terrorismo en prisiones de Lima, Chiclayo, Cajamarca, Huancayo, Huancavelica, Puno y Cuzco principalmente.

- c) *El periodismo de investigación*: La CVR señaló la existencia de tres etapas diferenciadas en lo que se refiere a la actuación del periodismo durante el conflicto armado interno. La primera estuvo marcada por el desconcierto y por el desconocimiento de la naturaleza y lógica de actuación de Sendero Luminoso. La segunda, por la difusión sensacionalista de las acciones

subversivas. La tercera, aquella en la que nos centraremos, se caracterizó por la profesionalización del ejercicio del periodismo, que buscaba lograr una mayor objetividad en el tratamiento de las noticias a partir de la investigación, del examen de fuentes y de una distancia crítica de los hechos, así como por su propósito de informar de modo independiente. Dentro de este esfuerzo, la CVR consideró importante resaltar las investigaciones periodísticas que permitieron develar los crímenes perpetrados por grupos paramilitares y escuadrones de la muerte. Un ejemplo emblemático de esta actividad lo constituyó el esclarecimiento, a través del periodista Ricardo Uceda, de los responsables de la desaparición y posterior ejecución de nueve estudiantes y un profesor de la Universidad La Cantuta. Varios de estos trabajos periodísticos han servido posteriormente como pruebas documentales importantes para procesar casos de violaciones graves de los derechos humanos, como el seguido contra el expresidente Alberto Fujimori.

- d) *El sistema interamericano y universal de protección de los derechos humanos:* Desde los primeros años del conflicto armado interno, las organizaciones no gubernamentales presentaron una serie de denuncias ante el sistema interamericano y ante el sistema universal de protección de los derechos humanos. Entre 1990 y 2000, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos se pronunció en aproximadamente 159 casos de violaciones de los derechos humanos ocurridas en el Perú, y recomendó la investigación, el juzgamiento y la sanción de los perpetradores de estos hechos. El Estado peruano, al no responder los requerimientos de la Comisión Interamericana o al brindar respuestas insuficientes, determinó la acumulación progresiva de una serie de decisiones internacionales en su contra y que muchos de los casos mencionados fueran sometidos a la Corte Interamericana, órgano cuyas sentencias son vinculantes y directamente ejecutables por los tribunales peruanos. Como hemos mencionado, el gobierno de Fujimori decidió unilateralmente retirarse de la competencia contenciosa de la corte, para eludir las sentencias en su contra.

3.2. Los mecanismos de superación de la impunidad (segundo periodo)

A pesar de los esfuerzos realizados por las organizaciones e instituciones descritas en el punto anterior, el panorama que se presentaba a partir de 1995 (con la vigencia de la Ley de Amnistía) era de absoluta impunidad. El proceso de superación de esta situación solo puede ser explicado a partir de una serie de factores que confluieron a este propósito.

3.2.1. Factores que contribuyeron a sentar las bases para superar la impunidad

a) *La coyuntura política y social:*

Uno de los factores más importantes que permitió superar la impunidad en el Perú fue la caída del régimen del expresidente Fujimori. Como hemos mencionado en el primer punto de este artículo, las pretensiones inconstitucionales de una segunda reelección presidencial; las denuncias de la vinculación del presidente, a través de su asesor presidencial Vladimiro Montesinos, con el destacamento Colina, y las graves situaciones de corrupción que involucraban al mismo presidente y a funcionarios del más alto nivel, determinaron la salida de Fujimori del gobierno, la instalación de un gobierno de transición y la convocatoria adelantada para elecciones presidenciales.

Un dato importante que debe mencionarse aquí es la grave situación de corrupción en la que estuvieron implicados altos oficiales de las Fuerzas Armadas y Policiales. Esto motivó que las instituciones castrenses pasaran de una situación de cierto prestigio por la derrota militar del terrorismo a una situación de desprestigio y deslegitimación.

b) *Reconstitución y fortalecimiento de las instituciones democráticas*

Instalado el gobierno de transición bajo la jefatura del presidente Valentín Paniagua, se inició un proceso de reconstitución de las instituciones democráticas severamente debilitadas por el gobierno anterior.

En primer lugar, podemos citar al Tribunal Constitucional, cuya constitución se recompuso con la restitución de tres de sus miembros expulsados arbitrariamente y la elección de miembros elegidos por el Congreso de la República. A partir de este momento, el Tribunal Constitucional tuvo una intervención decisiva en la superación de la impunidad con importantes sentencias que conformaron progresivamente una doctrina constitucional vinculante relativa a la protección de los derechos fundamentales. Algunas de las sentencias más destacadas fueron:

- Caso Villegas Namuche, del 18 de marzo de 2004. Esta sentencia giró en torno a la naturaleza permanente del delito de desaparición forzada y su aplicación inmediata (no retroactiva) sobre hechos que se iniciaron con anterioridad a la entrada en vigencia del tipo penal y en los que aún se

- desconoce el paradero de la víctima. Esta sentencia también reconoció el derecho a la verdad para casos de violaciones de los derechos humanos.
- Caso Vera Navarrete, del 9 de diciembre de 2004. Señaló el impedimento de la invocación de plazos de prescripción u otros mecanismos que impidieran investigar y juzgar casos de derechos humanos.
 - Sentencia sobre la delimitación de los delitos de función y la competencia del fuero militar (Expediente 0012-2006 PI/TC, 15 de diciembre de 2006). De acuerdo con esta resolución, el fuero militar no tiene competencia para conocer delitos comunes que implican violaciones de derechos humanos.
 - Caso Santiago Martín Rivas, del 2 de marzo de 2007. La sentencia estableció criterios para declarar la invalidez de la amnistía o de otras instituciones con efectos de cosa juzgada, como mecanismos de extinción de la persecución penal en casos de violaciones graves de los derechos humanos.

Otra institución importante en este proceso fue el Congreso de la República. Esta institución dejó de ser absolutamente dependiente del Poder Ejecutivo para constituirse, luego de la caída del régimen fujimorista, en una institución con independencia y autonomía. En ese contexto debe destacarse el trabajo de la Comisión de Acusaciones Constitucionales, que acusó ante el Pleno del Congreso al expresidente de la República y a altos funcionarios de su gobierno por las violaciones de los derechos humanos cometidas durante el conflicto armado interno y dispuso, ante el Ministerio Público, la investigación de este tipo de casos.

Finalmente debe destacarse el rol cumplido por la Defensoría del Pueblo. Esta institución estatal no sufrió la intervención del gobierno de Fujimori, sino todo lo contrario, mantuvo su independencia y autonomía desde la elección del primer defensor del Pueblo hasta la actualidad. La Defensoría del Pueblo, a partir de 2002, elaboró informes defensoriales²⁵ sobre el hallazgo de fosas con restos de personas asesinadas presuntamente por agentes del Estado. La defensoría recomendó reiteradamente la creación de una comisión de la verdad y reconciliación competente para esclarecer el periodo de violencia política que vivió el Perú. Esta recomendación fue

²⁵ Ver Informe Defensorial N° 002-2002-DP/ADDHH. Investigación defensorial sobre la existencia de presuntas fosas comunes con restos humanos en el paraje de Sancaypata, del distrito de Totos, provincia de Cangallo, Ayacucho. También ver Informe Defensorial N° 03-2002 DP/ADDHH. Investigación defensorial sobre la existencia de presuntas fosas comunes con restos humanos en el paraje de Ccarpaccase del distrito de Totos, provincia de Cangallo, Ayacucho.

dada mediante la Resolución Defensorial N° 57-DP-2000 de noviembre de 2000 y reiterada mediante Resolución Defensorial N° 15-DP-2001 de mayo de 2001.

La defensoría cumplió un rol importante en el proceso de judicialización de violaciones de los derechos humanos, con la elaboración del Informe Defensorial N° 77. En este documento se presentaron las investigaciones de 11 casos de ejecuciones extrajudiciales y se develaron los problemas que tenía la justicia penal en la investigación, juzgamiento y sanción de este tipo de prácticas.

Finalmente, la Defensoría del Pueblo es la entidad depositaria de los archivos de la Comisión de la Verdad y Reconciliación, entregados al final de sus labores. También mantiene, como parte de sus obligaciones, la supervisión del cumplimiento de las recomendaciones de la CVR. En el ejercicio de esta función, la Defensoría del Pueblo ha elaborado en varias ocasiones (sobre todo al inicio del periodo post-CVR) un informe sobre el estado de las denuncias penales por violaciones de los derechos humanos presentadas por la CVR y la propia defensoría ante el Ministerio Público.

En estos informes, la defensoría advirtió los diversos obstáculos para la judicialización de este tipo de casos: desde los problemas organizacionales del sistema judicial hasta los problemas de aplicación del derecho penal en los casos concretos, pasando por la necesidad de ciertos ajustes normativos en el tema de reparaciones y exhumaciones.

c) La Comisión de la Verdad y Reconciliación (CVR)

Mediante Decreto Supremo N° 065-2001-PCM, emitido el 4 de junio de 2001, el gobierno democrático de transición encabezado por Valentín Paniagua creó la Comisión de la Verdad. Este grupo de trabajo tenía entre sus competencias el esclarecimiento de la verdad, la determinación de las causas y consecuencias del conflicto armado interno, así como la contribución a la realización de la justicia. Esta última se haría poniendo a disposición de los órganos del sistema penal sus conclusiones sobre los crímenes y las violaciones de los derechos humanos perpetrados por las organizaciones terroristas y agentes del Estado, la identificación de las víctimas y los posibles perpetradores.

Posteriormente, mediante el Decreto Supremo N° 101-2001-PCM, emitido el 31 de agosto de 2001, el gobierno del presidente Alejandro Toledo modificó el nombre de la Comisión de la Verdad por el de Comisión de la Verdad y Reconciliación, y se amplió el número de sus miembros de 7 a 12 personas.

La comisión fue presidida por el exrector de la Pontificia Universidad Católica del Perú Salomón Lerner Febres, y su trabajo duró aproximadamente dos años.

Hemos hecho referencia en el primer acápite a las conclusiones principales presentadas por la CVR en su *Informe final*. En este documento también se registran tanto los patrones generales de prácticas vulneratorias de los derechos humanos como 73 casos concretos de crímenes cometidos por miembros de las organizaciones terroristas como por integrantes de las Fuerzas Armadas y Policiales.

Además, la CVR, al culminar su mandato, remitió al sistema de justicia 43 informes sobre casos concretos de violaciones de los derechos humanos²⁶, a los que se añadieron otros 4 informes que con anterioridad la CVR había entregado al Ministerio Público. En estos documentos, la CVR presentó diversas recomendaciones relacionadas con la investigación de los casos referidos, así como sobre las diligencias necesarias a realizar. En algunos casos, se recomendó formalizar denuncia penal contra los posibles perpetradores de los hechos, mientras que en otros casos se recomendó el inicio, la ampliación o la continuación de una investigación previa.

Cabe indicar que en 40 de los 47 casos presentados por la CVR ante el sistema de justicia ya se habían iniciado las investigaciones fiscales o los procesos judiciales. La activación de estos procesos se debió, en la mayoría de los casos, al acatamiento de recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos²⁷, muchas de las cuales tenían varios años sin ser cumplidas.

Se puede concluir que el trabajo de la CVR coadyuvó sustancialmente para la consolidación de la reactivación del sistema penal en materia de

²⁶ Pueden citarse, entre otros, el caso de comuneros asesinados de Quispillacta, el caso de la matanza de los campesinos de Putis, la ejecución arbitraria de pobladores de las comunidades de Cayara y de Accomarca, el caso de las muertes ocasionadas por el grupo Colina (especialmente la muerte de vecinos de una quinta en Barrios Altos), la muerte de presos en el motín del establecimiento penal Miguel Castro Castro, la muerte de presos en los sucesos de los penales en 1986, la desaparición y posterior ejecución de nueve estudiantes y un profesor de la Universidad La Cantuta, y la desaparición del estudiante de la Pontificia Universidad Católica del Perú Ernesto Castillo Páez. Ver la relación total de casos en DEFENSORÍA DEL PUEBLO. Informe Defensorial N° 86. *A un año de la Comisión de la Verdad y Reconciliación*, Lima, 2004, pp. 22 y 23.

²⁷ Se trata del compromiso peruano ante el sistema interamericano de protección de los derechos humanos luego de la caída del régimen de Fujimori y de la asunción legítima del presidente Valentín Paniagua. Sobre la situación procesal de los casos presentados al Ministerio Público por la CVR, ver con detalle DEFENSORÍA DEL PUEBLO. Informe N° 86. *A un año de la Comisión de la Verdad y Reconciliación*, Lima, 2004.

derechos humanos, que se había producido como consecuencia de la decisión del Estado peruano de recomponer su relación con el sistema interamericano de protección de derechos humanos.

d) *Reinstitucionalización del sistema penal: reformas normativas e institucionales*

Si bien tanto el sistema interamericano de protección de derechos humanos como el *Informe final de la CVR* reimpulsaron el sistema penal interno frente a los casos de violaciones de los derechos humanos, resultaba necesario dar continuidad a este proceso de superación de la impunidad y culminarlo eficazmente. Para ello era necesario contar con instancias penales dentro del sistema de justicia, independientes y con integrantes debidamente capacitados, que pudieran enfrentar los aspectos complejos que plantean la dogmática y el derecho procesal penal para este tipo de casos.

Desde el gobierno democrático de transición de Valentín Paniagua se inició el proceso de reversión de la provisionalidad de los magistrados y la reconstrucción de su estructura para garantizar su independencia. Si bien este es un proceso aún inconcluso, han existido avances importantes²⁸. También puede considerarse como un avance importante la creación del subsistema penal especializado en delitos que implican graves violaciones de los derechos humanos²⁹.

Sin embargo, aún no logra revertirse la insuficiente capacidad académica de nuestros fiscales y jueces y ni la amplia presencia de una cultura positivista legalista en la mayoría de magistrados³⁰. Estas características, en el contexto de casos complejos que requieren la articulación del derecho interno con el derecho internacional y el derecho constitucional, permiten explicar los obstáculos que presenta en la actualidad la judicialización de casos de violaciones de los derechos humanos, tal como detallaremos en el punto siguiente.

²⁸ A partir de junio de 2001 se iniciaron varios procesos de selección y nombramiento de magistrados a cargo del Consejo Nacional de la Magistratura. Ver al respecto VILLAVICENCIO, Alfredo. *La reestructuración silenciosa. La labor del Consejo Nacional de la Magistratura en la selección y el nombramiento de magistrados, noviembre del 2000-marzo del 2004*, Justicia Viva, Lima, 2004.

²⁹ Sobre estos avances, ver DEFENSORÍA DEL PUEBLO. *El Estado frente a las víctimas de la violencia ¿hacia dónde vamos en políticas de reparación y justicia?* Informe Defensorial N° 128, Lima, 2007.

³⁰ Sobre la concepción formalista de lo jurídico como producto de la enseñanza tradicional del derecho en el Perú, ver GONZALES, Gorki. *Enseñanza del derecho, cultura legal y reforma judicial*, en: *Reforma del Estado peruano. Seminario en los 90 años de la Pontificia Universidad Católica del Perú*, Fondo Editorial PUCP, Lima, 2008, pp. 400 y ss.

e) *Las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*

Si bien las decisiones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos fueron importantes para reactivar el funcionamiento del sistema penal interno, con miras a investigar y juzgar graves violaciones de los derechos humanos, las sentencias de la Corte Interamericana fueron cruciales para remover diversos obstáculos penales y procesales que impedían continuar la investigación y juzgamiento de este tipo de casos, más aún cuando estos fallos son vinculantes y ejecutables directamente por los tribunales penales internos.

En relación con el Perú, pueden citarse las sentencias vinculadas con el deber del Estado de investigar y sancionar graves violaciones de los derechos humanos; la declaración de invalidez de la amnistía, la prescripción y otros obstáculos procesales, así como la determinación de la falta de competencia de los tribunales militares para investigar y juzgar este tipo de casos.

e.1) *Deber de investigar y sancionar los actos de graves violaciones de los derechos humanos*

El deber del Estado peruano para investigar y sancionar este tipo de prácticas surge de dos fuentes normativas: el Derecho Penal Internacional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos³¹. Haremos referencia a la segunda fuente, proveniente de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En el contexto peruano³², la Corte Interamericana en diversas sentencias (casos Neyra Alegría y otros, Durand y Ugarte, Cantoral Benavides, Barrios Altos, entre otros) reiteró su línea jurisprudencial sobre las obligaciones estatales para investigar y sancionar a los responsables de violaciones de los derechos humanos. Estas obligaciones se derivan de los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Además, la investigación y el procesamiento de este tipo de casos deben realizarse en forma seria, por

³¹ Un desarrollo extenso de las fuentes internacionales del deber de los estados de penalizar violaciones de los derechos humanos puede consultarse en Ambos, Kai. *El nuevo Derecho Penal Internacional*, ARA editores, Lima, 2004, pp. 57 y ss.

³² La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, incluidos los pronunciamientos que no involucran al Estado peruano (caso Velásquez Rodríguez, Godínez Cruz, entre otros), ha sido importante para el Perú en la medida en que esta ha sido considerada vinculante para todos los órganos del Poder Judicial. Ver Sentencia del Tribunal Constitucional de 9 de diciembre de 2004 (Exp. 2798-04 HC/TC. Caso Vera Navarrete, fundamento 8).

magistrados independientes y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa.

A partir de esta obligación, la Corte Interamericana ha deducido otros deberes concretos que han permitido a la justicia peruana remover los obstáculos para perseguir y sancionar a los responsables de graves violaciones de los derechos humanos.

e.2) Invalidez de las leyes de amnistía, prescripciones u otros obstáculos procesales internos que impidan investigar, juzgar y sancionar a los responsables

En una primera etapa de su línea jurisprudencial sobre esta materia, la Corte Interamericana de Derechos Humanos señaló que las leyes de amnistía expedidas durante el gobierno de Alberto Fujimori constituían un obstáculo para la investigación, el procesamiento y la sanción de los responsables de violaciones de derechos humanos, y que estas normas no podían invocarse. Sin embargo, no se expidió un pronunciamiento sobre la validez de estas disposiciones (ver las sentencias sobre reparaciones en los casos Castillo Páez –fundamento 104– y Loayza Tamayo –fundamento 168–).

La sentencia de fondo en el caso Barrios Altos supuso un punto de quiebre en la jurisprudencia de la Corte Interamericana, dado que este organismo declaró que las leyes de amnistía dictadas en 1995 carecían de efectos jurídicos. Esta decisión tuvo un impacto mayor en la sentencia de interpretación dictada el 3 de setiembre de 2001, en la que afirmó los efectos generales del pronunciamiento antes mencionado.

La Corte Interamericana también se ha pronunciado en contra de la prescripción penal como mecanismo de evasión de las responsabilidades penales. Además de la sentencia de fondo del caso Barrios Altos, la corte precisó los alcances de este pronunciamiento en la sentencia de interpretación del caso Cantoral Benavides³³.

La línea jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos permitió que los órganos judiciales peruanos puedan enfrentar a la pretensión del gobierno del expresidente Alan García para incorporar una nueva causal de sobreseimiento (archivo del caso) para procesos por violaciones de derechos humanos por vencimiento del plazo formal de investigación judicial. Esta

³³ También ha sido una sentencia importante para el Perú la de supervisión de la corte de 27 de noviembre de 2003 a propósito de la decisión de la Tercera Fiscalía Provincial Penal de Lima, que decidió archivar la investigación fiscal por las torturas sufridas por Cantoral Benavides.

pretensión normativa se plasmó en el Decreto Legislativo N° 1097, que tuvo quince días de vigencia. La Primera Sala Penal Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima, en el caso La Cantuta, efectuó control difuso sobre la constitucionalidad del referido decreto, y dispuso su inaplicación por ser incompatible con varias disposiciones de la Constitución y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos³⁴.

e.3) *La falta de competencia de los tribunales militares para juzgar delitos que impliquen violaciones de los derechos humanos*

Habíamos mencionado que uno de los mecanismos tradicionales de impunidad en el Perú era la reiterada transferencia de competencia de estos casos del fuero judicial común al fuero militar. Pues bien, la Corte Interamericana en el caso Durand Ugarte (sentencia de fondo de 16 de agosto de 2000) ha establecido que el fuero militar no es competente para delitos comunes, como es el caso del uso desproporcionado de la fuerza y la subsecuente muerte de un gran número de presos amotinados en el penal de El Frontón. La corte considera que, en estos casos, el juzgamiento de militares por delitos comunes implica la violación de la garantía de un juez independiente e imparcial³⁵.

4. Problemas dogmático-penales y procesales en la judicialización de casos de violaciones de los derechos humanos y planteamientos de solución

En el momento que las investigaciones y los procesos por las violaciones de los derechos humanos ocurridas en el Perú entre 1980 y 2000 se reactivaron, regía en nuestro país un código penal expedido en 1991 que mantenía en gran medida los mismos delitos comunes de su similar promulgado en 1924 (en particular, en los casos de homicidio, lesiones y secuestro), aunque con penas relativamente más benignas. Sin embargo, el Código Penal de 1991 también tipificaba figuras nuevas, como el genocidio y la desaparición forzada de personas.

³⁴ Sentencia de 15 de setiembre de 2010.

³⁵ La Corte Interamericana también se ha pronunciado en múltiples sentencias sobre la falta de competencia del fuero militar para juzgar a civiles. Así, en relación con el Perú pueden citarse los casos de Loayza Tamayo (sentencia sobre el fondo de 17 de setiembre de 1997), Castillo Petruzzi (sentencia sobre el fondo de 30 de mayo de 1999 y Cantoral Benavides (sentencia sobre el fondo de 18 de agosto de 2000).

En el ámbito procesal, nuestro país viene haciendo el tránsito de un modelo inquisitivo y formal, reflejado en el Código de Procedimientos Penales de 1940, hacia un modelo acusatorio adversarial, contenido en el Código Procesal Penal de 2004. Sin embargo, gran parte de los procesos por violaciones de los derechos humanos son llevados con las reglas del modelo antiguo.

El proceso de judicialización de violaciones de los derechos humanos se inició en el fuero interno peruano luego de la caída del régimen fujimorista y con posterioridad a que los obstáculos jurídicos interpuestos para evitar estos juicios fueran removidos tanto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos como por el Tribunal Constitucional peruano.

En este proceso, los órganos del sistema judicial penal tuvieron que enfrentar el reto de compatibilización de las exigencias derivadas del derecho internacional de los derechos humanos, derecho penal internacional y derecho constitucional, con los principios y las categorías en que se basa el derecho penal y el derecho procesal penal, en particular, con el principio de legalidad. En nuestra consideración, el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho penal internacional prescriben qué debe hacerse (no invocar la amnistía o la prescripción, el deber de investigar y sancionar graves violaciones de los derechos humanos, etc.), pero no nos indican cómo deben concretarse las obligaciones internacionales del Estado en el ámbito del sistema penal interno. Por ejemplo, la inaplicación de la prescripción cuando esta figura se encuentra vigente en la legislación penal nacional para todos los delitos, o la sanción de un acto de tortura cuando en el momento de ocurrencia de los hechos ese delito no estaba tipificado en la legislación interna.

En los siguientes apartados presentaremos los problemas concretos que el proceso de judicialización de violación de los derechos humanos plantea al derecho penal material (dogmática penal) y al derecho procesal penal vigentes en el Perú.

4.1. Problemas en el ámbito del derecho penal material

4.1.1. Problemas vinculados al principio de legalidad penal y las relaciones con el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho penal internacional³⁶

³⁶ Un estudio de los problemas que plantea el principio de legalidad al proceso de judicialización de los casos de graves violaciones de los derechos humanos en el Perú puede encontrarse en MONTROYA, Yvan. *El derecho internacional y los delitos*, en: MACEDO, Francisco (coordinador), *Los caminos de la justicia penal y los derechos humanos*, IDEHPUCP, Lima, 2007

El principio de legalidad, a decir de nuestro Tribunal Constitucional, constituye un principio y también un derecho fundamental³⁷ que opera principalmente como límite a la potestad punitiva del Estado³⁸. Según la doctrina más cualificada³⁹, este principio integra una serie de garantías forjadas históricamente desde la ilustración, las cuales componen el núcleo esencial del referido principio o derecho. Entre las que nos interesan resaltar podemos mencionar las siguientes:

- La garantía de reserva de ley (*nullum crimen sine lege-scripta*), según la cual la creación o ampliación de delitos, faltas o medidas de seguridad o circunstancias agravantes solo debe efectuarse mediante una ley entendida en sentido formal y excepcionalmente en sentido material⁴⁰. Esta garantía alcanza, según nuestra Constitución, no solo al supuesto de hecho sino también a la consecuencia jurídica, es decir, a la pena (*nullum pena sine lege*).
- La garantía de prohibición de aplicación retroactiva de las leyes penales desfavorables (*lex praevia*), según la cual las disposiciones penales se aplican para hechos ocurridos con posterioridad a la vigencia de tales disposiciones y no para hechos ocurridos con anterioridad, salvo en aquellos casos que tal disposición sea más favorable al procesado o condenado.
- La garantía de taxatividad (*lex certa*), según la cual se prescribe al legislador penal la necesidad de redactar con suficiente grado de determinación la conducta prohibida y la consecuencia (sanción) prevista, de tal manera de que pueda ser conocido por el ciudadano medio lo que es objeto de prohibición y sanción.

³⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional de 23 de noviembre de 2004 Exp. 2758-2004 HC TC fdo. 3.

³⁸ HUERTA TOCILDO, Susana. *Principio de legalidad y normas sancionadoras*, en: Principio de legalidad. Actas de las V Jornadas del Tribunal Constitucional, 2000, p. 15.

³⁹ ROXIN, Claus. *Derecho penal*. Parte general. Tomo I, Editorial Civitas, Madrid, 1997, pp. 124 y ss; DE VICENTE DE MARTÍNEZ, Rosario. *El principio de legalidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, p. 2004, p. 36 y ss; HUERTA TOCILDO, Susana, op. cit., p. 11-52

⁴⁰ De acuerdo con la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su Opinión Consultiva 6/86 de 9 de mayo de 1986, por ley debe entenderse una norma de carácter general ceñida al bien común, emanada de los órganos legislativos constitucionalmente previstos y democráticamente elegidos y elaborada según el procedimiento establecido por las constituciones de los estados parte para la formación de leyes. Según la corte (fundamento 36), lo anterior no contradice la posibilidad de delegaciones legislativas en esta materia (restricción de derechos fundamentales) siempre que tales delegaciones estén autorizadas por la propia Constitución, que se ejerzan dentro de los límites impuestos por ella y por la ley delegante y que tal ejercicio esté sujeto a controles eficaces.

Estas garantías se encuentran en nuestra Constitución y han sido expresamente reconocidas por nuestro Tribunal Constitucional en la sentencia de fecha 3 de enero de 2003 (Expediente 0010- 2002-AI/TC)⁴¹, que también recoge los fundamentos de la jurisprudencia constitucional española relacionada con este principio.

Este principio, tal como ha sido expuesto, presentaría una serie de obstáculos al procesamiento y la sanción de los casos de graves violaciones de los derechos humanos ocurridas en el Perú durante el periodo de conflicto armado interno. A continuación, veamos las dificultades más importantes.

a) *Problema de la calificación de hechos y el derecho internacional*

Un primer problema que el sistema penal peruano ha enfrentado en esta etapa de procesamiento de conductas que implican violaciones de los derechos humanos es cómo tipificar estos hechos para imponer las sanciones correspondientes. En el Perú se superponen hasta cuatro posibles calificaciones de un mismo hecho:

- Delitos comunes: se trata de hechos que se subsumen en las figuras penales tradicionales de homicidio, secuestro, lesiones, violación sexual, abuso de autoridad, etc. Son figuras previstas tanto en el Código Penal de 1924 como en el Código Penal de 1991.
- Delitos contra la humanidad: se trata de figuras penales relativamente nuevas, como el genocidio (artículo 319 del Código Penal) y desaparición forzada de personas (artículo 320 del Código Penal), incorporadas en el Código Penal de 1991. En febrero de 1998 recién fue incorporado al Código Penal el delito de tortura. Estos tres delitos se encuentran agrupados ahora en el Título XIV del referido cuerpo legal.
- Crímenes de lesa humanidad: se trata de figuras tipificadas en el Estatuto de la Corte Penal Internacional, ratificado por el Perú el 13 de setiembre de 2001 mediante Resolución Legislativa N° 27517. Debe indicarse que la prohibición internacional de estas conductas y la exigencia de sanción puede reconocerse desde la década de 1950, en que tal prohibición se estableció como una obligación *ius cogens* vinculante para todos los países⁴².

⁴¹ Reiterado en la Sentencia del Tribunal Constitucional de 23 de noviembre de 2004 Exp. 2758-2004 HC/TC, fđmto. 2, la que expresamente reconoce las garantías de *lex praevia* (ley previa), esto es, la prohibición de aplicación retroactiva de la ley penal desfavorable y la garantía de *lex scripta* (ley escrita), esto es, la prohibición de la aplicación de otro derecho que no sea el escrito

⁴² Principios de derecho internacional reconocidos por el estatuto y por las sentencias del tribunal de Nuremberg (1950).

Se trata de figuras como el asesinato, el exterminio, la desaparición forzada, la tortura o la violación sexual cometidos “como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil” (artículo 7 del Estatuto de la Corte Penal Internacional).

- Prácticas que implican una grave violación del derecho internacional de los derechos humanos: se trata de conductas que constituyen violaciones graves del derecho internacional de los derechos humanos (ejecuciones extrajudiciales, desaparición forzada de personas o tortura) prohibidas por tratados internacionales (Convención contra la Tortura, y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra la Desaparición Forzada) o por costumbre internacional, y que se caracterizan, sobre todo, por ser cometidas por agentes estatales en el ejercicio abusivo del poder público.

De acuerdo con una determinada interpretación del principio de legalidad, no podrían aplicarse a los procesos penales internos figuras como la ejecución extrajudicial, la desaparición forzada o la tortura consideradas aisladamente o como crímenes de lesa humanidad –a hechos como la masacre de Cayara⁴³, la detención y posterior desaparición del estudiante Ernesto Castillo Páez o el maltrato físico infligido contra el dirigente Saúl Cantoral Benavides–. Ello debido a que esos tipos penales entraron en vigencia con posterioridad a la realización de los hechos o, en el caso de la ejecución extrajudicial, porque se trata de una conducta que no se encuentra tipificada en la ley peruana. Para los especialistas en derecho penal que concuerdan con esta interpretación, el respeto estricto al principio de legalidad debe obligar a que estos hechos sean subsumidos y sancionados dentro de la calificación como delitos comunes (asesinatos, secuestro o lesiones)⁴⁴. Esta ha sido la posición mayoritaria de la judicatura peruana hasta el momento⁴⁵.

⁴³ Asesinato de aproximadamente 20 comuneros de la localidad de Cayara en Ayacucho por parte de miembros del Ejército peruano realizado en mayo de 1988.

⁴⁴ En una posición contraria se encuentran internacionalistas como FEDERICO ANDREU GUZMÁN. “imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad *versus* irretroactividad de la ley penal: un falso dilema”, en: *Retos de la judicialización. En el proceso de verdad, justicia, reparación y reconciliación*, CNDH, Lima, 2005, p. 155. estos plantean la aplicación directa de las figuras internacionales en el ámbito interno.

⁴⁵ Excepcionalmente en algunos casos como el de violaciones de los derechos humanos en el cuartel Los Cabitos N° 51, el Segundo Juzgado de Huamanga, mediante resolución de 21 de enero de 2005, inició investigación judicial por delito de tortura (artículo 321 del CP) contra los perpetradores.

Sin embargo, sin dejar de lado su posición mayoritaria acerca de la tipificación de estas conductas a partir de los delitos comunes⁴⁶, los jueces peruanos efectúan una calificación complementaria de los hechos (considerándolos como tortura, ejecución extrajudicial o crimen de lesa humanidad, por ejemplo) para la determinación de consecuencias no punitivas directas ligadas a esa calificación (imprescriptibilidad de la acción penal, imposibilidad de aplicar una ley de amnistía o cualquier otro obstáculo procesal)⁴⁷.

Tomando en consideración esta perspectiva, no resulta sorprendente que un hecho como la matanza de Barrios Altos pueda ser calificado por los magistrados que se encargaron de los procesos penales sobre el mismo como asesinato (artículo 108 del Código Penal) y lesiones graves (artículo 121 del Código Penal), así como, de manera complementaria, como crimen de lesa humanidad (dado que el hecho se produjo en el contexto de un ataque sistemático y generalizado) o como delito común que implica grave violación de los derechos humanos (dado que el hecho fue cometido por agentes estatales en ejercicio del poder público). De esta manera, los perpetradores fueron procesados y condenados por delitos de asesinato o lesiones, pero las calificaciones adicionales implican que tales delitos no son susceptibles de prescripción, amnistía o de cualquier otra medida que impida la investigación, el juzgamiento o sanción de los responsables.

Esta posición jurisprudencial nos parece razonable y prudente, debido a dos razones centrales. De un lado, se respetan las exigencias fundamentales del principio de legalidad, ya que se juzga y sanciona a los perpetradores de violaciones de los derechos humanos por delitos que se encuentran vigentes en el ordenamiento jurídico interno en el momento de su comisión. De otro lado, resultan eficaces las obligaciones internacionales de investigar y sancionar a los responsables de los hechos antes indicados, sin que puedan oponerse normas o mecanismos procesales internos que impidan el cumplimiento

⁴⁶ El caso del delito de desaparición forzada de personas ha tenido un tratamiento especial. Nuestro Tribunal Constitucional (STC de fecha 18 de marzo de 2004 - Caso Villegas Namuche) y el Poder Judicial (Sentencia de la Sala Penal Nacional de fecha 20 de marzo de 2006- Caso Castillo Páez) consideran que este delito puede aplicarse a hechos que se iniciaron con anterioridad a su puesta en vigencia (1991). Esto se debe a que se trata de un delito de naturaleza permanente cuya comisión perdura mientras el paradero de la víctima sea desconocido o no se informe sobre su situación.

⁴⁷ Esta posición de la judicatura peruana se registra en el informe de la DEFENSORÍA DEL PUEBLO. Informe Defensorial N° 97. *A dos años de la Comisión de la Verdad y Reconciliación*, Lima, p. 114 y también, de una manera más desarrollada, en la sentencia de la Sala Penal Especial de la Corte Suprema de 7 de abril de 2009 que condena al expresidente Fujimori por los asesinatos en Barrios Altos y La Cantuta.

de este deber. No compartimos aquellas posiciones que consideran que sí es posible aplicar en forma directa las calificaciones internacionales para la sanción interna de conductas calificadas como violaciones de los derechos humanos⁴⁸. Precisamente el delito de tortura se encuentra vigente en el Perú desde febrero de 1998 y es aplicado por nuestros tribunales para los sucesos producidos con posterioridad a esa fecha. En relación con la aplicación del tipo penal de desaparición forzada, nos remitimos a lo señalado en la nota a pie 46.

b) *Problema de la prohibición de aplicación de la prescripción, la amnistía o la cosa juzgada*

Un segundo problema vinculado con el principio de legalidad es la prohibición proveniente del derecho internacional para la aplicación de la prescripción, la amnistía y otros mecanismos semejantes frente a delitos que implican violaciones de derechos humanos, dado que tales mecanismos de conclusión de procesos judiciales se encuentran vigentes en el ordenamiento

⁴⁸ Sobre la posición de nuestra judicatura ver mi artículo “Los crímenes de lesa humanidad y el principio de legalidad en la sentencia recaída en el caso Fujimori”, en imprenta. En nuestra consideración este problema nos plantea definir las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno. El Perú, en materia de tratados sobre derechos humanos, se inclina por una tesis monista-moderada, esto es, aquella en la que el derecho internacional se recibe de manera automática y en la que, en principio, el derecho internacional goza de la más alta jerarquía normativa dentro de nuestro ordenamiento: la jerarquía constitucional. Sin embargo, a pesar de la concepción prevalente del derecho internacional (perspectiva internacionalista) o de la jerarquía constitucional que nuestro Tribunal Constitucional reconoce a los convenios sobre derechos humanos, la aplicabilidad inmediata y directa de una norma internacional (convencional o consuetudinaria) puede estar obstaculizada en el derecho interno. Como sostiene Sagués, es preciso distinguir entre normas de derecho internacional autoaplicativas (*self executing*) y normas no autoaplicativas (*non self executing*). Las primeras no necesitan de otras normas para hacer cumplir internamente la norma internacional que se enuncia. Los segundos sí necesitan de una norma interna de desarrollo que permita que el derecho o la norma reconocida por el derecho internacional se ejecuten en el derecho nacional o doméstico. En nuestra consideración, las normas internacionales de derechos humanos de carácter punitivo resultan no autoaplicativas, esencialmente en virtud de las exigencias y los alcances del principio de legalidad penal como la determinación clara de la sanción (las normas de prohibición del derecho internacional no contemplan con claridad la consecuencia jurídica). En cambio existen normas de derecho penal internacional no directamente incriminatorias (por ejemplo, el principio de no prescripción, no amnistía, etc.), sino complementarias a las cuales se adscriben consecuencias relacionadas con la persecución penal de los hechos o con la valoración de ellos dentro de una configuración penal ordinaria. Este tipo de normas no tendrían, en nuestro concepto, ningún obstáculo sustancial para su aplicación inmediata. Ver al respecto las críticas de GIL GIL, Alicia. *Derecho penal internacional. Especial consideración del delito de genocidio*, Tecnos, Madrid, 1989, p. 103, quien también cuestiona la compatibilidad del supuesto de hecho en el crimen de lesa humanidad y el principio de taxatividad.

jurídico interno (artículo 78 del Código Penal). Por ello, varios procesados por estos delitos, una vez que se iniciaron o reactivaron los procesos judiciales en su contra, presentaron sistemáticamente mecanismos técnicos de defensa (excepciones) de cosa juzgada, de amnistía y de prescripción⁴⁹.

En relación con las excepciones de cosa juzgada planteadas, los procesados argumentaron que ya habían sido juzgados y absueltos por los tribunales militares en sentencias que habían quedado firmes⁵⁰. En los juzgados y las salas penales del fuero común, siguiendo los fundamentos de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Barrios Altos, señalaron que las sentencias emitidas en el fuero militar sobre violaciones de derechos humanos vulneraron principios fundamentales del debido proceso (como el derecho a contar con un juez competente e imparcial) y, por lo tanto, carecen de validez. En consecuencia, estas resoluciones, al ser nulas, no constituyen sentencias firmes y, por tanto, no existe el efecto de cosa juzgada. En todos los casos la judicatura peruana declaró infundadas las excepciones planteadas por esta causa.

En relación con las excepciones de amnistía⁵¹, los procesados invocaron los efectos de la Ley N° 26479, promulgada en 1995. Según el artículo 78 del Código Penal, la amnistía es una causal de extinción de la acción penal. Distintas instancias del Poder Judicial declararon infundadas estas excepciones, sobre la base del pronunciamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Barrios Altos. Esa sentencia indicó que las leyes de autoamnistía son incompatibles con la Convención Americana sobre Derechos Humanos y, por lo tanto, carecen de efectos jurídicos.⁵² Como hemos mencionado, la sentencia de interpretación del caso Barrios Altos resolvió que lo decidido en la sentencia de fondo tiene efectos generales.

En relación con las excepciones de prescripción⁵³, los procesados por violaciones de los derechos humanos argumentaron que el paso del tiempo

⁴⁹ Sobre este tipo de problemas, ver DEFENSORÍA DEL PUEBLO. *A dos años de la Comisión de la Verdad y Reconciliación*. Informe Defensorial N° 97, Lima, 2005, pp. 115 y ss.

⁵⁰ Estas excepciones fueron planteadas por los procesados en los casos del “destacamento Colina”, de “los sucesos de los penales en junio de 1986” y de “desaparición de candidatos en Huancapi”.

⁵¹ DEFENSORÍA DEL PUEBLO. *A dos años de la Comisión de la Verdad y Reconciliación*, op. cit., p. 125, hace referencia a tres excepciones de amnistía que se dedujeron de los casos judicializados por la CVR y la Defensoría del Pueblo.

⁵² Sentencia sobre el fondo de la Corte Interamericana de fecha 4 de marzo de 2001, fundamentos 41, 43 y 44.

⁵³ Al respecto, ver DEFENSORÍA DEL PUEBLO. *A dos años de la Comisión de la Verdad y Reconciliación*, op. cit., pp. 126 y 128.

ha determinado la extinción de la acción penal. Como es conocido, varios de los casos aludidos ocurrieron en la década de 1980, por lo que habían transcurrido 20 años o más desde el momento de la comisión de los hechos⁵⁴. La justicia peruana, luego de algunos fallos singulares en primera instancia, declaró infundados estos mecanismos de defensa apelando a las obligaciones derivadas tanto de las decisiones del sistema interamericano de derechos humanos como de las normas y principios del derecho penal internacional.

Así, en algunos casos, se ha invocado la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Barrios Altos, que sostiene 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”⁵⁵. Sin embargo, los magistrados no han determinado con claridad si esta solución implica una aplicación retroactiva de la referida jurisprudencia o de una reinterpretación de los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana, vigente para el Perú desde 1980. A pesar de ello, en algunas resoluciones judiciales existe un esfuerzo para tratar este tema aplicando las técnicas de ponderación de principios. Así, en el caso del “destacamento Colina”, la Sala Superior Anticorrupción A de la Corte Superior de Justicia de Lima, sostuvo lo siguiente:

[...] de lo que se sigue que si bien el instituto de la prescripción se funda en la primacía del valor de seguridad jurídica frente al valor justicia, en el caso de los delitos como los instruidos (por su especial gravedad y naturaleza) tal primacía se invierte a favor de la justicia y por ende el Estado se halla obligado a ejercer los mecanismos y procedimientos legales destinados a la investigación y sanción de los que resulten responsables de tales delitos.⁵⁶

En otros casos, los jueces peruanos invocaron el principio de derecho penal internacional, que establece la imprescriptibilidad de los crímenes

⁵⁴ Para un seguimiento detallado sobre el tratamiento de las excepciones de prescripción pueden consultarse los informes defensoriales N° 97 ya citados y el Informe Defensorial N° 112. El difícil camino de la reconciliación, justicia y reparación para las víctimas, diciembre 2006, en: <http://www.defensoria.gob.pe/inform-defensoriales.php>

⁵⁵ Expediente N° 028-01. Resolución del Tribunal Constitucional de 9 de mayo de 2005 (caso “El destacamento Colina”)

⁵⁶ Tomado de DEFENSORÍA DEL PUEBLO. *A dos años de la Comisión de la Verdad y Reconciliación*, op. cit., pp. 127 y 128.

de lesa humanidad⁵⁷. En este último caso, los jueces no han explicado, en primer lugar, si se trata de una norma convencional⁵⁸ o una norma de *ius cogens* y, en este último caso, no se ha fundamentado debidamente por qué y desde cuándo la norma sobre imprescriptibilidad de estos crímenes tiene este carácter, contemplado en el artículo 53 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados.

4.1.2. Problemas de imputación penal

a) *La imputación penal del superior jerárquico*

Los delitos que suponen graves violaciones de los derechos humanos son considerados, generalmente, como macrocrímenes. Es decir, se trata de crímenes que tienen una repercusión estructural e implican, para su comisión, del uso de aparatos de poder organizados, lo que denota un fenómeno delictivo de otra calidad y dimensión⁵⁹. Estos sucesos involucran tanto a responsables materiales o directos como a responsables intelectuales o indirectos. Estos últimos son aquellos que se encuentran en niveles jerárquicos superiores y que emiten las órdenes correspondientes. Los casos más emblemáticos en los que se aprecia esta característica son Barrios Altos y La Cantuta, en los que se encontró responsabilidad tanto de los miembros operativos del “destacamento Colina” como autores directos, como de altos jefes militares, del exasesor presidencial Vladimiro Montesinos y del propio expresidente Alberto Fujimori como autores mediatos.

Para el Ministerio Público y para el Poder Judicial ha constituido un problema la atribución de responsabilidad penal a jefes superiores, a partir

⁵⁷ Así, en el caso de “Ejecuciones arbitrarias en Accomarca”, la Sala Penal Nacional ha sostenido que la subsunción de los hechos en tipos penales locales de ningún modo contraría ni elimina el carácter de crímenes contra la humanidad ni impide aplicarles las reglas y las consecuencias jurídicas que les caben por tratarse de crímenes contra el derecho de gentes...”.

⁵⁸ La convención sobre la imprescriptibilidad de crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad (1968) fue aprobada por el gobierno peruano en setiembre de 2003. Se ha interpretado que esta convención no puede tener efectos retroactivos, por lo que no se aplicaría a los crímenes ocurridos durante el conflicto armado interno. Es ello el único fundamento de la norma sobre imprescriptibilidad que se encuentra en su naturaleza de norma *ius cogens*.

⁵⁹ JAGER, Hebert. *Makrokriminalität. Studien zur Kriminologie Kollektiver Gewalt, Frankfurt am Main, Suhrkamp*, 1989, tomado de ALPACA PÉREZ, Jesús Alfredo. *Acerca de la Teoría de la empresa criminal conjunta como mecanismo de imputación a superiores jerárquicos en escenarios macrocriminales según la jurisprudencia del Tribunal Penal para la antigua Yugoslavia*, tesis para optar el título de abogado, Lima, 2010, p. 20.

de figuras provenientes de la sistemática alemana. Se ha discutido sobre la insuficiencia de la imputación como meros cómplices o instigadores a los jefes superiores o altos dirigentes que tuvieron el control de la situación, en razón de su control de segmentos del aparato militar organizado jerárquicamente. Un tema conexo era dilucidar bajo qué modalidad debía imputarsele responsabilidad al superior jerárquico: comisión u omisión impropia⁶⁰.

Planteadas las necesidades dogmáticas, la jurisprudencia peruana adoptó progresivamente la tesis de la autoría mediata por dominio de la organización⁶¹, creada por el profesor alemán Claus Roxin en detrimento de las tesis de la coautoría. Esta posición –en mi opinión– ha sido consecuencia de la recepción mayoritaria por parte de la doctrina penal peruana⁶² de la mencionada tesis.

Antes de la sentencia del 7 de abril de 2009, en la que se condenó al expresidente Fujimori como autor mediato por dominio de organización de los crímenes cometidos en los casos Barrios Altos y La Cantuta, la jurisprudencia peruana ya registraba sentencias que aceptaban la tesis de la autoría mediata por dominio de organización. En primer lugar, puede citarse la sentencia de 13 de octubre de 2006 (fundamento decimotercero), mediante la cual la Sala Penal Nacional condenó como autor mediato por dominio de organización al líder de la organización terrorista Sendero Luminoso, Abimael Guzmán, por los asesinatos cometidos por los militantes de esta organización durante el conflicto armado interno. Esta sentencia fue confirmada por la Corte Suprema el 26 de noviembre de 2007. En segundo lugar, puede mencionarse el fallo del 8 de abril de 2008, en el que la Primera Sala Penal Especial de la Corte Superior de Lima condenó al general EP Julio Salazar Monroe, además

⁶⁰ El Perú aún no ha implementado en su legislación interna el Estatuto de Roma. En ese sentido, no existe en nuestro ordenamiento penal la figura de la responsabilidad del superior que sí contempla el referido texto internacional (artículo 28 del ER). Un debate sobre la naturaleza dogmática de la responsabilidad del superior (omisión pura u omisión impropia) ver en AMBOS, Kai. *La parte general del derecho penal internacional*, Konrad Adenauer, Lima, 2005, pp. 295 y ss.

⁶¹ Una descripción de la evolución de la teoría de la autoría mediata por dominio de organización y su recepción en nuestra legislación y jurisprudencia en MONTOYA, Yvan. *La autoría mediata por dominio de organización en el Código Penal de 1991*, en: *Anuario de derecho penal*, 2009, Dir. HURTADO POZO *La autoría mediata por dominio de organización en el Código Penal de 1991*.

⁶² Aceptan esta teoría como mecanismo de imputación a superiores jerárquicos en delitos de sistema MEINI, Iván. *El dominio de la organización en derecho penal*, Palestra, Lima, 2008, Pariona, Raúl. “La autoría mediata en el delito de usurpación de funciones”, en: *Revista Jus Jurisprudencia*, Lima, Febrero, 2008, MONTOYA, Yvan. *La autoría mediata por dominio de organización. Replanteamiento fáctico normativo y requerimientos probatorios*, en: *Revista Jurídica del Perú*, tomo 84, febrero 2008 (Normas Legales), entre otros.

de a otros oficiales, como autor mediato por dominio de organización por la desaparición forzada y posterior asesinato de nueve estudiantes y un profesor de la Universidad La Cantuta.

Esta teoría ha sido recibida por los órganos judiciales peruanos con dos diferencias frente a la formulación original. La primera es el fundamento del dominio de la acción por parte del “hombre de atrás”: para algunos reposa en la fungibilidad de los ejecutores, mientras que para otros en la predisposición de los autores directos para la comisión de ilícitos penales. La segunda es la necesidad de fundamentar la responsabilidad de los superiores intermedios, es decir, de aquellas personas que no se encuentran en la cúspide de la organización, pero que son los jefes inmediatos de los ejecutores materiales del delito.

b) *Problemas de tipificación interna de conductas*

b.1) *Concursos de delitos*

Un problema difícil era la relación entre los diferentes tipos penales internos que concurren para subsumir un mismo hecho imputado. Ello se produce como consecuencia de la incorporación en el Código Penal de 1991 del delito de desaparición forzada de personas (artículo 320 del referido cuerpo legal)⁶³. Antes de la entrada en vigencia de este tipo penal, estos casos eran tipificados como secuestro (artículo 151 del Código Penal).

El problema suscitado, luego de la entrada en vigencia del tipo penal de desaparición forzada, es la concurrencia con el delito de secuestro⁶⁴. Para evitar la vulneración del principio *ne bis in idem*, resulta importante determinar si se aplican ambos delitos (concurso ideal) o solo uno de ellos (concurso aparente).

Esta dificultad fue resuelta por la sentencia de la Sala Penal Nacional en el caso Castillo Páez, emitida en marzo de 2006. La sala determinó que se producía un concurso aparente, por lo que, teniendo en cuenta el principio de especialidad, se debe aplicar únicamente el delito de desaparición forzada de personas.

⁶³ Sobre este problema, ver DEFENSORÍA DEL PUEBLO. *A dos años de la Comisión de la Verdad y Reconciliación*, op. cit., pp. 93 y ss.

⁶⁴ Es importante recordar la naturaleza permanente del delito de desaparición forzada de personas.

b.2) *El delito de desaparición forzada de personas como delito especial*

La naturaleza permanente del delito de desaparición forzada permite que este tipo penal se aplique a hechos iniciados con anterioridad a su entrada en vigencia, aun cuando se desconozca el paradero de la víctima.

Sin embargo, subsisten algunas dificultades para evitar situaciones de impunidad. Una de ellas se deriva del carácter especial de este delito que, de acuerdo con la tipificación existente en el Perú, solo es susceptible de ser cometido por funcionarios o servidores públicos⁶⁵. El problema surge en aquellos casos de militares o policías que pasaron a situación de retiro antes de la entrada en vigencia del tipo penal de desaparición forzada de personas. Estos, al no tener la calidad de funcionarios o servidores públicos en actividad, no serían susceptibles de cometer el delito de desaparición forzada de personas, dado que esta figura exige que el autor tenga la calidad de funcionario o servidor público. Esta dificultad se ha presentado en dos sentencias de la Sala Penal Nacional⁶⁶.

El Acuerdo Plenario N° 09-2009-CJ/116 de la Corte Suprema, a pesar de los avances en la delimitación dogmática de este delito, no resuelve el problema planteado, lo que abre la posibilidad de situaciones de impunidad en tales casos.

4.2. Problemas procesales

4.2.1. Dificultades probatorias y adecuación del estándar probatorio

Dentro del conjunto de dificultades que hemos presentado en este trabajo, son las vinculadas a temas probatorios aquellas que nos preocupan en mayor medida en la actualidad.

El transcurso del tiempo y la actitud persistente de las instituciones armadas de no proporcionar información sobre la identidad de los militares que estuvieron cumpliendo funciones en las zonas de conflicto constituyen

⁶⁵ Sobre los problemas dogmáticos del delito de desaparición forzada en el Perú, ver MONTAYA, Yvan. *La desaparición forzada de personas como delito permanente. Consecuencias dogmático-penales*, Cuaderno de Trabajo N° 11, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2009.

⁶⁶ Sentencia de 19 de octubre de 2009 contra varios jefes del Comando Político Militar del Frente Huallaga (caso Los Laureles) y en la sentencia de 30 de enero de 2009 como oficiales de la Marina por la ejecución extrajudicial de Indalecio Pomatanta.

serios obstáculos para lograr probar debidamente la responsabilidad de los militares procesados en este tipo de casos.

En relación con el paso del tiempo, se evidencia en la actualidad serias dificultades para el recaudo y la actuación de pruebas como la imposibilidad de brindar testimonios por parte de personas que han fallecido o no son ubicables, la imposibilidad de practicar exámenes médico-forenses sobre tejido vivo, insuficiente recuerdo de los sucesos que se investigan, etc. Esta situación se complica debido a la cultura formalista y tradicional que han recibido nuestros magistrados, que los limita a aceptar solo medios de prueba tradicionales y rechazar, o no considerar, otros medios de prueba atípicos o poco usuales⁶⁷.

Un hito para superar este problema ha significado la sentencia de 7 de abril de 2009 emitida por la Sala Penal Especial de la Corte Suprema en el caso Fujimori. Esta sentencia establece las bases para ampliar el tipo de pruebas susceptibles de ser incorporadas en el juicio oral y para adecuar las reglas de su debida valoración. La citada sala era plenamente consciente de que los hechos materia de juzgamiento (casos Barrios Altos y La Cantuta) no eran delitos tradicionales, sino crímenes de sistema que involucran a un destacamento del Ejército encuadrado dentro de una jerarquía.

En el capítulo I de la segunda parte de la referida sentencia, la Sala Penal Especial de la Corte Suprema aborda los diversos aspectos de la prueba penal que serán considerados. En resumen, la sala considera que deben aceptarse todos los elementos de prueba lícitamente obtenidos, más allá de los medios de prueba taxativamente reconocidos por el Código de Procedimientos Penales. Asimismo, la sala considera, recogiendo las apreciaciones de la Audiencia Nacional de Madrid⁶⁸, que, en estos casos, la prueba indiciaria o indirecta resulta trascendental para fundamentar una eventual responsabilidad penal del acusado⁶⁹. Cabe mencionar que en el Perú rige un sistema de libre apreciación de la prueba, fundamentada en reglas de la lógica, máximas de la experiencia y del conocimiento científico.

⁶⁷ Documento de Justicia Viva, octubre de 2009, advierte que la Sala Penal Nacional viene exigiendo prueba directa en el juzgamiento de estos crímenes que han dado lugar a la absolución de los acusados. Ver: <http://www.justiciaviva.org.pe/notihome/notihome01.php?noti=152>

⁶⁸ Se refiere a la sentencia de 15 de noviembre de 2004 expedida por la Sala Penal del Tribunal Supremo (Exp. 1362-2004), la que modifica la sentencia de la Audiencia Nacional de Madrid.

⁶⁹ Si bien la prueba indiciaria o indirecta ha sido ampliamente conocida y utilizada por la judicatura peruana, en la sentencia recaída contra el expresidente por el caso Barrios Altos y La Cantuta se utilizan amplias cadenas de inferencia para probar una hipótesis de lo sucedido.

Así, la sala ha aceptado y valorado debidamente, como elementos de prueba, reportajes periodísticos o noticias periodísticas, textos o libros publicados por periodistas o investigadores sociales, las propias sentencias de la Corte Interamericana y del Tribunal Constitucional (sobre todo cuando se pronuncian sobre determinados hechos), las indagaciones reconocidas por el *Informe final de la Comisión de la Verdad y Reconciliación*, las declaraciones de testigos-peritos (testigos técnicos), los manuales o directivas no necesariamente reconocidos por las instituciones militares (pero reconocidas por algunos de los testigos), los audios o videos recogidos en ámbitos públicos y con la autorización de al menos uno de los intervinientes, etc.

En el caso del *Informe final de la Comisión de la Verdad y Reconciliación*, la sala señala que se trata de un documento público y su valor es importante para probar hechos contextuales, es decir, aquellos que prueban los patrones de conducta criminal o políticas gubernamentales contrasubversivas, entre otros datos fácticos del conflicto armado interno.

De otro lado, la sala ha procedido a valorar testimonios contradictorios ofrecidos por una misma persona en el proceso, sin anular ambas declaraciones (por ejemplo, el testimonio contradictorio del general EP Nicolás de Bari Hermoza Ríos). La sala consideró que, tomando en cuenta todo el acervo probatorio recogido, podía dar valor probatorio incriminador a uno de los testimonios.

4.2.2. La cooperación judicial internacional: la extradición

En algunos casos relevantes⁷⁰ como el del expresidente Fujimori, la cooperación judicial internacional ha sido determinante para avanzar en la lucha contra la impunidad. En efecto, debe recordarse que el expresidente permaneció refugiado en el Japón desde que huyó del país (noviembre de 2000) hasta su viaje a Chile (noviembre de 2005).

Una vez arribado Fujimori al país del sur, el Estado peruano planteó varias solicitudes de extradición que fueron remitidas al Poder Judicial de Chile. Estas tuvieron, al final, una atención favorable, no sin antes constatar algunos problemas.

En un primer momento se aceptó la petición del Perú para que Chile

⁷⁰ Pueden citarse también el caso del teniente del EP Telmo Hurrado Hurtado (matanza de campesinos en Accomarca) y del exagente Wilmer Yarlequé Ordinola (integrante del “destacamento Colina”).

procediera a detener provisionalmente al expresidente, en medida cautelar personal. Posteriormente, ante una decisión cuestionable del órgano que conocía en primera instancia el proceso de extradición en Chile⁷¹, resultó relevante la sentencia de la Corte Interamericana en el caso La Cantuta, en la que, sobre la base del derecho de acceso a la justicia, se invoca a la justicia chilena para cooperar con la solicitud del Estado peruano de extraditar al expresidente y someterlo a los procesos penales pendientes (fundamentos 159 y 160).

Finalmente, la Corte Suprema de Chile, mediante sentencia de 21 de setiembre de 2007, concedió la extradición en dos casos de violaciones de derechos humanos y cinco casos de corrupción.

5. A manera de conclusión

El Perú ha logrado pasar de una situación de resistencia frente a la situación de impunidad a un proceso de superación de ella. Estos avances han sido posibles, en un primer momento, gracias a la actuación de instituciones de la sociedad civil (organizaciones no gubernamentales de derechos humanos, las iglesias católica y evangélica o el periodismo de investigación) que persistieron en sus denuncias en el ámbito interno e internacional. En un segundo momento, gracias a la confluencia de una serie de factores relevantes, como la voluntad política de esclarecer los hechos, el fortalecimiento de la independencia de los órganos del sistema penal (Ministerio Público y Poder Judicial) y los reiterados pronunciamientos del sistema interamericano de protección de los derechos humanos (Comisión y Corte Interamericana de Derechos Humanos) en relación con el Perú, que recomendaron la reapertura de casos y el inicio de nuevas investigaciones.

Gracias a los pronunciamientos de la Corte Interamericana y del Tribunal Constitucional peruano han sido removidos los obstáculos más importantes dejados por el régimen fujimorista. Ello ocurrió a través de sentencias y resoluciones que establecieron la prohibición de invocar amnistías o prescripciones, la determinación general de la competencia de los tribunales

⁷¹ Una de las mayores dificultades del proceso de extradición del expresidente Fujimori seguido en Chile ha sido el modelo de proceso de extradición activa que se regula en ese país. A diferencia del modelo francés, en el que solo se verifican aspectos formales de la petición, en el procedimiento chileno se evalúan indicios de la comisión del delito, se entra a valorar prueba, lo que confunde un proceso de extradición con un proceso penal.

comunes para conocer estos casos, ente otras medidas que permitieron continuar con la judicialización de los casos de violaciones de los derechos humanos.

Sin embargo, aún permanecen serios problemas relacionados con la capacidad de los órganos del sistema penal para trabajar adecuadamente con las instituciones dogmáticas y procesales disponibles. Nos referimos a la formación especializada de nuestros jueces y fiscales que les permita comprender adecuadamente las relaciones entre nuestras obligaciones internacionales de penalizar estas conductas y los principios tradicionales del derecho penal, especialmente el principio de legalidad, utilizar categorías dogmáticas modernas que les permita imputar delitos a superiores jerárquicos y, finalmente, adecuar el estándar probatorio a este tipo de crímenes de sistema.

Aun quedan pendientes de resolver varios procesos por violación de los derechos humanos en el Perú, además de dar solución a otros aspectos importantes de las secuelas de la violencia política, como la ejecución de una política de reparaciones individuales o la implementación y ejecución de una política de exhumaciones masivas que permita esclarecer la situación de los miles de desaparecidos que aún se registran en el Perú.

El decaimiento de la voluntad política, por un lado, y, por el otro, el cansancio de los órganos del sistema judicial para continuar con la judicialización de estos casos pueden ser factores que impidan culminar con éxito este proceso de superación del pasado a través del sistema penal.

Derechos de las víctimas de violaciones de derechos humanos en el proceso penal

GLORIA GUZMÁN

“porque las estirpes condenadas a cien años de soledad no tenían una segunda oportunidad sobre la tierra...”¹.

No hay justicia sin la participación real y efectiva de la víctima en el proceso penal. Ella es fuente clave de información pero, sobre todo, es un sujeto de derecho. La intervención de las víctimas en el proceso penal no puede ser aleatoria ni accesoria. Las sociedades democráticas fortalecen la capacidad de acción de ellas en el proceso penal, lo que a su vez potencia el sistema democrático y el desarrollo social.

1. Intervención y ejercicio de derechos de las víctimas de violaciones de derechos humanos en el proceso penal

“Víctima” es una palabra de origen latino, acuñada según el diccionario etimológico de Corominas² para señalar al animal o a la persona destinada a cargar con los pecados de todos, con el fin de obtener el favor y la benevolencia de los dioses con su sacrificio. No era escogida al azar, se la buscaba sana, inocente, noble, cándida y crédula. Su denotada pureza traspasaría toda la sociedad para limpiarla de la peste y aplacar la furia divina. Animales predilectos para el sacrificio eran las primeras crías de un mamífero: un ternero, una cabra, un pequeño ciervo o un carnero.

La cólera de Artemisa, desatada cuando el rey Agamenón mató un ciervo sagrado, solo podía ser calmada –sentenció Calcas el Adivino por medio del oráculo– con el sacrificio de la propia hija del infractor, la pequeña Ifigenia. La víctima inmaculada y libre de toda mancha y pecado sería quien cumpliría con la misión de desagaviar los pecados de otros.

El paisaje que rodea el sacrificio de la víctima es de perturbación y terror. El grupo participa cohesionado por el silencio y la sumisa aceptación de lo

¹ GARCÍA MÁRQUEZ, Gabriel. *Cien años de soledad*.

² VALENCIA VILLA, Hernando. *Diccionario Espasa Derechos Humanos*, Editorial Planeta 2003, p. 427.

inevitable. No se ahorra la barbarie. Se la entierra viva, se la degüella, se la lanza al precipicio, se la hiere con palos o machetes hasta desangrarla. Algunas veces la víctima o el victimario tienen cubierto el rostro bajo una máscara, lo que deshumaniza la escena y le imprime una asepsia inexistente.

Mucho tiempo ha corrido desde esa irracional forma de utilizar el ser humano como un medio para alcanzar la sanidad del grupo. Hoy la palabra “víctima” comprende a toda persona que individual o colectivamente haya sufrido daños, lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo de sus derechos fundamentales, como consecuencia de delitos o abuso de poder³.

El camino recorrido desde la retribución penal privada ha pasado por la venganza de la familia o del clan; el pago de indemnizaciones por el daño causado; el Estado tutelar, que asume la responsabilidad por la suerte de la víctima como estaba regulado desde la antigüedad en el Código de Hammurabi⁴; el “*delictum*” vs. el “crimen” del derecho romano que diferenciaba la persecución de la víctima, o la de oficio cuando se trataba de conductas graves⁵.

Finalmente –como señaló Von Liszt⁶–, la potestad punitiva se tornó derecho penal, se impuso la persecución estatal de los delitos, que arrojó enormes bondades, específicamente frente al monopolio del uso de la fuerza por parte del Estado y la consolidación de principios y garantías que merecen absoluto respeto, como la proporcionalidad, el derecho al trato igual, la legalidad, el principio de culpabilidad, entre otros. Colateralmente se produjeron otras consecuencias. La más estropeada fue la víctima, a quien se la desplazó de la escena procesal otorgándole un papel secundario, pues le arrebataron de sus manos toda posibilidad de resolver por sí misma

³ Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y de abuso del poder de Naciones Unidas.

⁴ “Si un hombre ha cometido un robo y es atrapado, tal hombre ha de morir; si el ladrón no es atrapado, la víctima del robo debe formalmente declarar lo que perdió... y la Ciudad... debe reembolsarle lo que haya perdido. Si la víctima pierde la vida, la Ciudad o el alcalde debe pagar un ‘maneh’ de plata a su pariente”. Citado en GARRIDO, STANGELAND, REDONDO. *Principios de criminología*, segunda edición, Tirant lo Blanch Valencia 2001.

⁵ “Como es sabido, poco a poco más delicta se fueron convirtiendo en crimina, hasta que se optó por el monopolio de la acción penal por parte del Estado; con eso la víctima pasaba a un plano muy secundario” (Rodríguez Manzanera, 1990 pp. 6-7). Citado en GARRIDO, STANGELAND, REDONDO. *Principios de criminología*, segunda edición, Tirant lo Blanch Valencia 2001.

⁶ VON LISZT, FRANZ. *La idea del fin en el derecho penal*, p. 11. Editorial Temis 1990.

el conflicto generado con la comisión del delito. La finalidad del proceso penal se circunscribió a castigar al delincuente, imponerle una pena que le cause dolor, sin reparar ni restaurar lo dañado.

Hoy todavía funcionamos atávicamente y nos ponemos máscaras para esconder y negar la humanidad de las víctimas. Estamos inconscientemente convencidos de que la víctima se merece el dolor y el sufrimiento infligido; que las personas buenas son recompensadas y las malas, castigadas. Es común escuchar comentarios como “por algo sería” o “ella se lo buscó”, en actitudes prejuiciadas del ciudadano común, que no son extrañas a funcionarios judiciales ni distantes de los tribunales. A la víctima se le siguen transfiriendo culpas ajenas.

Los estereotipos de las persecuciones históricas emprendidas son los mismos. Se acorrala al diferente, al extranjero, al disidente, al extraño, al más vulnerable. En los informes de las comisiones de la verdad en América Latina encontramos conclusiones como “de cada cuatro víctimas, tres fueron campesinos cuya lengua materna era el quechua”⁷ o “las masacres que eliminaron comunidades mayas enteras pertenecen a la misma realidad que la persecución urbana de la oposición política, de líderes sindicales, de sacerdotes y catequistas”⁸. Las graves violaciones de derechos humanos son cometidas contra personas que pertenecen a sectores minoritarios de oposición, a los marginados o más pobres, a quienes carecen de poder. La victimización es clasista, de género, etaria, racista y por ende prejuiciosa⁹

Y en la superación de la llamada victimización secundaria, esto es, la nueva violación de los derechos fundamentales de la víctima causada por la mala o inadecuada atención que recibe una víctima por parte del sistema penal¹⁰, tampoco hemos avanzado lo suficiente para dar una respuesta eficiente para quien ya sufre los rigores de un delito o del abuso del poder.

Los “estados fallidos”¹¹, que “carecen de capacidad o voluntad para proteger a sus ciudadanos de la violencia y quizás incluso de la destrucción”¹²,

⁷ COMISIÓN DE LA VERDAD Y RECONCILIACIÓN, *Informe final*; Lima Perú 2003.

⁸ COMISIÓN PARA EL ESCLARECIMIENTO HISTÓRICO, Guatemala: *Memoria del silencio*, Ciudad de Guatemala 1999.

⁹ ZAFFARONI, Raúl Eugenio. *Derecho penal, Parte general*, Editorial Ediar Argentina, 2ª ed. 2002.

¹⁰ BERINSTAIN, ANTONIO. *Victimología nueve palabras clave*. Tirant lo Blanch, Valencia 2000.

¹¹ Término acuñado una vez concluida la “guerra fría” para señalar a los estados más débiles del planeta, según indicadores sociales, económicos, políticos y militares. Son estados que se caracterizan por no tener control de su territorio, ni de sus fuerzas armadas, con una marcada erosión de la legitimidad de la autoridad, así como incapacidad para proveer servicios públicos a la población e inhabilidad para interactuar en el concierto internacional.

¹² CHOMSKY, Noam, *Estados fallidos*. Editorial Ediciones B, 2009.

presentan una constante: la incompetencia de su sistema judicial para investigar y juzgar violaciones de los derechos humanos. Esta situación genera una espiral de impunidad que estimula la corrupción y perpetúa nuevas violaciones.

Se trata de estados fallidos o en rauda carrera de serlo, en los que se manipulan datos e informaciones, escondiendo, como en los ritos de la antigüedad bajo la máscara ancestral, la barbarie y la crueldad. Los asesinatos ejecutados por sicarios se indican como causados por “oficinas de cobro”; los mezquinos cometidos por la fuerza pública colombiana para ganar medallas y permisos son, eufemísticamente nombrados, “falsos positivos”; y a la activa participación de partidos políticos y políticos en ejércitos criminales se le llama “parapolítica”.

La calidad de la justicia está relacionada de manera estrecha e indisoluble con un desarrollo socioeconómico sostenible¹³. Los países prósperos y democráticos son aquellos cuyos jueces son independientes (juzgan imparcialmente), sus fiscales investigan e instruyen con objetividad (argumentan restricción de derechos fundamentales y abren causas ante jueces imparciales), sus policías buscan evidencias (policía judicial especializada y profesional) y existe un escenario propicio que fortalece la capacidad de las víctimas para actuar dentro de un proceso judicial, aun a pesar del ente acusador, o en su reemplazo.

El ejercicio de los derechos por parte de los sobrevivientes de un delito o abuso de poder dentro del proceso penal evita errores judiciales y hace que la respuesta final de la administración de justicia sea más sensible y justa. También fortalece la democracia, al enviar un claro mensaje sobre la importancia de la posición de la parte vulnerable o más débil de una relación (victimario vs. víctima) dentro de un Estado social de derecho.

En cambio, en estados débiles, las violaciones, las ejecuciones extrajudiciales, las desapariciones, las mutilaciones y las torturas acaecidas masiva y sistemáticamente son percibidas sin mayor alarma social. La impunidad resulta ser un tema trivializado¹⁴. La víctima estorba e incomoda. Cuando mucho, es instrumentalizada como el medio de prueba requerido para obtener una información que sirve para resolver un caso por la vía más fácil, o se descarta lo que dijo y se archiva. El mundo moderno garantiza formalmente los

¹³ Estudios dirigidos por Edgardo Buscaglia demuestran esta íntima conexión: *Judicial corruption in developing countries: its causes and economic consequences* 1999.

¹⁴ ZAFARONI, Raúl. *Muertes anunciadas*, editorial Temis 1993.

derechos de la víctima, pero en los hechos esta no es percibida como un sujeto de derechos, ni los procedimientos que la involucran cuentan con una perspectiva de derechos humanos¹⁵.

La impunidad es una violación de los derechos humanos. Implica ignorar y anular a las víctimas en una espiral tan perversa como los mismos delitos que vulneran sus derechos. Es “la inexistencia, de hecho o de derecho, de responsabilidad penal por parte de los autores de violaciones de los derechos humanos, así como de responsabilidad civil, administrativa o disciplinaria, porque escapan a toda investigación con miras a su inculpación, detención, procesamiento y, en caso de ser reconocidos culpables, condena a penas apropiadas, incluso a la indemnización del daño causado a sus víctimas”¹⁶. Aparece de la mano del negacionismo promovido y auspiciado por aquellos que necesitan evitar su responsabilidad penal. La impunidad se puede presentar por ausencia de leyes que prevean castigos para los responsables de violaciones de derechos humanos y el reconocimiento de los derechos de las víctimas (impunidad normativa) o por la ineficiencia e inoperancia del sistema judicial incapaz de esclarecer los actos violatorios y proveer sanciones proporcionales y adecuadas previstas en la ley para la reparación de las víctimas (impunidad estructural).

Algunos piensan que para disminuir los índices de impunidad en esos estados débiles, la atención y la energía debe concentrarse en la persecución del criminal a costa de la instrumentalización de las víctimas, porque su participación real y efectiva en el proceso penal es un “lujo que no pueden permitirse”. Sin embargo, tal como lo demuestra el premio Nobel de Economía Amartya Sen, democracia y desarrollo no son caminos antagónicos, sino que existe entre ellos una conexión instrumental y directa¹⁷. Esta misma relación opera para los fines del proceso penal, pues no se disminuye la impunidad en escenarios ausentes de la participación de la víctima.

La causa primera de la perpetuación de la crisis humanitaria es la

¹⁵ La perspectiva o el enfoque de derechos humanos es el marco conceptual que explica cómo los derechos no son solamente aspiraciones para alcanzar, sino que también calan de manera transversal todos los procesos estatales y sociales, reconociéndoles el fundamento ético moral de la acción del Estado.

¹⁶ “Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad” aprobados por la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas mediante resolución 2005/81, por medio de la cual toma nota del conjunto actualizado de principios como directrices que ayuden a los estados a desarrollar medidas eficaces para luchar contra la impunidad, reconoce la aplicación regional y nacional de los principios y adopta otras disposiciones. Doc. ONU E/CN.4/2005/102/Add.1 del 8 de febrero de 2005.

¹⁷ SEN, Amartya. *Desarrollo y libertad*, Editorial Planeta 3ª edición 2001.

impunidad, pues “propicia la repetición crónica de las violaciones de derechos humanos y la total indefensión de las víctimas y de sus familiares”¹⁸. A su vez, la impunidad tiene estrecha correlación con la ausencia de escenarios de participación de las víctimas en los procesos sociales y judiciales¹⁹. Sen demostró la correlación entre libertades y procesos constructivos: “Los derechos políticos y humanos, sobre todo los que garantizan la discusión, el debate, la crítica y la disensión abiertos, son fundamentales para los procesos de decisión documentada y reflexionada”²⁰.

La complejidad de los casos de violaciones de derechos humanos se traduce en la dificultad para conseguir de evidencia incriminatoria la vulnerabilidad de los testigos de cargo frente a intereses de poderosos que los quieren ocultar y silenciar, el imparable paso del tiempo eternizado para dilatar el caso con el fin de consolidar prescripciones de la acción penal, entre otras consecuencias. Estas situaciones hacen que en estos procesos penales dejar en el olvido a las víctimas se convierta en una constante. Esta situación es más evidente en crímenes de Estado, en los cuales el interés no es precisamente que la entidad se depure a sí misma.

Investigar y sancionar a los responsables de delitos es solo uno de los fines del proceso penal en un Estado social de derecho; el otro es la vigencia y el respeto por los derechos sustanciales de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación²¹. Y han sido ellas quienes lo conquistaron. Individualmente u organizadas en asociaciones, han presionado con sus marchas y sus reclamos en América Latina, para que se les reconozca su voz, para que no se olviden la infamia ni el oprobio. Las Madres de la Plaza de Mayo que reclamaban un “nunca más” en la historia de su país; las campesinas peruanas que recorrieron cuarteles, comisarías, bases militares, campos de concentración en busca de sus desaparecidos²²; las insistencias y las resistencias en Guatemala por las “memorias del olvido”; las luchas jurídicas en Chile, Ecuador, Colombia y otros países de la región, el grito permanente para que los devuelvan vivos,

¹⁸ Corte IDH, sentencia del 11 de mayo de 2007, caso Paniagua Morales y otros vs. Guatemala

¹⁹ “Preguntas frecuentes sobre el enfoque de derechos humanos en la cooperación para el desarrollo”. Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de Naciones Unidas. Nueva York y Ginebra 2006.

²⁰ *Ibidem*, p. 191. Es tajante también en la importancia instrumental de las libertades y el desarrollo: “nunca ha habido hambrunas en ningún país independiente, que celebrara elecciones con regularidad, que tuviera partidos de oposición para expresar las críticas y que permitiera que la prensa informara libremente y pusiera en cuestión el acierto de las medidas de los gobiernos sin una censura general”.

²¹ Corte Constitucional de Colombia, C-828 de 2010. MP Humberto Sierra Porto.

²² COMISIÓN DE LA VERDAD Y RECONCILIACIÓN, Hatun Willakuy. Perú 2008, p. 8.

mueven al derecho penal a replantear el pasivo y oculto papel de la víctima en el proceso penal.

La justicia penal militar en Colombia archivó una investigación, al concluir que un “soldado voluntario” del Batallón de Contraguerrillas 16 de la Brigada Móvil 2, quien murió de un disparo mientras recibía un tratamiento médico dentro de las instalaciones del batallón, se había suicidado. La madre del soldado solicitó la exhumación del cadáver y la investigación de la hipótesis de homicidio. La autoridad no atendió sus pedimentos. Ella interpuso una acción de tutela que denegaron en primera y segunda instancia. La Corte Constitucional en revisión determinó, en 1994, que el acceso a la justicia es un derecho fundamental, consistente no solo en la obtención de información, sino en la comprensión de la víctima como un sujeto activo que colabora en la superación de los errores cometidos en la investigación penal: “Una madre tiene justificación cuando exige que se le aclare la causa del fallecimiento de su hijo, especialmente si no aparecen razones o motivos para un suicidio... la validez y la búsqueda de la verdad son objetos de la justicia, constituyen elementos consustanciales al derecho de acceso a la justicia, porque para plantear un argumento válido (en este caso concreto, dilucidar si al soldado lo mataron o se suicidó) hay que partir de premisas verdaderas y llegar a una conclusión verdadera. La inquietud que plantean los enigmas jurídicos es inherente a la existencia humana y es oficio del juzgador tratar de averiguarlos para absolver o condenar, para reparar o no reparar. El Juez o Fiscal será más eficiente si cuenta con una colaboración seria de los familiares del occiso... Este derecho de los familiares a conocer la suerte de los suyos, sean desaparecidos o fallecidos, no se agota entonces con la percepción visual del cadáver, ni se limita a una escueta información, ni puede quedarse en una conclusión simplista, sino que el Estado debe facilitar el acercamiento a la verdad permitiéndoles participar en el proceso penal. Además, esta participación no sólo constituye un derecho fundamental de las víctimas y perjudicados sino que puede ser muy importante para estructurar una investigación eficaz, alcanzar la verdad y prevenir futuros ilícitos”.²³

²³ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia de tutela 275 de 1994.

2. Derechos de las víctimas de violaciones de derechos humanos en el proceso penal colombiano

En Colombia se ha construido una sólida y sostenida línea jurisprudencial²⁴ respecto de los alcances de los derechos de las víctimas en el proceso penal. El punto de partida ha sido el derecho internacional de los derechos humanos²⁵, que prevé el nacimiento de la responsabilidad internacional del Estado por incumplimiento de su deber primario de respetar los derechos humanos de las personas (obligación de respeto), o porque no los hace respetar ni los promueve (obligación de garantía), de conformidad con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos²⁶.

Las obligaciones estatales de garantía comprenden desde la expedición de leyes y normas que prohíban conculcación de los derechos humanos hasta el deber jurídico de investigar de manera seria y exhaustiva las violaciones y crímenes, la identificación de los responsables, la imposición de sanciones proporcionadas a la gravedad de la lesión y la reparación de las víctimas.

Del mismo modo, los estados tienen el deber de prevenir el irrespeto de los derechos de las personas, con la adopción de medidas legislativas, administrativas, con incidencia política, cultural o social. Los estados tienen la obligación de suprimir las normas y prácticas que entrañen violación de las garantías y los derechos²⁷.

Y aunque la obligación estatal de investigar no es de resultado, se debe demostrar diligencia y cuidado en su ejecución: “en ciertas circunstancias

²⁴ Una lista de sentencias y la línea jurisprudencial de la Corte Constitucional de Colombia sobre el tema materia del presente artículo se incluye como anexo 1 en el presente texto.

²⁵ Instrumentos internacionales que han reconocido los derechos de las víctimas de delitos y abusos de poder: IV Convención sobre las Leyes y Costumbres de la Guerra de 1907, la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, la Convención contra la Discriminación Racial de 1965, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, el Protocolo I de Ginebra de 1977, la Convención contra la Tortura de 1984, la Convención de los Derechos del Niño de 1989 y el Estatuto de la Corte Penal Internacional de 1998, la Convención Europea de Derechos Humanos de 1950, la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969, la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos de 1981, entre otros.

²⁶ “el artículo 1.1 [de la Convención] es fundamental para determinar si una violación de los derechos humanos reconocidos por la Convención puede ser atribuida a un Estado Parte. En efecto, dicho artículo pone a cargo de los Estados Partes los deberes fundamentales de respeto y de garantía, de tal modo que todo menoscabo a los derechos humanos reconocidos en la Convención que pueda ser atribuido, según las reglas del Derecho internacional, a la acción u omisión de cualquier autoridad pública, constituye un hecho imputable al Estado que compromete su responsabilidad en los términos previstos por la misma Convención”. Corte IDH, caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Sentencia de 29 de julio de 1988, párr. 164.

²⁷ CORTE IDH, caso Cantoral Benavides vs. Perú, párr. 178.

puede resultar difícil la investigación de hechos que atenten contra derechos de la persona. La de investigar es, como la de prevenir, una obligación de medio o comportamiento que no es incumplida por el solo hecho de que la investigación no produzca un resultado satisfactorio. Sin embargo, debe emprenderse con seriedad y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa. Debe tener un sentido y ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como una simple gestión de intereses particulares, que dependa de la iniciativa procesal de la víctima o de sus familiares o de la aportación privada de elementos probatorios, sin que la autoridad pública busque efectivamente la verdad. Esta apreciación es válida cualquiera sea el agente al cual pueda eventualmente atribuirse la violación, aun los particulares, pues, si sus hechos no son investigados con seriedad, resultarían, en cierto modo, auxiliados por el poder público, lo que comprometería la responsabilidad internacional del Estado”²⁸.

El artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos consagra la igualdad ante tribunales y cortes de justicia, así como el derecho a ser oído públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, lo que vale tanto para el acusado como para las víctimas de los delitos. La igualdad reclamada en el acceso a la justicia de víctimas y victimarios incluye la remoción de obstáculos que impidan el acceso pleno y efectivo a la administración de justicia, así como disponer de la información completa y suficiente de sus derechos y oportunidades de intervención.

El artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos humanos reconoce a toda persona el derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente, imparcial, establecido con anterioridad por la ley, tanto en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella como para la determinación de cualquiera de sus derechos. La formulación de este derecho incluye a las víctimas de los delitos.

En el artículo 25, la Convención Americana consagra el derecho de todas las personas a contar con un recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que las ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales. Nótese que el recurso debe ser “efectivo”, esto es, verdadero, existente, legítimo, justo, eficaz, eficiente, garantizado: el que es capaz de producir el resultado, como lo explica la Corte Interamericana de

²⁸ CORTE IDH, caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Sentencia de 29 de julio de 1988, párr. 188.

Derechos Humanos. Mientras que un recurso ineficaz es aquel que carece de independencia y resultados satisfactorios²⁹.

Mediante Resolución 60/147 del 16 de diciembre de 2005, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó el texto final de los “Principios y directrices básicas sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones”, que insiste en la obligación de los estados de realizar investigaciones eficaces, rápidas, completas e imparciales y, especialmente, “dar a quienes afirman ser víctimas de una violación de sus derechos humanos o del derecho humanitario un acceso equitativo y efectivo a la justicia”.

En consecuencia, el Estado debe garantizar el acceso equitativo y efectivo de todas las víctimas a la justicia³⁰. Es decir, debe proporcionarles información pertinente sobre los procesos y mecanismos de la justicia; debe propender a que se investiguen a los responsables, se sepa la verdad de lo ocurrido y se apliquen penas proporcionadas y adecuadas; debe obtener reparación de los daños causados a las víctimas con el delito, la cual debe ser adecuada, efectiva y rápida.

La reparación contiene elementos que van más allá de la indemnización pecuniaria y de los conceptos de daño emergente y lucro cesante; envuelve la restitución de la víctima a la situación anterior a la violación. Por ejemplo, la libertad perdida, su identidad, vida familiar, honor o su retorno pacífico y seguro al sitio de su residencia, el reintegro a su empleo o la devolución de los bienes arrancados o dejados.

La reparación también envuelve la idea de rehabilitación de los derechos de las víctimas, mediante atención médica, psicológica, jurídica y de trabajo social, y la satisfacción y garantías de no repetición, que suponen la cesación de las violaciones; la revelación pública de la verdad; el restablecimiento público de la dignidad y reputación de las víctimas; la manifestación pública de aceptación de responsabilidad y petición de perdón; las conmemoraciones

²⁹ El énfasis que pone la Corte IDH en la sentencia Caso trabajadores cesados del Congreso, Aguado Alfaro y otros vs. Perú, del 24 de noviembre de 2006, radica en la garantía real y próxima de las víctimas al acceso a la administración de justicia, conforme a estándares previstos en la Convención Americana. En igual sentido de contar con recurso judicial efectivo, en la sentencia de la Corte IDH, Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia, del 31 de enero de 2006.

³⁰ La Corte Constitucional de Colombia ya reflexionó sobre lo irrazonable que sería discriminar a las víctimas de otros delitos, no considerados como violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos o violaciones graves del DIH, en la sentencia C-228/02.

y homenajes a las víctimas; el registro de los crímenes en los textos escolares y en manuales de historia, entre otros.

En el caso *Bámaca Velásquez vs. Guatemala*, la Corte Interamericana de Derechos Humanos³¹ concluyó que conocer lo sucedido es una forma de reparación a las víctimas y un derecho que tiene la sociedad. A partir de la interpretación de los artículos 8 y 25 de la Convención Americana se concreta un nuevo derecho, el “derecho a la verdad”, cuya titularidad corresponde a las víctimas, para obtener en un plazo razonable el esclarecimiento de los hechos y la imputación de responsabilidades, a través de una investigación y juzgamiento conforme el debido proceso. En el mismo sentido, la jurisprudencia colombiana indicó que “el derecho a saber la verdad que tiene la sociedad, pero primordialmente la víctima, es autónomo, inalienable e imprescriptible, y apunta a un correlativo deber del Estado de adoptar medidas adecuadas para preservar la memoria y divulgación de ese saber...”³².

La víctima y la sociedad tienen derecho a saber la verdad de lo acontecido: qué pasó, quiénes son los responsables y por qué cometieron las violaciones, quién se beneficiaba de la conducta ilícita, quién la financiaba y qué personas o grupos las promovían.

El Congreso de la República de Colombia al expedir en 2005 la Ley 975, conocida como Ley de Justicia y Paz, con la pretensión de poner fin al conflicto armado interno y alcanzar la paz, ofreció a los actores armados ilegales que cometieron graves violaciones de los derechos humanos y se desmovilizaran, unas penas alternativas de cinco a ocho años de prisión. La Corte Constitucional, al estudiar su constitucionalidad, condicionó esa prerrogativa a que se respetaran los derechos de las víctimas y en especial a que se contara toda la verdad y se reparara a las víctimas, so pena de perder los beneficios. La Corte Suprema de Justicia, en la misma vía, ha reforzado el protagonismo de las víctimas y ha calificado a la Ley de Justicia y Paz como una ley que propicia “relativa impunidad”, salvable por la necesidad de saber la verdad, se den garantías de no repetición y se repare a las víctimas³³.

³¹ En este caso, la Corte IDH estudió la desaparición forzada del comandante Everardo (Efrain Bámaca Velásquez) del grupo guerrillero Organización del Pueblo en Armas (ORPA), después de su captura el 12 de marzo de 1992, en el municipio de Nuevo San Carlos, por parte del tercer batallón de la zona militar No. 18 de San Marcos. La última vez que se le vio fue el 18 de julio de 1992, lastimado y atado a una cama de metal de la enfermería de un destacamento militar. A la esposa de la víctima se le reconoció su derecho a saber.

³² CSJ. Radicado 30120 de julio 23 de 2008 MP. Dr. Alfredo Gómez Quintero.

³³ CSJ Concepto 17 de febrero de 2010. PP José Leonidas Bustos Martínez.

La Corte Constitucional incorporó al derecho interno colombiano el estándar internacional referido al acceso a la justicia de las víctimas de violaciones de derechos humanos y la obligación para el Estado de investigar, juzgar y castigar a sus perpetradores. Precisó que en los casos de impunidad de violaciones a los derechos humanos o al derecho internacional humanitario, la búsqueda de un orden justo y los derechos de las víctimas desplazan la protección de la seguridad jurídica y la garantía del non bis in ídem.³⁴

El 10 de abril de 2008, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia de Colombia rechazó una extradición hacia Estados Unidos de una persona sometida al trámite establecido por la Ley de Justicia y Paz, por socavar los derechos de las víctimas: “ella ha quedado cubierta por un sistema de garantías fundado en el principio de la tutela judicial efectiva, de amplio reconocimiento internacional, y con evidente acogida constitucional a través de los artículos 229°, 29° y 93° de la Carta. Este principio se caracteriza por establecer un sistema de garantías de naturaleza bilateral. Ello implica que garantías como el acceso a la justicia (artículo 229), la igualdad ante los tribunales (artículo 13), la defensa en el proceso (artículo 29), la imparcialidad e independencia de los tribunales, la efectividad de los derechos (artículo 2 y 228); sean predicables tanto del acusado como de la víctima. Esta bilateralidad ha sido admitida por esta corporación al señalar que el complejo del debido proceso, que involucra el principio de legalidad, debido proceso en sentido estricto, derecho de defensa y sus garantías, y el juez natural, se predicán de igual manera respecto de las víctimas y perjudicados”.³⁵ (*cursivas fuera del texto*).

La tutela judicial debe ser efectiva para conseguir que las víctimas descreídas y desesperanzadas puedan participar activamente en el proceso penal. Se requiere remover obstáculos procesales y materiales acumulados respecto de un acceso a la justicia aleatorio y denegado por siglos. La víctima sobreviviente de violaciones masivas o sistemáticas de derechos humanos puede sumirse en un estado de depresión, terror y desesperanza más grave que los que padecen poblaciones expuestas a catástrofes de grandes proporciones. Esa víctima, en términos generales, no participa en el proceso penal mediada con una fría citación o una distante notificación, dado que está ocupada en resolver otros asuntos que considera más urgentes y prioritarios. La violación de sus derechos humanos la ha dejado devastada y desestructurada.

³⁴ CSJ. Auto 28 de mayo de 2008 MP Dr Augusto Ibáñez Guzmán Rad 29560.

³⁵ CSJ. Sentencia SU 1184/01

Es deber, en consecuencia, generar un escenario propicio para la participación de las víctimas. Para ello debe existir un trabajo planeado, organizado, en el que debe participar un equipo interdisciplinario que pueda contenerla, ofrecerle asesoría y apoyo síquico, jurídico y social, y en alguna medida económico, para que pueda verificarse el acceso real a una tutela judicial efectiva.

3. A modo de conclusión

Recapitulando: el Estado tiene el deber de respetar los derechos fundamentales de las víctimas a la verdad, a la justicia y a la reparación, como un haz inescindible dentro del proceso penal. Esto no es una novedad. Lo verdaderamente esencial constituiría el cambio de mentalidad de los operadores judiciales y de la sociedad misma, respecto de dejar de considerar de poca monta la esencial contribución de las víctimas (sujetos de derechos) al proceso penal. El proceso penal adquiriría una nueva dinámica enriquecida con un aporte sustancial por parte de quien entiende la dimensión del delito, porque lo vivió, lo padeció y lo sobrevivió; la sociedad también sale fortalecida en su sistema democrático, lo que le permitirá una reconciliación incluyente en la que se reconstruya a partir de las propias voces de sus integrantes. Se dejaría de instrumentalizar a la víctima, se la trataría como un ser humano digno, se la escucharía con respeto y consideración y participaría en la solución de un conflicto que le interesa, le afecta y le compete. Ella, por fin, sería reparada.

Diagnóstico sobre memoriales públicos y reparación de víctimas de desaparición forzada

VÍCTOR MANUEL QUINTEROS

1. Introducción

El presente trabajo parte de una interrogante puntual sobre el proceso de memorialización¹ que —con respecto al conflicto armado interno²— se desarrolla en el Perú, y en qué medida este se ocupa, o se ha ocupado, del drama de aquellas personas que fueron víctimas de desaparición forzada, particularmente de quienes fueron víctimas de este delito en los espacios urbanos de la región Lima. A partir de un diagnóstico nacional sobre memoriales públicos, se busca comparar el número y características de las iniciativas de memorialización emprendidas en la región Lima con respecto a otras registradas en otras regiones del país. En el caso específico de Lima, también se busca determinar si los memoriales ubicados en esta región responden satisfactoriamente a los fines de reparación simbólica a favor de las víctimas de desaparición forzada, o de prevención, tomando en cuenta una dimensión social orientada a no repetir estas prácticas en el futuro.

En tiempos en que las batallas por la memoria mantienen plena vigencia, y que precisamente en Lima la denominada *memoria de salvación*³ encuentra un significativo respaldo⁴, una reflexión como la propuesta —sin ánimo de ser exhaustiva— pone de manifiesto algunas aristas poco

¹ BRETT Sebastian, BICKFORD LOUIS, SEVCENKO Liz, RÍOS Marcela, *Memorialización y democracia: Políticas de Estado y acción civil*. Informe basado en la conferencia internacional del mismo nombre, realizada entre el 20 y 22 de junio de 2007 en Santiago de Chile. Flacso, ICTJ, Sites of Conscience. Memorialización y democracia, p. 1. Se entiende por “memorialización” el proceso de crear memoriales públicos.

² Tomando como referencia el periodo estudiado por la Comisión de la Verdad y Reconciliación, el conflicto armado interno en el Perú comprende el periodo 1980–2000.

³ REÁTEGUI, Félix, *Los sitios de la memoria, procesos sociales de conmemoración*. IDEHPUCP, Konrad Adenauer: Perú 2010. p. 13.

⁴ La candidata de Fuerza 2011, Keiko Fujimori, perdió las elecciones presidenciales de junio de 2011, en segunda vuelta electoral. Con un 48.5% fue derrotada por Ollanta Humala Tasso, quien obtuvo 51.5%.

exploradas del proceso de memorialización, cuya debida atención podría servir de instrumento para revertir los niveles de indiferencia y falta de conocimiento que, en términos generales, expresa la sociedad limeña sobre el conflicto armado interno y sus trágicas secuelas. Por lo pronto, tal indiferencia y desconocimiento subsiste pese a las numerosas iniciativas de memoria y narrativa general del conflicto creadas en torno a la violencia registrada principalmente en la sierra peruana. En el caso de Lima se aprecia un esfuerzo similar, pero enfocado en hechos o casos muy puntuales (homenaje a las víctimas de La Cantuta, a las víctimas del atentado senderista en la calle Tarata, entre otros).

La verificación de ciertos niveles de ausencia en el trabajo de memorialización sobre el drama local y urbano de nuestra ciudad quizá sea una aproximación preliminar y parcial, pero útil para afrontar el problema de ajenidad antes anotado.

Por otro lado, desde la perspectiva de las víctimas, la misma verificación resultará certera para advertir si los memoriales públicos objeto de estudio toman en cuenta en Lima la especial naturaleza y las consecuencias de los casos de desaparición forzada de personas que dan lugar a reparación⁵.

En ese sentido, la pregunta que guía el presente trabajo es la siguiente: ¿Existe en Lima un trabajo específico de memorialización y, a partir de este, por extensión, una narrativa orientada a reparar a las víctimas de desaparición forzada en otras regiones del país?

A partir del diagnóstico propuesto, será posible advertir deficiencias u omisiones en el proceso de memorialización desplegado en Lima. A partir de ellas, se formularán recomendaciones que contribuyan a reparar a las víctimas y ayuden a generar mayor información, conocimiento y posibles espacios de sensibilización en torno a la realidad de las desapariciones forzadas ocurridas en ese ámbito regional, como a nivel nacional.

2. Marco conceptual

2.1. Justicia transicional y reparación de víctimas

Todo proceso de justicia transicional surge a partir de la reconstrucción del orden democrático, allí donde este fue interrumpido por un conflicto armado interno o variadas formas de represión estatal. La necesidad de superar un legado de violaciones de derechos humanos —propio de estas

⁵ COMISIÓN DE LA VERDAD Y RECONCILIACIÓN, *Informe final*, tomo IX. Lima, CVR, 2003, p. 148.

etapas de violencia— es parte integral del proceso⁶. De esta necesidad surge el imperativo ético de “reparar los males causados, en la medida en que sea factible y prevenir la ocurrencia de nuevos hechos”⁷, siendo los instrumentos de justicia transicional los medios idóneos para cumplir con esa exigencia.

Los instrumentos de justicia transicional a los que me refiero son los de verdad (como relato oficial sobre los hechos de violencia sufridos), *justicia* (entendida como identificación y determinación de responsabilidades por graves violaciones de derechos humanos) y *reparación* (como mecanismo de compensación a las víctimas de graves violaciones de derechos humanos). Como precisan Filippini y Magarrell⁸, este último instrumento no solo incluye la entrega de compensaciones económicas, sino también otras modalidades de reparación individual y colectiva, material y simbólica. Son estas últimas (reparaciones simbólicas) el principal interés del presente trabajo.

Las reparaciones simbólicas formaron parte del plan integral de reparaciones (PIR) propuesto por la Comisión de la Verdad y Reconciliación del Perú (CVR) en su *Informe final*⁹. Una versión de esta propuesta, reproducida en sus aspectos medulares a través de la Ley N° 28592, del 29 de julio de 2005, sirve de marco normativo para aplicar medidas de reparación simbólica a nivel nacional. Su aplicación actual obedece entonces a un imperativo legal, pero subyace a tal formalidad su especial relevancia para cumplir con el imperativo ético de reparar los crímenes del pasado y prevenir su ocurrencia en el futuro.

Aun cuando el reglamento de la Ley N° 28592¹⁰ hace acotaciones al PIR original propuesto por la CVR en lo que respecta a las modalidades de reparación simbólica, como las referidas a museos o casas de la memoria, en la práctica varias de ellas han sido impulsadas por organizaciones no gubernamentales de defensa de derechos humanos y algunos municipios en el ámbito local. Por esta razón, tomando como referencia la propuesta

⁶ ZALAQUETT, José, *La reconstrucción de la unidad nacional y el legado de violaciones de los derechos humanos*, en revista *Perspectivas*, Facultad de Ciencias Físicas y Matemáticas, Universidad de Chile, vol. 2, número especial, Santiago, 1999, p. 7.

⁷ *Ibidem*.

⁸ FILIPPINI, Leonardo y MAGARELL, Lisa *Instituciones de la justicia de transición y contexto político*, en Rettberg, Angelika (Comp.) *Entre el perdón y el paredón: preguntas y dilemas de la justicia transicional*, Bogotá: Universidad de los Andes, Facultad de Ciencias Sociales, Departamento de Ciencia Política, CESO, Ediciones Uniandes; Canadá: International Development Research Centre, 2005, p. 149.

⁹ COMISIÓN DE LA VERDAD Y RECONCILIACIÓN, *Informe final*, tomo IX, Lima, CVR, 2003, pp. 139–205.

¹⁰ Decreto Supremo 015-2006-JUS, promulgado el 6 de julio de 2006.

original de la CVR, consideramos entre las modalidades de reparación simbólica las siguientes: i) gestos públicos, ii) actos de reconocimiento, iii) recordatorios o lugares de la memoria y iv) otros actos que conduzcan a la reconciliación. Un último rubro reservado para las iniciativas de la sociedad civil, aunque no habría por qué limitar la acción estatal en tales casos, se refiere al establecimiento de las casas de la memoria como espacios simbólicos y pedagógicos de preservación de la memoria.

2.2. Museos o casas de la memoria y reparación de víctimas de desaparición forzada de personas

Entre estas modalidades de reparación simbólica, particularmente las referidas a recordatorios o lugares de la memoria, y la concepción misma de casas de la memoria, podemos ubicar al proceso de memorialización que motiva nuestro interés. Asimismo, dentro de estas modalidades específicas de reparación, nos centraremos en la propuesta de casas de la memoria, que, desde nuestro punto de vista, responde con mayor eficacia a la particular naturaleza, gravedad y consecuencias del crimen de desaparición forzada de personas.

En esa línea, dada la situación de permanente incertidumbre que afecta a los familiares de los detenidos-desaparecidos, la creación de espacios de la memoria que incorporen una narrativa viva del drama que los aqueja constituye una forma especial y necesaria de reconocimiento frente a la ausencia de información sobre el destino final de sus seres queridos y la inacabada situación de violación de derechos humanos de la que siguen siendo víctimas. Ciertamente es que las casas de la memoria no se limitan a la conmemoración de los afectados por este delito, pues sus efectos reparadores y pedagógicos involucran un proceso de memoria más amplio e inclusivo. Sin embargo, en el caso de los desaparecidos, su relevancia resulta mayor, pues el recuerdo del hecho —delictivo— no se refiere a un evento pasado, sino a uno actual y de permanente consumación.

Es precisamente esta última circunstancia la que hace que, en el caso de la desaparición forzada de personas, el pasado y el presente no estén vinculados exclusivamente por una relación hecho-consecuencia, sino que ambos mantengan una lógica de paralelismo y continuidad, en la que el hecho violatorio se superpone a renovadas secuelas expresadas en diversas formas de daño físico y psicológico en perjuicio de los familiares de los desaparecidos. Es, pues, la propia dinámica del delito la que justifica apostar por formas simbólicas de reparación en que la reflexión crítica, la narrativa actual y el

contacto con los efectos personales del desaparecido no solo sean remedios contra el olvido, sino una forma de enfrentar el dolor y perjuicio causados por la incertidumbre presente. Las casas de la memoria serían entonces el medio para alcanzar ese objetivo, al estar orientadas, conforme lo precisa la CVR, “a la formación de espacios simbólicos, pedagógicos y creativos que contribuyan a la preservación de la memoria”¹¹.

Ello no quiere decir que otro tipo de recordatorios o modalidades de lugares de memoria no sean positivos para conmemorar y reparar a las víctimas de desaparición forzada. Sin embargo, consideramos que las casas de la memoria cumplen un rol particularmente especial. Al introducirse un enfoque temático a esta expresión específica de memorialización, no solo se repara a los familiares de los desaparecidos a través del reconocimiento del daño sufrido, sino también se mantiene vivo y visible el recuerdo individualizado del familiar ausente (remedio equiparable a la paralela negación o ausencia de información sobre su paradero y destino final), e incluso se genera un valioso espacio de reflexión y diálogo para aplicar estrategias de prevención y sensibilización respecto de tales hechos de violencia. Tomando en cuenta el intenso vínculo entre pasado y presente que involucra la desaparición forzada de personas, estas mismas condiciones resultan favorables para generar una *memoria ejemplar*¹², esto es, un tipo de memoria que lejos de anclarse en el pasado vincula este con el futuro al extraer lecciones útiles para acontecimientos similares del presente; esto último en referencia a la problemática más actual de la desaparición de personas en el Perú, lo que no deja de ser un vehículo de sensibilización con respecto al drama afín experimentado por las víctimas del conflicto armado interno.

En todo caso, no debe entenderse que la eficacia reparadora de las casas de la memoria se limita a su sola creación, pues su existencia requiere necesariamente —según sea el caso— de iniciativas o políticas públicas complementarias orientadas a su sostenibilidad, adecuada organización, real efectividad y permanente mejora. El análisis de estas últimas medidas excede los fines del presente diagnóstico, pero vale tomarlas en cuenta porque de su mayor o menor presencia podría depender el éxito o fracaso del memorial.

No obstante la especial relevancia asignada a las casas de la memoria, en términos generales, la aplicación de las diversas medidas de reparación simbólica resulta fundamental en todo proceso de justicia transicional, y como parte

¹¹ COMISIÓN DE LA VERDAD Y RECONCILIACIÓN, *Informe final*, tomo IX. Lima, CVR, 2003, p. 168.

¹² TODOROV, Tzvetan. *La memoria amenazada*, en *Los abusos de la memoria*, Barcelona: Ediciones Paidós-Ibérica, 2000, pp. 31-32.

de estas, la memorialización representa un elemento clave. Tal como refieren Brett y Bickford, un estudio de víctimas de la violencia sugirió que después de la compensación financiera, las iniciativas de memorialización por parte del Estado constituían la segunda forma de reparación más importante¹³.

Como parte de la pregunta que sirve de base al presente trabajo, y considerando las precisiones de la CVR con respecto a que el PIR debe tomar en cuenta la naturaleza y las consecuencias distintas de cada tipo de violación o hecho que da lugar a reparaciones¹⁴, el siguiente diagnóstico permitirá conocer si las actuales iniciativas de memorialización atienden la temática de desapariciones forzadas en el ámbito urbano de la región Lima, así como las expectativas de reparación simbólica que legítimamente corresponden a las víctimas de este delito.

3. Diagnóstico sobre memoriales públicos en el Perú

El presente diagnóstico se refiere a memoriales públicos que involucran exclusivamente representaciones físicas, o, para ser más preciso, expresiones de estas que dejan huellas físicas en el espacio¹⁵, independientemente de que luego desaparezcan. En ese sentido, no se toman en cuenta expresiones de reparación simbólica como reconocimientos, disculpas públicas, normas, días conmemorativos u otros que no cumplan con tal exigencia. De esta manera, los tipos de memoriales públicos a tomar en cuenta para el presente trabajo son los siguientes¹⁶:

¹³ BRETT Sebastian, BICKFORD Louis, SEVCENKO Liz, RÍOS Marcela, Memorialización y Democracia: Políticas de Estado y Acción Civil. Informe basado en la Conferencia Internacional del mismo nombre, realizada entre el 20 y 22 de junio de 2007 en Santiago de Chile. Flasco, ICTJ, Sites of Conscience. Memorialización y Democracia. Págs. 2.

¹⁴ COMISION DE LA VERDAD Y RECONCILIACIÓN, Informe Final, Tomo IX. Lima, CVR, 2003, p. 148.

¹⁵ REATEGUI Felix, Los Sitios de la Memoria, Procesos sociales de la conmemoración en el Perú. IDEHPUCP, Konrad Adenauer: Perú 2010, p. 79. La frase es recogida del libro, y resulta precisa para los fines del presente trabajo.

¹⁶ Un tipo adicional de memorial público no considerado para este trabajo –aunque podría haberlo sido– se refiere al Centro de Información para la Memoria Colectiva y los Derechos Humanos de la Defensoría del Pueblo, que conserva los archivos de la Comisión de la Verdad y Reconciliación. De haberlo sido, ese centro podría haber sido categorizado como memorial documental (MD), y con ello elevar a 109 el número de memoriales públicos registrados. Sin embargo, para fines de este trabajo, he decidido no incluirlo atendiendo a que su objeto no es en estricto conmemorativo. El centro constituye en la actualidad una valiosa fuente de información para investigadores, además de activistas de derechos humanos, abogados y magistrados involucrados en el juzgamiento de violaciones de derechos humanos ocurridas en tiempos del conflicto armado interno.

1. Muestras fotográficas
2. Murales públicos
3. Monumentos y esculturas (obelisco, tótem, cruz, arco, mástil, busto, estela, pileta, etc.)
4. Memoriales en cementerios (mausoleo, tumba, cruz, cenotafio, gruta, etc.)
5. Espacios públicos (plaza, plazuela, parque, etc.)
6. Placas conmemorativas
7. Museos y casas de la memoria
8. Vía pública (nombres de calles)

Por una cuestión metodológica, en aquellos casos o lugares en que confluyen dos o más tipos de memorial, hemos optado por hacer una categorización según aquel o aquellos memoriales que consideramos involucran una mayor notoriedad o significancia con respecto al objeto materia de conmemoración. Así, por ejemplo, si confluyen la plazuela y el monumento construido en su interior, la significancia especial del monumento determinará que el memorial sea categorizado como monumento (MM). Del mismo modo, si el objeto de conmemoración engloba monumentos (MM) y murales públicos (MP) de similar relevancia, cada uno de ellos será categorizado de modo independiente. En el caso de memoriales respecto de los cuales no ha sido posible obtener registro visual, su categorización ha sido definida según la descripción contenida en las fuentes de información sobre sitios de memoria consultadas para el presente trabajo.

CUADRO 1
Número de memoriales a nivel nacional por modalidad y codificación

N	Código	Memoriales públicos	Cantidad
1	MF	Muestras fotográficas	1
2	MP	Murales públicos	12
3	MM	Monumentos	42
4	MC	Memoriales en cementerios	12
5	EP	Espacios públicos	17
6	PS	Placas	9
7	CM	Casas de la memoria, museos	11
8	VP	Vía pública (nombre de avenidas)	4
		TOTAL	108¹⁷

Elaboración propia

¹⁷ Una lista detallada de los memoriales públicos que hacen parte del diagnóstico se incluyen en el presente texto como anexo 2.

3.1. Memoriales públicos a nivel nacional: presencia y modalidades

El primer cuadro es el más general y básico, y en él puede advertirse con claridad que el proceso de memorialización a nivel nacional prioriza la construcción de monumentos y en un segundo lugar –muy alejado– la generación de espacios públicos. Considerando que muchas veces ambas variables confluyen en un mismo espacio, podría afirmarse que entre ambas está representado cerca del 55% del total de 108 memoriales públicos identificados. Ese porcentaje podría ser incluso mayor si sumamos los memoriales construidos en cementerios, dado el carácter monumental presente en ellos. Considerando estos espacios, el porcentaje de expresiones públicas y monumentales de la memoria se incrementaría a casi un 66%.

En el caso de museos o casas de la memoria a nivel nacional, el porcentaje de memoriales públicos de este tipo solo llega al 10% del universo de casos, lo que no deja de llamar la atención por ser un indicador reducido a pesar de su especial relevancia.

Como primera impresión general, puede concluirse que la presencia de estos espacios (museos o casas de la memoria), más temáticos y ricos en evidencia visual y documental, son mínimos en comparación con otros de naturaleza más pública, impersonal (cuando no se refieren a hechos o personas específicas) y monumental.

CUADRO 2
Número de memoriales por región y modalidad

	MF	MP	MM	MC	EP	PS	CM	VP	TOTAL
Amazonas					1				1
Áncash		1	1		1	2			5
Apurímac		2	2	2	1				7
Arequipa					1				1
Ayacucho		6	11	4	1	3	6	2	33
Cusco				1					1
Huancavelica			1	1	1	1	1	1	6
Huánuco ¹⁸		2	2		1				5
Ica			1	1	1				3

¹⁸ Llama la atención la ausencia de museos o casas de la memoria en la región Huánuco, al ser esta región la segunda, después de Ayacucho, en registrar el mayor número de desaparecidos según cifras de la CVR.

	MF	MP	MM	MC	EP	PS	CM	VP	TOTAL
Junín			1		4		1		6
La Libertad					2		1		3
Lima	1	1	17	3	1	2	2	1	28
Pasco			3						3
Piura			2		1	1			4
San Martín			1						1
Ucayali					1				
TOTAL	1	12	42	12	17	9	11	4	108

Elaboración propia

El presente cuadro (cuadro 2) complementa los datos del cuadro 1, con información sobre la cantidad de memoriales públicos por región. En el cuadro 2, resaltan Lima y Ayacucho como las dos regiones –por amplio margen– con mayor presencia de memoriales públicos a nivel nacional. El caso de Ayacucho resulta comprensible, pues fue esta región la más golpeada por el conflicto armado interno. Además, en esta región y en Lima, el trabajo de las organizaciones no gubernamentales de defensa de los derechos humanos sigue siendo intenso en las temáticas posconflicto en las que se enmarca el presente trabajo¹⁹.

El cuadro 2 nos muestra un dato interesante sobre las iniciativas de memorialización presentes en las dos regiones bajo comentario. A diferencia de Lima, la región Ayacucho evidencia un trabajo más estandarizado de memorialización, en que la modalidad de museos o casas de la memoria, de ínfima expresión nacional, es una de las modalidades de mayor presencia en la región. Los memoriales registrados en la región Ayacucho, a diferencia de la región Lima (donde abundan los monumentos), son más diversos, y quizá –sin ánimo de ser concluyente en ese aspecto– responden con mayor precisión a la distinta naturaleza y consecuencias de los hechos que se buscan reparar, conforme lo sugiere la CVR.

Por ejemplo, las seis casas de la memoria registradas en esta región responden a un tipo de conmemoración menos recurrente en Lima, vinculada al drama particular de los muertos y desaparecidos de las zonas donde cada una ha sido implementada. Destaca particularmente el Museo

¹⁹ COMISIÓN DE LA VERDAD Y RECONCILIACIÓN, *Informe final*, tomo IX. Lima, CVR, 2003, p. 148.

de la Memoria de Anfasep²⁰²¹, representativo del proceso de violencia que asoló Ayacucho durante el conflicto, y que intenta ser representativo, a su vez, del drama sufrido a nivel nacional. El museo incluye exposiciones de objetos, ropa, obras de arte, fotografías de las víctimas, diversas piezas documentales y artísticas que recrean diversos episodios y modalidades de violencia perpetradas contra el pueblo ayacuchano, además de registros históricos de la lucha de las asociadas de Anfasep y su temprano esfuerzo por ubicar el paradero de sus familiares, víctimas de desaparición forzada. El modelo de museo instalado por Anfasep se ha reproducido en casas de la memoria implementadas en espacios locales de otras provincias de la región (Huanta, Cangallo, Pampachacra, Huamanquiya, entre otros). Una excepción a este modelo sería el Centro de Memoria de Putacca, cuyo objeto de conmemoración no se limitó a la experiencia local del conflicto armado interno, sino que priorizó la revaloración de costumbres y fortalecimiento de la identidad local. En este último memorial, los únicos objetos que aluden al periodo de violencia son algunas fotos de fallecidos durante el conflicto y cuatro pinturas que narran distintos episodios de la vida del centro poblado de Putacca²².

Podríamos decir que el modelo de memorial denominado casas de la memoria, cuyo referente principal en el Perú es el Museo de la Memoria de Anfasep, brinda particular atención y congrega de modo particular, aunque no exclusivamente, a las víctimas de desaparición forzada de la región Ayacucho. Y aunque es difícil concluir que tal iniciativa regional pueda tener éxito en su intención de convertirse en un referente nacional de la memoria posconflicto en nuestro país, lo cierto es que su influencia ha trascendido el ámbito regional de Ayacucho, y se ha expresado en otras casas de la memoria, como la de Huancavelica, de reciente creación, donde la temática vinculada a la desaparición forzada de personas también se encuentra presente.

Dentro de las 11 casas o museos de la memoria registrados a nivel nacional, más del 50% (6) son de Ayacucho. A Lima, región llamada a liderar e impulsar las iniciativas nacionales de reparación y memoria en sus diversas modalidades, entre ellas las que involucran a víctimas de desaparición forzada, le corresponden solo 2 museos o casas de la memoria, cantidad ínfima frente a un total de 28 memoriales públicos registrados en su ámbito territorial. De ese total, 17, más del 50%, son monumentos (MM).

²⁰ Asociación Nacional de Familiares de Secuestrados, Detenidos y Desaparecidos del Perú.

²¹ Ver: <http://www.aprodeh.org.pe/sitiomemoria/ayacucho.html>

²² REATEGUI, Félix, op. cit., p. 35.

Un mayor detalle sobre museos o casas de la memoria a nivel nacional se encuentra en el cuadro 3, que comentaré más adelante.

CUADRO 3
Información sobre museos o casas de la memoria

	CM	Capital de región	Provincia	Acceso público	No público / Inactivo	Iniciativa pública	Iniciativa privada	Iniciativa mixta ²³
Ayacucho ²⁴	6	2	4	4	2		2	4
Huancavelica ²⁵	1	1		1				1
Junín ²⁶	1		1	1				1
La Libertad ²⁷	1		1	1			1	
Lima	2	2			2	2		
	11	5	6	7	4	2	3	6

Elaboración propia

3.2. Museos o casas de la memoria

Comparativamente la región Ayacucho supera ampliamente a las demás regiones del país en el número de desaparecidos registrados como parte del conflicto armado interno. Según la CVR, Ayacucho registra 1,824 desaparecidos de un universo de 3,355 personas desaparecidas²⁸, en que la región Huánuco es la que le sigue en cantidad con 379 desaparecidos²⁹. Lima tan solo registra 56 desaparecidos³⁰. Sin embargo, este dato numérico no define el grado de atención que una región u otra deben otorgar a las víctimas de desaparición forzada y el drama común que las une. En el caso

²³ Iniciativa mixta se refiere a los aportes conjuntos del sector privado y público. Este último puede consistir en financiamiento, mantenimiento, cesión de locales públicos, etc.

²⁴ Se trata del Museo de la Memoria de Totos (Cangallo, mixta), Museo de la Memoria de Anfasep (Huamanga, mixta), Casa de la Memoria-*Yuyana wasi* (Huanta, mixta), Centro de Memoria de Putacca (Huamanga, privada), Casa del Recuerdo de Pampachacra (Huanta, mixta) y Casa de la Memoria de Huamanquiquia (Fajardo, privada).

²⁵ Se trata de la Casa de la Memoria de Huancavelica (Huancavelica, mixta).

²⁶ Se trata de la Casa de la Memoria de Huancayo (Huancayo, mixta).

²⁷ Se trata de la Casa de la Memoria de Huamachuco (Sánchez Carrión, privada)

²⁸ COMISIÓN DE LA VERDAD Y RECONCILIACIÓN, *Informe final*, tomo VI, Lima, CVR, 2003, p. 763. Resultado del análisis del 70% de testimonios.

²⁹ *Ibidem*.

³⁰ *Ibidem*.

de Lima, en comparación con Ayacucho, dos razones resultan relevantes para no desatender el tema.

En primer lugar, Lima es la capital del Perú, y en ella se ubican y concentran los poderes públicos con capacidad de decisión e injerencia nacional a nivel político. Por otro lado, las organizaciones no gubernamentales de alcance nacional vinculadas al activismo y al trabajo en derechos humanos también mantienen sus sedes principales en la capital, y desde ella activan sus redes y supervisan sus programas y actividades. Por tanto, toda política o iniciativa nacional de memorialización puede surgir de esta región, lo que supone —sin que ello implique desatender el drama local— una mayor proyección para la reparación de los más de 3,000 casos de desaparecidos registrados por la CVR a nivel nacional³¹.

En segundo lugar, las diferencias en el número de desaparecidos responden a la dinámica propia del conflicto armado interno peruano, cuya fase inicial, focalizada en las regiones del interior y zonas rurales del país, principalmente Ayacucho, involucró una estrategia sistemática y masiva de violaciones de derechos humanos. Una segunda fase del conflicto, iniciada a partir de 1989, priorizó el trabajo de inteligencia en los ámbitos urbanos y aplicó una estrategia también sistemática pero más selectiva de eliminación³². Esta segunda estrategia fue aplicada en la región Lima³³ una vez que el conflicto armado se trasladó a las zonas urbanas del país, siendo ese el motivo del menor número de víctimas registradas en ese periodo. En ese sentido, siguiendo los parámetros de la CVR referidos a la aplicación de medidas de reparación según la naturaleza y las circunstancias de los hechos a reparar, el proceso de memorialización que pudiera aplicarse en Lima debe diseñarse de acuerdo con las características propias de la estrategia antisubversiva aplicada a partir de 1989, ello pensando, por ejemplo, en los 56 casos de desaparición forzada registrados en la región.

³¹ El nivel de responsabilidad es mayor si se toman en cuenta cifras del Equipo Peruano de Antropología Forense (EPAF), que dan cuenta de más de 15,000 desaparecidos.

³² COMISIÓN DE LA VERDAD Y RECONCILIACIÓN, *Informe final*, tomo VI, Lima, CVR, 2003, pp. 126 - 132.

³³ A partir del análisis de 100% de los testimonios brindados a la CVR sobre casos de desaparición forzada de personas en la región Lima, y sin considerar aquellos casos en que las víctimas desaparecieron como producto de matanzas indiscriminadas que hacen presumir su muerte a causa de tales circunstancias (casos El Frontón, Lurigáncho) o donde el desenlace de estas y hallazgo parcial de sus cuerpos fueron conocidos a partir de juicios públicos, la presente investigación registra 55 desapariciones, de las cuales 48 corresponden al periodo 1989-1996, y solo 7 al periodo 1980-1988. Cabe precisar que los 56 casos mencionados en el *informe final de la CVR*, corresponden al análisis de sólo el 70% de testimonios brindados ante ella (nota a pie 28)

Tomando en cuenta estas consideraciones, además de asumir al Museo de la Memoria de Anfasep como el modelo nacional más cercano a los objetivos de reparar y dignificar a las víctimas de desaparición forzada, comentaremos la información contenida en el cuadro 3. Este análisis nos permitirá tener una mayor aproximación y referente comparativo sobre el trabajo de memorialización desarrollado en Lima con respecto a la implementación de museos o casas de la memoria en las demás regiones del país.

En relación con los actores involucrados en estas iniciativas, de las 11 casas de la memoria registradas para el presente trabajo, 6 corresponden a iniciativas mixtas, 3 a privadas y solo 2 se originan a partir de iniciativas públicas. Con respecto a la iniciativa mixta y privada, esta se concentra en las regiones del interior, pero sorprende su ausencia en la región Lima. En esta última región se registran las dos únicas iniciativas exclusivamente estatales de este tipo, una de las cuales es de acceso restringido y la otra aún no ha sido implementada. Se trata del museo de la Dircote³⁴ y del Lugar de la Memoria, respectivamente. El primero es un museo cerrado al público en el que se conservan objetos decomisados tanto a Sendero Luminoso como al Movimiento Revolucionario Túpac Amaru, además de efectos personales del líder senderista Abimael Guzmán Reinoso³⁵. El segundo, pretende constituirse como el principal referente del proceso de memorialización en el Perú. Hasta la fecha, el Lugar de la Memoria no ha sido construido, por lo que en la práctica no representa una expresión concreta de este proceso y sus contenidos futuros aún resultan inciertos.

En las demás regiones del país, los museos o las casas de la memoria son de acceso público y funcionan con regularidad, a excepción del Museo de la Memoria de Totos, cuyo funcionamiento cesó al ser cambiadas las autoridades municipales que inicialmente impulsaron proyecto³⁶. Suerte similar corrió la Casa de la Memoria de Huamanquiya, abandonada a causa del descuido y de la ausencia de visitas, lo que en definitiva impidió que cumpla con sus fines pedagógicos y de conmemoración local³⁷.

Según el mismo cuadro 3, la presencia de estas casas de la memoria no se limita a las capitales de región, y, en similar número, también se las ubica

³⁴ Dirección Nacional contra del Terrorismo de la PNP.

³⁵ Ver: <http://peru21.pe/noticia/341011/se-cumplen-17-anos-captura-abimael-guzman>

³⁶ Ver: <http://espaciosdememoria.pe/index2.html>

³⁷ Mayores referencias sobre la Casa de la Memoria de Huamanquiya en: Aroni Renzo, La Casa de la Memoria de Huamanquiya: Ayacucho, 2006-2010. <http://memoriaymemoriales.blogspot.com/2010/11/la-casa-de-la-memoria-de-huamanquiya.html>

en otras provincias y distritos del ámbito regional, lo que revela la positiva dinámica local aplicada a esta modalidad de memorial.

Esta breve lectura del cuadro 3 es indiscutible en cuanto a la ausencia de casas de la memoria en la región Lima que aborden la temática específica de la desaparición forzada de personas. En realidad la ausencia de memoriales públicos de este tipo en la región implica también que no se les use como instrumento de conmemoración para otras temáticas o circunstancias del conflicto. En tanto la sola idea o el proyecto de creación del Lugar de la Memoria no constituye aún una expresión efectiva y concreta de reparación simbólica, su no funcionamiento equivale a la ausencia de memoria a la que hemos hecho referencia, lo mismo ocurre en el caso del museo de la Dircote al no ser de acceso público.

3.3. Memoriales públicos en la región Lima y conmemoración de víctimas de desaparición forzada

A partir de los cuadros 4 y 5 podrá verificarse si en el caso específico de Lima, frente a la advertida ausencia de casas de la memoria, el resto de memoriales públicos llega a ocuparse del tema (desaparición forzada de personas).

CUADRO 4
Memoriales públicos de Lima por objeto de conmemoración

LIMA	MF	MP	MM	MC	EP	PS	CM	VP	TOTAL
Temática general - (TG)	1	1	1				1		4
Valores (paz) - (TV)					1				1
Individuo - (TI)			2					1	3
Grupo de individuos - (GI)			14	3		2			19
Tema específico - (TE)							1		1
TOTAL	1	1	17	3	1	2	2	1	28

Elaboración propia

El cuadro 4 da cuenta del tipo de objeto de conmemoración al que cada memorial público se refiere. Estos objetos de conmemoración han sido clasificados en cinco categorías, a partir de las cuales podremos determinar si existe algún memorial público que, ante la ausencia de museos o casas de

la memoria, se ocupe del drama de los desaparecidos en la región Lima o sea capaz de proyectar esa temática —desde esta región— a las víctimas de este delito a nivel nacional.

Considerando el detalle de la información contenida en cada variable propuesta en el cuadro 4, podemos comentar lo siguiente: respecto de los memoriales públicos que obedecen a la categoría “temática general” (TG), tal razón de generalidad niega de plano toda identificación con un tipo de víctima o expresión de violencia en particular, por lo que no cabría presumir, a partir de estos, algún tratamiento o atención específica al caso de desaparecidos tanto en la región Lima como a nivel nacional. En todo caso, estos espacios pueden constituir un referente que cohesione a todas las víctimas del conflicto en torno al sufrimiento común —general— motivado por este, pero no uno que privilegie una dimensión más íntima, de narrativas comunes, compartidas y susceptibles de ser socializadas, como sí suele ocurrir en espacios como el generado por el Museo de Anfasep en Ayacucho. Los tres memoriales incluidos en el cuadro 4 bajo la variable de “temática general” son murales públicos, un monumento (el Ojo que Lloro) y la muestra fotográfica *Yuyanapaq: para recordar*, y su amplitud temática hace perder de vista problemas más específicos y de naturaleza particular, como la desaparición forzada de personas. Más adelante haremos algunas precisiones en torno a la muestra fotográfica *Yuyanapaq: para recordar*, considerando que contiene algunas imágenes sobre casos concretos de desaparición forzada que merecen comentarse.

En relación con la categoría “valores³⁸” (TV), el nivel de cohesión que las expresiones de memoria suscitan en este caso, se originan en un común anhelo de paz, cuya generalidad motiva la misma reflexión aplicada a la categoría “temática general”. Los memoriales públicos aplicados a este objeto de conmemoración no se enfocan en ninguna temática concreta, como las desapariciones forzadas, por lo que no resultan idóneos como mecanismos de reparación direccionados a tales casos.

El caso del Museo de la Dircote (“tema específico” (TE)) fue comentado a propósito del cuadro 3 y representa una temática histórica sobre el denominado Partido Comunista del Perú-Sendero Luminoso, totalmente ajena a los casos de desaparición forzada cuyos niveles de conmemoración en Lima se busca determinar.

³⁸ En Lima solo un memorial ha sido clasificado en esta categoría. Si el mismo ejercicio de categorización se hiciera a nivel nacional, el número sería mayor por la recurrencia de este objeto de conmemoración en las regiones del interior del país.

Comentario particular merecen los individuos (TI) o grupos de individuos (GI) objeto de conmemoración. Más allá del dato estadístico contenido en el cuadro 4, respecto de ellos, resulta ilustrativa una lectura complementaria en función del cuadro 5. Antes de ocuparnos de esta lectura conjunta, podemos finalizar nuestros comentarios al cuadro 4 resaltando que los grupos de individuos (GI) objeto de conmemoración son muy superiores en número a los individuos conmemorados de modo particular (TI). Estos últimos son sólo 3³⁹ y ninguno representa un caso de desaparición forzada.

CUADRO 5
Memoriales públicos de Lima por tipo de afectación

LIMA	MF	MP	MM	MC	EP	PS	CM	VP	TOTAL
Violencia en general - (VG)	1	1	1		1		1		5
Sobre grupos subversivos - (GS)							1		1
Muertos - (M)			11	2		1		1	15
Muertos + desaparecidos - (MD)			5	1		1			7
Desaparecidos - (D)									
TOTAL	1	1	17	3	1	2	2	1	28

Elaboración propia

Los comentarios al cuadro 4 deben complementarse con los del cuadro 5, en tanto ambos permiten concluir que los memoriales públicos registrados en Lima, al igual que las casas de la memoria registradas en ese ámbito, no facilitan un tipo de reparación como el practicado a partir de modelos como el Museo de la Memoria de Anfasep. El cuadro 5 permite advertir que los referidos mecanismos alternativos de memorialización tampoco representan en Lima un intento por cubrir la advertida ausencia temática de las casas de la memoria en relación con las víctimas de desaparición forzada de personas.

³⁹ Los tres memoriales públicos clasificados como (TI) según objeto de conmemoración corresponden al renombramiento de calle y monumento en memoria del coronel EP Juan Valer Sandoval (muerto en combate durante el rescate de los rehenes en la Embajada de Japón) y el monumento en memoria de la lideresa social Marielena Moyano, ejecutada por un grupo de aniquilamiento del PCP-Sendero Luminoso.

Según el cuadro 5, ningún tipo de memorial público en Lima se ocupa de modo específico del tema de los desaparecidos, aspecto especialmente grave considerando la naturaleza ya comentada de este delito, el imperativo moral de reparar sus vigentes efectos y consecuencias, y más aún, la necesidad de prevenir su ocurrencia en el futuro. No obstante este vacío temático, puede observarse en el cuadro 5 una variable (MD)⁴⁰ que sí integra al grupo de desaparecidos, pero no de modo exclusivo, sino junto con la categoría de fallecidos (M) durante el conflicto. Lamentablemente la inclusión de ambos tipos de víctima en una misma variable genera que los casos puntuales de desaparición pierdan identidad y no sean susceptibles de ser reparados conforme a su naturaleza y circunstancias especiales, peor aún cuando se les incluye en modalidades de conmemoración, en su gran mayoría monumentales y estáticas (monumentos). En definitiva, con respecto a la variable acumulativa (muertos + desaparecidos), lo que se refleja en los memoriales que la integran no es otra cosa que la ausencia del potencial narrativo que sí resulta representativo en el modelo de museos de memoria ausentes en la capital.

En conclusión, el cuadro 5 no registra memorial conmemorativo dedicado a casos de desaparición forzada de personas. Sin embargo sí registra 15 memoriales para el caso de víctimas mortales (M). Asimismo, sin hacer ningún distingo especial entre una u otra calidad de víctima, registra 7 memoriales públicos para el caso de muertos y desaparecidos (MD). Por lo demás, estos siete memoriales se refieren a casos muy puntuales⁴¹ y no representan un tipo de conmemoración que resalte alguna temática de violaciones de derechos humanos en particular.

Con respecto a las demás variables del cuadro 5, para “violencia en general” (VG), son aplicables las mismas apreciaciones que hicimos respecto de los ítems “temática general” y “valores” incluidos en el cuadro 4. Del mismo modo, sobre la variable “grupos subversivos” (GS) aplican las mismas consideraciones sobre la ajenidad temática entre el tema de desaparecidos

⁴⁰ En el caso de la placa recordatoria para las víctimas de la violencia en la Carretera Central (Ate), se ha optado por clasificarla en la categoría MD, al no poderse determinar el carácter de muertos o desaparecidos de dos de las personas nombradas en el memorial. Respecto del resto (14) sí se confirmó su condición de fallecidos (M) durante el conflicto.

⁴¹ Estos memoriales se refieren a hechos específicos, ocurridos en espacios geográficos determinados o que involucran a individuos con algún referente común. Entre estos casos se consideran a las víctimas de La Cantuta, las víctimas de zonas urbanas, como Huaycán, Ate, San Juan de Lurigancho, Villa María del Triunfo y estudiantes de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

que nos ocupa y el registro documental del Partido Comunista del Perú-Sendero Luminoso del Museo de la Dircote.

Comentario aparte merece el caso específico de la muestra fotográfica *YuyanaƤaq: para recordar*. Entre las 250 imágenes que componen la muestra, por lo menos cuatro de ellas, separadas una de otra —o en salones diferentes—, dan algunas referencias sobre el drama de los desaparecidos del conflicto armado interno. Una imagen corresponde a Angélica Mendoza, fundadora de Anfasep, quien aparece sosteniendo una anotación de su hijo desaparecido; otra es representativa de la búsqueda de desaparecidos en Ayacucho; una tercera hace referencia a la desaparición del estudiante universitario Ernesto Castillo Páez, ocurrida en Lima en octubre de 1990; y una final, casi al terminar el recorrido de la muestra, conmemora a las fundadoras de Anfasep. Estas imágenes, sin embargo, no desarrollan una modalidad específica de conmemoración orientada a los casos de desaparición forzada de personas durante el conflicto armado interno. En ese sentido, si bien las imágenes son parte de la muestra, ello no significa que expresen una temática especial dedicada a este delito y sus consecuencias, con lo cual la muestra *YuyanaƤaq: para recordar* tampoco puede considerarse como un tipo de memorial público que resulte conmemorativo de la temática de desapariciones forzadas a nivel regional y menos nacional.

En todo caso, los mencionados hechos o episodios específicos registrados por la muestra *YuyanaƤaq: para recordar* dan cuenta de la desaparición forzada de personas en dos lugares como Ayacucho y Lima, regiones que a la luz del presente diagnóstico sobre procesos de memorialización se muestran dispares en el tratamiento del problema. En Ayacucho existen iniciativas de trascendencia regional e intrarregional que intentan atender el problema y contribuir con la reparación simbólica de las víctimas del delito (da cuenta de ello la experiencia de Anfasep), mientras que en Lima se está muy lejos de cumplir ese objetivo, incluso en su propio ámbito regional.

4. Conclusiones

- No existe en Lima ningún proceso de memorialización, que se ocupe de la temática específica de desapariciones forzadas, ni de las personas que son víctimas de este delito.
- La falta de estos procesos de memorialización en la región Lima afecta a las víctimas de desapariciones forzadas en esta región, pero también a todas aquellas afectadas por el mismo delito a nivel nacional. Ello se debe

a que Lima es la capital del Perú y concentra todos los poderes públicos del Gobierno Central, con lo cual sus decisiones u omisiones tienen repercusiones en todo el territorio nacional.

- Por su nivel de influencia (al ser la sede del Gobierno Central) y competencia para la generación de políticas públicas de alcance nacional, Lima debe asumir el liderazgo del proceso de memorialización a favor de las víctimas de desaparición forzada de personas. Por el momento, tal liderazgo no ha sido asumido.
- No se registran iniciativas ni del Estado ni de las organizaciones no gubernamentales de derechos humanos sobre la creación de museos o casas de la memoria en Lima dedicados especialmente a conmemorar a la generalidad de víctimas de desaparición forzada a nivel regional ni nacional.
- Tanto los agentes del Estado como representantes de la sociedad civil deben considerar como referente principal para sus acciones de memorialización al PIR original propuesto por la CVR. Este documento ofrece pautas para implementar recordatorios o lugares y casas de la memoria ausentes en el reglamento del PIR oficialmente aprobado por Decreto Supremo Nro. 015-2006-JUS, del 6 de julio de 2006.
- Los museos o casas de la memoria han demostrado ser un tipo de memorial público acorde con la naturaleza, las circunstancias y la especial sensibilidad de la temática de desapariciones forzadas. Su desarrollo es destacable en Ayacucho, y se reproduce en el ámbito regional. En Lima no existe tal expresión de memoria, por lo que su implementación resulta necesaria para los fines de conmemoración y reparación de las víctimas.
- Junto con el proceso de diseño e implementación de estos espacios, es indispensable asegurar mecanismos de sostenimiento, dinamismo, difusión e impacto, así como de constante mejora, a fin de evitar experiencias como las del Museo de Totos o la Casa de la Memoria de Huamanquiya. Incluso experiencias como la de Anfasep requieren de estas acciones complementarias para garantizar su eficacia reparadora.
- Los museos o las casas de la memoria contribuyen a generar memorias colectivas, cuya transmisión a las futuras generaciones, a modo de aprendizaje⁴², pueden ayudar a evitar la repetición de los mismos crímenes en el futuro. Por el nivel de conexión temporal (pasado- presente-futuro)

⁴² MARTIN BERISTAIN, Carlos. *Memoria colectiva y reconstrucción de sociedades fracturadas por la violencia*, en Mauricio Romero (editor). *Verdad, memoria y reconstrucción, Estudios de caso y análisis comparado*. Serie Justicia Transicional. ICTJ, 2008, pp. 329-342.

que involucran las prácticas de desaparición forzada de personas y sus consecuencias, las oportunidades de generar un tipo de memoria ejemplar⁴³ justifican aún más la necesidad de recurrir a este tipo de contribución.

- La implementación de espacios de memoria similares al Museo de Anfasep puede surgir a partir de iniciativas privadas, mixtas e incluso estatales. En este último caso, una alternativa o más bien una oportunidad cercana podría generarse a partir de la incorporación de un espacio temático en el futuro Lugar de la Memoria.

⁴³ TODOROV Tzvetan. *La memoria amenazada*, en *Los abusos de la memoria*, Barcelona: Ediciones Paidós-Ibérica, 2000, pp. 31–32.

Segunda parte

Temas de derecho penal

Procesamiento penal de violaciones de derechos humanos y jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia

LUIS HUERTA

1. Introducción

Las graves violaciones de derechos humanos ocurridas en América Latina han dado lugar a un proceso jurídico y político orientado a investigar estos hechos y evitar que queden impunes. Sin embargo, esa tarea no ha sido sencilla, de ahí que existan todavía muchas dificultades para materializar un auténtico acceso a la justicia, que brinde tanto a las víctimas de estas violaciones como a sus familiares una respuesta por parte del Estado sobre las responsabilidades por la comisión de tales delitos, así como la necesaria y justa reparación a la cual tienen derecho. Para alcanzar este objetivo, corresponde a los órganos jurisdiccionales del Estado realizar una labor orientada a esclarecer la verdad. Como ha señalado la Corte Interamericana de Derechos Humanos a través de reiterada jurisprudencia¹:

[...] en casos de ejecuciones extrajudiciales, desapariciones forzadas, tortura y otras graves violaciones a los derechos humanos, la realización de una investigación ex officio, sin dilación, seria, imparcial y efectiva, es un elemento fundamental y condicionante para la garantía y protección de ciertos derechos afectados por esas situaciones, como la libertad personal, la integridad personal y la vida. En esos casos las autoridades estatales deben realizar esa investigación como un deber jurídico propio, más allá de la actividad procesal de las partes interesadas, por todos los medios legales disponibles, y orientada

¹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 26 de mayo de 2010. Serie C No. 213, parágrafo 117.

a la determinación de la verdad. Además, dependiendo del derecho que se encuentre en riesgo o del que se alegue la violación [...], la investigación debe procurar la persecución, captura, enjuiciamiento y eventual castigo de todos los autores de los hechos, especialmente cuando están o puedan estar involucrados agentes estatales.

En este escenario jurídico-político, las cortes supremas, tribunales y cortes constitucionales de diferentes países vienen cumpliendo un papel de especial importancia, pues a través de sus decisiones han dejado sin efecto normas –como las leyes de amnistía– que impedían judicializar graves violaciones de los derechos humanos. También han establecido líneas claras de interpretación de las normas legales aplicables a estos procesos, en concordancia con los estándares establecidos en el derecho internacional, principalmente por la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Todo ello ha contribuido a construir y fortalecer una jurisprudencia contra la impunidad. De modo particular, las decisiones del Tribunal Constitucional del Perú y de la Corte Constitucional de Colombia constituyen un referente de suma importancia en el ámbito del derecho comparado en América Latina, dado que ofrecen una línea jurisprudencial que puede ser invocada por otros tribunales nacionales para resolver controversias similares, dada la calidad de sus fundamentos.

En el presente trabajo deseamos aproximarnos al desarrollo de los principales lineamientos de la Corte Constitucional de Colombia que han contribuido a desarrollar los procesos orientados a esclarecer la verdad sobre las graves violaciones de los derechos humanos ocurridas en ese país, como consecuencia del proceso de violencia presente durante décadas por la actuación de los grupos terroristas y paramilitares.

2. Violencia en Colombia y justicia constitucional

El análisis de la jurisprudencia de los tribunales y cortes constitucionales respecto a los procesos de judicialización de graves violaciones de derechos humanos implica conocer el escenario político en el cual estos órganos realizan su actividad. Así, por ejemplo, en el caso peruano, el progresivo desarrollo de una línea jurisprudencial para evitar la impunidad sobre tales hechos solo fue posible como consecuencia del proceso de transición política ocurrido a partir de 2001, en el cual el

Tribunal Constitucional pudo recuperar la independencia necesaria para desarrollar sus actividades².

En el caso de Colombia, corresponde brevemente resaltar las características del proceso de violencia por el que este país ha atravesado durante décadas, por lo que consideramos ilustrativo reseñar la siguiente descripción efectuada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos³:

- La violencia sistemática y generalizada forma parte de la vida diaria de la población civil, como resultado de un conflicto armado interno que se ha extendido durante cuatro décadas. Durante los últimos quince años, actos de violencia perpetrados por los actores involucrados en el conflicto se han traducido en graves violaciones de los derechos humanos y/o del derecho internacional humanitario en contra de la población civil. La comisión de hechos de violencia ha agravado la crisis humanitaria que afecta a más de dos millones de personas y ha causado miles de víctimas fatales.
- La lucha por el control territorial, económico y militar está protagonizada por la fuerza pública en defensa del Estado y por dos actores armados al margen de la ley: los grupos terroristas –conocidos como “guerrillas” y representados fundamentalmente por las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC) y el Ejército de Liberación Nacional (ELN)– y los paramilitares, agrupados principalmente en las Autodefensas Unidas de Colombia (AUC), que operan en distintas áreas del país.
- Los grupos terroristas surgieron en la década de 1960 y crecieron durante los decenios de 1970 y 1980. En reacción al surgimiento de estos grupos, el Estado autorizó la constitución de “grupos de autodefensa” con civiles no sujetos al llamamiento del servicio militar obligatorio, para que “contribuyan al restablecimiento de la normalidad”. Hacia fines de la década de 1960 y principios del decenio de 1980, los grupos de autodefensa se fortalecieron por su vinculación con importantes sectores económicos y políticos en varias zonas del país y fueron partícipes de graves actos de violencia. Los grupos al margen de la ley han generado alianzas y enfrentamientos simultáneos con el narcotráfico y con miembros de la propia fuerza pública.

² Sobre los problemas por los que atravesó el sistema de administración de justicia en el Perú durante la lucha contra el terrorismo se puede revisar “La actuación del sistema judicial durante el conflicto armado interno”. En: COMISIÓN DE LA VERDAD Y RECONCILIACIÓN. *Informe final*, tomo III. Lima: CVR, pp. 173-196.

³ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. “Las mujeres frente a la violencia y la discriminación derivadas del conflicto armado en Colombia”. CIDH: Washington, 2006, pp. 11-15.

- Los paramilitares y grupos terroristas han impuesto su presencia en los corregimientos y municipios del país a través de crímenes y diversas formas de control social contra la población civil. Estos crímenes se reflejan en la comisión de masacres contra grupos vulnerables, como pueblos indígenas y comunidades afrodescendientes, con el fin de causar el desplazamiento forzado de los sobrevivientes⁴. También han perpetrado asesinatos selectivos y desapariciones forzadas contra líderes sociales y sindicales, defensores de derechos humanos, operadores de justicia, periodistas y candidatos a cargos de elección popular. En particular los grupos terroristas han empleado como estrategia la comisión de atentados con explosivos en forma indiscriminada y de secuestros.
- En agosto de 2002, algunos líderes de las AUC hicieron pública su intención de negociar términos para la desmovilización de sus fuerzas con el gobierno del entonces presidente de la República, Álvaro Uribe. En este sentido, el 15 de julio de 2003 se llegó a un acuerdo preliminar que se concretó en una serie de desmovilizaciones en distintas zonas del país. A partir de febrero de 2004, el proceso ha sido acompañado por una misión especial establecida por la Secretaría General de la Organización de Estados Americanos.
- Además de su pertenencia a un grupo armado al margen de la ley, muchos miembros de las AUC involucrados en el proceso de desmovilización han sido acusados de perpetrar serias violaciones de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario contra la población civil.
- En julio de 2005 entró en vigencia la Ley N° 975, conocida como la Ley de Justicia y Paz, la cual establece el marco jurídico para la desmovilización

⁴ Los problemas de las personas que han sido víctimas de desplazamiento forzado han sido analizados por la Corte Constitucional de Colombia. En su sentencia T-25/04, del 22 de enero de 2004, declaró “la existencia de un estado de cosas inconstitucional en la situación de la población desplazada debido a la falta de concordancia entre la gravedad de la afectación de los derechos reconocidos constitucionalmente y desarrollados por la ley, de un lado, y el volumen de recursos efectivamente destinado a asegurar el goce efectivo de tales derechos y la capacidad institucional para implementar los correspondientes mandatos constitucionales y legales, de otro lado”. Con posterioridad a este fallo, la corte ha realizado un seguimiento al grado de cumplimiento por parte de los órganos del Estado de los mandatos ordenados en la mencionada sentencia, a fin de garantizar los derechos de las personas desplazadas. Para tener una idea de la importancia de esta sentencia, se debe señalar que en el proceso de tutela respectivo fueron acumulados más de cien expedientes, correspondientes a igual número de acciones de tutela interpuestas por 1,150 núcleos familiares, todos pertenecientes –según se señala en la sentencia– a la población desplazada, con un promedio de cuatro personas por núcleo, y compuestas principalmente por mujeres cabezas de familia, personas de la tercera edad y menores, así como algunos indígenas.

de miembros de grupos armados al margen de la ley involucrados en la comisión de graves crímenes contra la población civil en el contexto del conflicto armado. En mayo de 2006, la Corte Constitucional de Colombia declaró esta norma constitucional en forma global, estableció condiciones para su debida interpretación y a la vez declaró inconstitucionales algunas de sus cláusulas.

Este escenario jurídico-político explica que la actuación de la Corte Constitucional respecto a la judicialización de las graves violaciones de los derechos humanos se lleve a cabo en un contexto de violencia todavía vigente en Colombia y que sigue siendo grave. Asimismo, su jurisprudencia se ha desarrollado como parte de la implementación de una política estatal orientada al proceso de desmovilización de los grupos paramilitares, escenario en el cual los órganos políticos del Estado han ofrecido diversos beneficios de carácter penal y procesal penal con miras a fortalecer ese proceso. Estos beneficios han sido cuestionados en forma constante ante la justicia constitucional, lo que ha dado lugar a diversos pronunciamientos de la corte.

Por ende, el desarrollo de una jurisprudencia contra la impunidad se ha dado como parte de un fuerte debate acerca de las iniciativas gubernamentales para otorgar beneficios a exintegrantes de grupos paramilitares, sustentadas en la necesidad de alcanzar la pacificación y reconciliación nacional, pero que podrían originar la falta de respuesta del Estado sobre graves crímenes perpetrados contra los derechos humanos.

Esta situación ha ocasionado también un debate sobre si corresponde hablar de una justicia transicional⁵ en Colombia para referirnos a los esfuerzos del gobierno orientados a desmovilizar de los grupos armados y los pronunciamientos de la judicatura sobre la materia. Sobre este tema, en una perspectiva que compartimos, se ha señalado⁶:

⁵ La justicia transicional puede ser definida como la labor desarrollada por los órganos jurisdiccionales del Estado respecto a casos de violaciones de los derechos humanos ocurridas durante un período de violencia o represión. Esa tarea se realiza en un escenario posterior a este período. MAGARRELL, Lisa y FILIPPINI, Leonardo. *La justicia penal y la verdad en la transición democrática*. En: MAGARRELL, Lisa y FILIPPINI, Leonardo (editores), *El legado de la verdad. La justicia penal en la transición peruana*. Lima: IDEHPUCP, 2006, p. 35.

⁶ UPRIMNY, Rodrigo y SAFFON, María Paula. *Usos y abusos de la justicia transicional en Colombia*. En: *Anuario de derechos humanos* 2008. Número 4, Santiago de Chile: Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Chile, 2008, p. 190.

[...] a pesar de sus falencias, el uso del lenguaje de la justicia transicional parece inevitable en el contexto colombiano. De hecho, incluso una transición precaria como la producida por las negociaciones de paz con los paramilitares tiene en su centro el dilema de paz versus justicia. En la situación actual, es imposible ignorar o dejar de lado este dilema, que constituye el principio básico de la justicia transicional. Además, el uso del discurso de la justicia transicional asegura que los derechos de las víctimas estarán al centro de todas las discusiones relativas a las negociaciones de paz. Aunque esto no asegura que dichos derechos serán protegidos adecuadamente, ciertamente contribuye al empoderamiento de las víctimas, ya que garantiza que sus derechos no estarán ausentes ni serán invisibilizados en esas discusiones. Más aún, el uso del discurso de la justicia transicional abre la posibilidad de aprender de las enseñanzas teóricas y prácticas asociadas a los enfoques de la justicia transicional.

Esta breve reseña de la situación de violencia política en Colombia permitirá una mejor comprensión de los casos que han sido conocidos por la Corte Constitucional de este país, así como de los fundamentos expuestos en sus decisiones, que en términos generales han permitido desarrollar y fortalecer una jurisprudencia contra la impunidad, en línea con la labor desarrollada en América Latina por otros tribunales supremos o constitucionales.

3. Jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia sobre judicialización de violaciones de los derechos humanos

La Corte Constitucional de Colombia es uno de los órganos de control constitucional que mayor reconocimiento tiene en América Latina, no solo por el importante número de causas que resuelve, sino también por la variedad de materias sobre las cuales se ha pronunciado y la calidad de los fundamentos de sus decisiones⁷. Los procesos que este tribunal conoce en mayor número son los de amparo (proceso que en Colombia recibe el nombre de acción de tutela) y de inconstitucionalidad (el cual puede ser iniciado por cualquier

⁷ La Corte Constitucional fue incorporada en el ordenamiento jurídico colombiano mediante la Constitución de 1991, e inició sus actividades en 1992. Desde su entrada en vigencia, la Constitución de Colombia ha sido objeto de diversas reformas constitucionales parciales –conforme a los procedimientos previstos en el propio texto constitucional–, y la corte ha desarrollado sus funciones con normalidad.

persona)⁸. Precisamente ha sido a través de estos procesos que la corte ha construido una importante jurisprudencia relacionada con la judicialización de graves violaciones de los derechos humanos, en que ha tenido una especial importancia el uso constante de normas y decisiones internacionales⁹. En esta sección presentaremos los lineamientos más importantes establecidos por este órgano de control constitucional.

3.1. Obligaciones del Estado en materia de derechos humanos

Un fundamento esencial de las medidas orientadas a fortalecer el desarrollo de los procesos judiciales por graves violaciones de derechos humanos lo constituye el reconocimiento de las obligaciones de respeto y garantía de estos derechos, tanto por parte del propio Estado como de los particulares. En el caso específico de los estados, estas obligaciones se encuentran consagradas en los tratados de derechos humanos¹⁰, y los tribunales internacionales han precisado exhaustivamente sus alcances. A nivel interno, estas obligaciones no suelen estar precisadas de forma clara y expresa en los textos constitucionales, por lo cual resulta importante que los tribunales nacionales establezcan a través de su jurisprudencia su reconocimiento y su relación con la actuación de los órganos judiciales con competencia para conocer casos relacionados con la violación de derechos humanos.

La Corte Constitucional de Colombia –en particular, a partir de su pronunciamiento sobre la Ley de Justicia y Paz en 2005– ha desarrollado una extensa jurisprudencia vinculada con las obligaciones del Estado respecto a los procesos judiciales por violación de derechos humanos, sustentada principalmente en las normas y decisiones del derecho internacional de los derechos humanos, aspecto especialmente importante dado que la Constitución de 1991 no contiene normas específicas sobre la materia. Al respecto ha señalado que¹¹:

⁸ Sobre los alcances de ambos procesos constitucionales se puede revisar: CIFUENTES MUÑOZ, Eduardo. *Jurisdicción constitucional en Colombia*. Ius et praxis, número 8 (1), Talca: Universidad de Talca, 2002, pp. 283-317.

⁹ Conforme al artículo 93 de la Constitución de 1991, los derechos y deberes consagrados en el texto constitucional “se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”.

¹⁰ Cfr. CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS, artículos 1 y 2.

¹¹ Sentencia de la CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA C-370/06, del 18 de mayo de 2006, fundamento 4.3.1.

Los tratados sobre Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario no reconocen específicamente los derechos a la paz, la verdad, la justicia y la reparación, pero sí hacen relación (i) a que debe existir un recurso efectivo; (ii) al deber de los Estados de garantizar el acceso a la justicia; (iii) al deber de investigar las violaciones a los Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario; y (iv) a la obligación de los Estados de cooperar para la prevención y sanción de los delitos internacionales y las graves violaciones de Derecho Humanos.

Al evaluar en forma específica las disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Corte Constitucional concluyó que¹²:

[...] es una obligación estatal, que compromete a todos los órganos del poder público, establecer los mecanismos que permitan prevenir, investigar, juzgar y sancionar la vulneración de los derechos humanos amparados por la Convención Americana. Además, en lo que concierne al proceso judicial de investigación, juzgamiento y sanción de dichos atropellos, [...] el Estado está obligado a impulsar de oficio las etapas procesales correspondientes, de manera que el derecho a la justicia de las víctimas y sus familiares no resulte ser solamente formal, sino que alcance una realización efectiva.

Un aspecto interesante a remarcar sobre este tema es que, además de la referencia al derecho internacional de los derechos humanos, la Corte Constitucional ha procurado aplicar el criterio de la *ponderación*¹³ en el momento de evaluar la constitucionalidad de las medidas adoptadas por el Estado a fin de cumplir con las obligaciones antes señaladas, de modo particular al momento de establecer disposiciones legislativas que podrían

¹² Sentencia de la CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA C-370/06, del 18 de mayo de 2006, fundamento 4.3.3.

¹³ De acuerdo con Bernal: “La palabra ponderación deriva de la locución latina *pondos* que significa peso. Esta referencia etimológica es significativa, porque cuando un juez o el fiscal pondera, su función consiste en pesar o sopesar los principios que concurren al caso concreto. [...] Los principios [derechos fundamentales] tienen un peso en cada caso concreto y ponderar consiste en determinar cuál es el peso específico de los principios que entran en colisión. [...] El principio que tenga un peso mayor será aquél que triunfe en la ponderación y aquél que determine la solución para el caso concreto”. BERNAL PULIDO, Carlos. *La ponderación como procedimiento para interpretar los derechos fundamentales*. En CACERES, Enrique et al. (comps.). *Problemas contemporáneos de la filosofía del derecho*. México D.F: Universidad Autónoma de México, 2005, p. 19.

considerarse como restrictivas de las garantías procesales en el ámbito penal respecto a los procesos relacionados con la judicialización de violaciones de derechos humanos. En este sentido, la Corte Constitucional ha señalado, aplicando la ponderación y como regla general, lo siguiente¹⁴:

Los derechos de las víctimas adquieren una importancia directamente proporcional a la gravedad del hecho punible. Entre más daño social ocasione un delito, mayor consideración merecen los derechos de quienes fueron víctimas o perjudicados por ese comportamiento. Igualmente, la obligación estatal de investigar los hechos punibles es también directamente proporcional a la manera como el hecho punible pudo afectar bienes jurídicos fundamentales. Entre más grave sea un hecho punible, mayor debe ser el compromiso del Estado por investigarlo y sancionar a los responsables, a fin de lograr la vigencia de un orden justo.

En este sentido, dado que los derechos afectados por los delitos calificados como graves violaciones de derechos humanos representan aquellos de primer orden en todo estatuto constitucional (dignidad, derecho a la vida, integridad física, etc.), las obligaciones del Estado a fin de responder estos casos se incrementan considerablemente. A su vez, las medidas que repercutan negativamente en el ejercicio de estos derechos deben ser objeto de un escrutinio más intenso, por lo que es necesario, para salvar su compatibilidad con la Constitución, que los valores que justifiquen tales medidas restrictivas sean superiores a los derechos antes mencionados, algo sin duda sumamente difícil –si no imposible– de fundamentar¹⁵.

En todo caso, independientemente de los fundamentos jurídicos empleados por la Corte Constitucional –el derecho internacional o la ponderación–, queda claro que uno de los principales lineamientos jurisprudenciales de este tribunal en materia de judicialización de violaciones de los derechos humanos es el reconocimiento de las obligaciones estatales de respetar y garantizar tales derechos, cuyos alcances también ha precisado y reiterado en todas las decisiones referidas a esta materia.

¹⁴ Sentencia de la CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA C-004/03, del 20 de enero de 2003.

¹⁵ Una de las críticas al método de la ponderación en materia de derechos fundamentales es que deja abierta la posibilidad de que pueda existir una justificación que permita dar más peso a un bien constitucional sobre otro, independientemente de la materia objeto de análisis.

3.2. Reconocimiento del derecho a la verdad

Diversos órganos de protección internacional de los derechos humanos y tribunales constitucionales han reconocido el derecho a la verdad como un nuevo derecho fundamental, que se ve afectado cuando los estados no cumplen con su obligación de investigar las graves violaciones de los derechos humanos¹⁶. En este sentido, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, desde 1999 en adelante, ha señalado que “el derecho a conocer la verdad con respecto a los hechos que dieron lugar a las graves violaciones de los derechos humanos (...), así como el derecho a conocer la identidad de quienes participaron en ellos, constituye una obligación que el Estado debe satisfacer respecto de las familias de las víctimas y la sociedad en general”¹⁷. En el campo de experiencias comparadas, en 2003 el Tribunal Constitucional peruano reconoció el derecho a la verdad como un nuevo derecho fundamental, decisión que contribuyó de manera decisiva a fortalecer los procesos judiciales por violaciones de los derechos humanos ocurridos como consecuencia de la lucha contra el terrorismo¹⁸.

En Colombia, la Corte Constitucional también ha seguido esta tendencia, lo cual se puede apreciar en diversos casos que han llegado a su conocimiento. Uno de sus primeros pronunciamientos sobre este derecho se dio a propósito de la demanda de inconstitucionalidad presentada contra la Ley N° 733 de 2002, por medio de la cual se dictaron medidas tendientes a erradicar los delitos de secuestro, terrorismo y extorsión. El artículo 13 de esta ley señalaba que “en ningún caso el autor o partícipe de los delitos de terrorismo, secuestro, extorsión, en cualquiera de sus modalidades, podrá ser

¹⁶ En el caso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, “si bien no reconoce en la Convención Americana un derecho sustantivo de la sociedad a conocer la verdad, reconoce que, por motivos “resarcitorios y preventivos”, la adecuada reparación para las víctimas y sus familiares exige que la sociedad conozca la verdad acerca de las violaciones graves de los derechos humanos. Pese a no haber articulado un derecho general de la sociedad a conocer la verdad, la Corte, en la práctica, cuando no plenamente en la doctrina, ha realizado significativos avances en lo que respecta a exigir a los Estados que descubran y den a conocer la verdad, no sólo a las víctimas y sus familiares del caso en cuestión, sino a la sociedad también”. CASSEL, Douglass. *La Corte Interamericana de Derechos Humanos*. En FUNDACIÓN PARA EL DEBIDO PROCESO LEGAL, *Víctimas sin mordaza. El impacto del sistema interamericano en la justicia transicional en América Latina: los casos de Argentina, Guatemala, El Salvador y Perú*. Washington D.C.: DPLF, 2007, pp. 214-215.

¹⁷ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Informe Nro. 136/99, de fecha 22 de diciembre de 1999, caso Ignacio Ellacría y otros, fundamento 221.

¹⁸ Sentencia del TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ 2488-2002-HC (caso Genaro Villegas Namuche), publicada el 22 de marzo de 2004.

beneficiado con amnistías e indultos, ni podrán considerarse como delitos conexos con el delito político dada su condición de atroces”. De acuerdo con los fundamentos de la demanda, esta norma vulneraba la Constitución Política en tanto otorgaba al Congreso, sin ninguna limitación, la facultad de conceder, por graves motivos de conveniencia pública, amnistías e indultos. A criterio de los demandantes, si el constituyente no limitó esta competencia del Congreso, el legislador no tenía legitimidad para hacerlo.

Al resolver el caso, la corte señaló que la ley impugnada no desconocía las normas constitucionales¹⁹ y que, por el contrario, era acorde con los derechos que se derivan de ella, en particular el derecho a la verdad. Asimismo hizo referencia a la importancia de la decisión del legislador como parte del proceso político colombiano. En este sentido señaló²⁰:

la prohibición de concesión de amnistías e indultos por los delitos de terrorismo, secuestro y extorsión es una decisión que hace parte del ámbito de definición del legislador y es legítima en cuanto ha respetado los límites impuestos por la Carta pues la norma demandada no ha concedido amnistías e indultos por delitos comunes, tampoco ha prohibido la concesión de amnistías e indultos por delitos políticos, menos ha irrespetado criterios de razonabilidad e igualdad en la extensión de la amnistía y el indulto a delitos conexos con delitos políticos y, finalmente, no ha desconocido el derecho a la verdad, a la justicia y a la reparación de las víctimas.

Por el contrario, se trata de una decisión legislativa que se muestra razonable con las circunstancias por las que atraviesa la sociedad colombiana pues es consecuente con la manera como ella se ha visto afectada por prácticas delictivas de especial gravedad, como ocurre por ejemplo con el terrorismo, práctica delictiva que implica el manifiesto desconocimiento de los valores mínimos sobre los que se edifica la pacífica convivencia de los colombianos.

Con posterioridad a este fallo, la corte se pronunció en forma más completa sobre los alcances del derecho a la verdad, a propósito del fallo sobre la Ley de Justicia y Paz de 2005, donde se establecían disposiciones relacionadas con

¹⁹ El artículo 150 inciso 17) de la Constitución de 1991 señala que corresponde al Congreso: “Conceder, por mayoría de los dos tercios de los votos de los miembros de una y otra Cámara y por graves motivos de conveniencia pública, amnistías o indultos generales por delitos políticos (...)”.

²⁰ Sentencia de la CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA C-695/02, del 28 de agosto de 2002, fundamento 9.

este derecho²¹. Al precisar su contenido enfatizó en su doble dimensión, tanto individual como colectiva. En este sentido, el lineamiento jurisprudencial sobre los alcances de este derecho se resume en lo siguiente²²:

- El contenido mínimo del derecho de las víctimas a la verdad garantiza que los delitos más graves sean investigados, lo cual implica que el Estado es responsable por acción o por omisión si no hay una investigación acorde con la normativa nacional e internacional.
- El derecho a la verdad también comprende el conocimiento de las causas y las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que los delitos fueron cometidos. Ello permite que la víctima vea públicamente reconocido su dolor y su plena ciudadanía en términos de su reconocimiento como sujeto de derechos. Del mismo modo, permite que las personas afectadas puedan saber, si así lo desean, las razones y condiciones en las cuales se cometió el delito.
- En cuanto a su dimensión colectiva, el contenido mínimo del derecho a la verdad incluye la posibilidad de las sociedades de conocer su propia historia, elaborar un relato colectivo relativamente fidedigno sobre los hechos que la han definido y tener memoria de tales hechos. Para ello es necesario que se adelanten investigaciones judiciales imparciales, integrales y sistemáticas sobre los hechos criminales de los que se pretende dar cuenta histórica.

En cuanto al caso concreto, quienes cuestionaban la Ley de Justicia y Paz sometieron a consideración de la Corte la evaluación, entre otros aspectos, de la compatibilidad entre el derecho a la verdad, y que la referida norma contemplara la reducción sustantiva de la pena efectiva a cumplir (alternatividad penal) a quienes reconocieran su participación en los delitos por los cuales eran procesados. En otras palabras, correspondía a la corte determinar si la norma violaba los derechos de las víctimas, en tanto que, con la finalidad de alcanzar la paz, otorgaba beneficios penales sustantivos mediante un esquema de alternatividad penal, al exigir que la persona beneficiada confiese la totalidad de los delitos cometidos. Para analizar esta

²¹ El artículo 4 de la norma impugnada establece: “El proceso de reconciliación nacional al que dé lugar la presente ley, deberá promover, en todo caso, el derecho de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación y respetar el derecho al debido proceso y las garantías judiciales de los procesados”.

²² Sentencia de la CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA C-370/06, fundamentos 6.2.2.1.7.6, 6.2.2.1.7.7 y 6.2.2.1.7.10.

cuestión, la corte realizó una ponderación de los diversos derechos y bienes jurídico-constitucionales involucrados, y se pronunció finalmente por declarar la norma impugnada como compatible con la Constitución, precisando cómo debía ser entendido su contenido. En este sentido señaló²³:

los beneficios penales que la Ley demandada permite que se conceda a quienes han cometido delitos de suma gravedad, sólo pueden conferirse a quienes han satisfecho de manera plena el derecho de las víctimas a la verdad, de lo cual depende, también, la satisfacción del interés de la sociedad en construir memoria colectiva sobre lo acontecido durante el conflicto armado. Para eso deben haber confesado, de manera completa y veraz, todos los hechos criminales en los cuales han participado como integrantes de tales grupos. A este respecto, sin embargo, es necesario recordar que, según la jurisprudencia de la Corte, el Estado debe garantizar que la confesión sea plenamente consciente, libre y voluntaria. De otra forma se estaría vulnerando el derecho a la no autoincriminación.

De acuerdo con lo expuesto, en Colombia existe un reconocimiento legal del derecho a la verdad, así como un importante desarrollo jurisprudencial sobre su contenido y alcance, que ha servido de sustento para el análisis jurídico-constitucional de diversas normas emitidas con la finalidad de fortalecer el proceso de pacificación en este país.

3.3. Proceso de desmovilización: control constitucional de la Ley de Justicia y Paz

Al explicar el escenario de violencia en Colombia durante los últimos años, hicimos referencia a la aprobación por el Congreso de Colombia de la Ley de Justicia y Paz (Ley N° 975 de 2005), presentada por las autoridades estatales como un instrumento para alcanzar la pacificación, pero cuestionada a su vez por considerarse que establecía medidas orientadas a lograr la impunidad de integrantes de los grupos paramilitares acusados de graves violaciones de los derechos humanos. Contra esta ley fue presentada, por iniciativa ciudadana, una demanda de inconstitucionalidad ante la Corte Constitucional, que mediante la sentencia C-370/06, del 18 de mayo de 2006, la declaró fundada en parte. Sobre este fallo se ha señalado lo siguiente²⁴:

²³ Sentencia de la CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA C-370/06, fundamento 6.2.2.1.7.29.

²⁴ UPRIMNY, Rodrigo y SAFFON, María Paula, op cit., pp. 173-174.

En su sentencia, la Corte estableció explícitamente que la ley estaba fundada en el principio central de la justicia transicional de acuerdo con el cual es esencial lograr un equilibrio entre la necesidad política de paz y el imperativo jurídico de proteger los derechos de las víctimas. Por esa razón, la Corte decidió que la idea general de la ley, de conformidad con la cual un castigo penal reducido podía justificarse con el fin de alcanzar la paz, era aceptable. No obstante, la Corte estableció que una reducción tal del castigo penal debía estar acompañada de mecanismos adecuados para lograr una protección suficiente e idónea de los derechos de las víctimas, en ausencia de la cual estos derechos se veían afectados desproporcionadamente y el principio de la justicia transicional se rompía. Según la Corte, esto era lo que sucedía con varias disposiciones de la Ley de Justicia y Paz, que no contenían garantías suficientes para la satisfacción de los derechos de las víctimas, y que por lo tanto violaban los estándares internacionales y constitucionales en la materia. En consecuencia, la Corte declaró la inconstitucionalidad de algunas de esas disposiciones y la constitucionalidad condicionada de otras.

En el ámbito del sistema interamericano de protección de derechos humanos, la Comisión Interamericana, al pronunciarse también sobre la sentencia de la Corte Constitucional, señaló que establecía un punto de equilibrio entre las aspiraciones estatales orientadas a la desmovilización y pacificación, y las justas exigencias de las víctimas de violaciones de derechos humanos de acceder a la justicia. En este sentido señaló²⁵:

La decisión de la Corte Constitucional mejora de manera sustancial el balance originalmente establecido en la Ley de Justicia y Paz entre el sistema de incentivos legales para la desmovilización a través de la morigeración de penas, y los principios de verdad, justicia y reparación que hacen parte de las obligaciones internacionales del Estado. La decisión precisa los requisitos para acceder a la pena alternativa y para preservarla en el futuro sin exponerse a su revocación. Desincentiva el ocultamiento de información y promueve que las confesiones sean veraces y completas. También mejora las condiciones para que la Fiscalía pueda investigar adecuadamente los hechos, y amplía la posibilidad de que las víctimas puedan participar en los procedimientos y

²⁵ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Pronunciamiento sobre la aplicación y el alcance de la Ley de Justicia y Paz en la República de Colombia* (2006). Disponible en la página web de la CIDH (<http://www.cidh.oas.org/Comunicados/Spanish/2006/28.06esp.htm>).

obtener reparación. Consecuentemente, la decisión de la Corte constituye una herramienta esencial para que el marco legal pueda ser implementado en concordancia con las obligaciones internacionales del Estado.

En términos generales, la sentencia de la corte estableció una serie de medidas necesarias para garantizar el correcto desarrollo de los procesos judiciales por graves violaciones de los derechos humanos. Entre otros aspectos, resaltados de modo especial por la Comisión Interamericana, la Corte Constitucional dispuso que los testimonios ofrecidos por quienes se acogieran a los beneficios de la ley debían ser completos y veraces, a la vez que debían contemplar el derecho a conocer las causas y las circunstancias en que los crímenes fueron cometidos, para garantizar el derecho a la verdad.

Del mismo modo, la Corte Constitucional precisó que las víctimas tenían el derecho de participar en todas las diligencias procesales previstas en la ley, mientras que los beneficiarios de la ley debían revelar el paradero de los desaparecidos y reparar a las víctimas con su propio patrimonio, para lo cual podían aplicarse medidas de carácter cautelar. Asimismo estableció que los miembros del grupo armado desmovilizado debían responder en forma solidaria a fin de reparar a las víctimas de los crímenes cometidos. También dispuso que quienes se benefician de la pena alternativa prevista en la ley, perderían este beneficio, si volvían a delinquir o no cumplían con las obligaciones impuestas durante el tiempo de duración de la sentencia.

Con posterioridad a la decisión emitida por la Corte Constitucional ha sido evidente la intención política de desconocer sus alcances, alegándose la necesidad de fortalecer el proceso de desmovilización, finalidad principal de la Ley de Justicia y Paz²⁶:

Como respuesta a las fuertes reacciones de los paramilitares ante la decisión de la Corte –que incluyeron la amenaza de abandonar el proceso de paz, la cual fue puesta en práctica por algunos líderes como Vicente Castaño–, el gobierno ha hecho varios esfuerzos por ir en contra de la sentencia a través de la expedición de una serie de decretos reglamentarios. Sin duda, estos decretos constituyen la ilustración más evidente del uso manipulador de la justicia transicional por el gobierno, movido por la presión de los paramilitares. De

²⁶ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Pronunciamiento sobre la aplicación y el alcance de la Ley de Justicia y Paz en la República de Colombia (2006). Disponible en la página web de la CIDH.

hecho, a través de esos decretos, el gobierno ha tratado de regresar al texto original de la Ley de Justicia y Paz, es decir, a la etapa del proceso en la cual la justicia transicional, y en particular los derechos de las víctimas, funcionaban como herramientas para legitimar procesos parciales de impunidad, y no como normas jurídicas efectivamente aplicables –como lo ha requerido la decisión de la Corte que lo sean–.

Los decretos promulgados por el Gobierno con la finalidad de no seguir los lineamientos de la corte han sido impugnados a través de los procesos constitucionales respectivos, en los cuales se ha evaluado su compatibilidad con la sentencia de la corte sobre la Ley de Justicia y Paz. Como tendencia general, estos decretos han sido declarados inconstitucionales en aquellos casos en que ha resultado evidente su contradicción con los lineamientos de la corte a favor del desarrollo de una justicia transicional acorde con los estándares internacionales sobre el derecho de acceso a la verdad y la justicia. Sin embargo, la sola promulgación de tales decretos por parte del Gobierno refleja la tensión propia que caracteriza a los procesos de pacificación en cuanto al marco jurídico aplicable a los procesos judiciales orientados a esclarecer de la verdad sobre los crímenes de lesa humanidad²⁷.

3.4. Revisión de procesos fenecidos

La cosa juzgada es una garantía del debido proceso que admite excepciones en diversos procesos judiciales. En los procesos constitucionales, por ejemplo, se admite la presentación de demandas de amparo contra resoluciones judiciales en aquellos supuestos en que se invoca la afectación de alguna garantía del debido proceso, como es el caso del derecho a la defensa o la debida motivación de resoluciones judiciales. En los procesos penales, el recurso de revisión permite que las decisiones judiciales que determinaron la sanción y responsabilidad penal de una persona puedan ser nuevamente revisadas por los órganos jurisdiccionales. Por lo general, estos recursos se admiten cuando son identificadas nuevas pruebas que podrían coadyuvar a defender la inocencia de las personas sancionadas, o cuando resulta manifiesta la afectación de la tutela procesal efectiva.

²⁷ Sobre los resultados de la aplicación de la Ley de Justicia y Paz se puede consultar el sitio web de la Comisión Nacional de Reparación y Conciliación de Colombia: www.cnrr.org.co. Del mismo modo se recomienda revisar los informes anuales de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en que respecto al caso específico de Colombia se detalla importante información sobre la aplicación de esta ley.

En el caso de las sentencias por graves violaciones de los derechos humanos, especialmente aquellas que han demorado varios años en judicializarse, resulta razonable que luego de una decisión judicial puedan aparecer nuevos elementos probatorios que justifican que el caso sea nuevamente evaluado por las autoridades competentes. En este supuesto se discute si la reapertura del proceso afecta derechos fundamentales de la persona que fue procesada. Sobre este tipo de problemas, la Corte Constitucional también ha tenido ocasión de pronunciarse.

En efecto, mediante la Ley N° 600 de 2000, se modificó en Colombia el artículo 220 del Código de Procedimiento Penal, para precisar los supuestos en que correspondía interponer un recurso de revisión contra lo resuelto en una sentencia. En el inciso 4 de este artículo se establecía que este recurso podía ser presentado cuando “después de la sentencia condenatoria aparezcan hechos nuevos o surjan pruebas, no conocidas al tiempo de los debates, que establezcan la inocencia del condenado, o su inimputabilidad”. Contra esta norma se presentó una demanda de inconstitucionalidad, por considerarse que ella no contemplaba aquellos supuestos en los que era necesario interponer el recurso de revisión, pero no para defender la inocencia de una persona que ha sido condenada, sino para revisar la decisión que declaraba la inocencia de alguien que, en base a nuevas pruebas o indicios, debía ser condenada. Las diversas posiciones sobre esta controversia fueron expuestas por la corte de la siguiente manera²⁸:

La (norma) acusada establece que la acción de revisión por el surgimiento de hechos nuevos o pruebas no conocidas al momento del juicio procede para las sentencias condenatorias y exclusivamente para establecer la inocencia o la inimputabilidad del condenado. El actor y uno de los intervinientes consideran que esa restricción es discriminatoria y desconoce la prevalencia del derecho sustancial, pues no existe ninguna razón que justifique que la acción de revisión no proceda en aquellos casos en que los hechos o pruebas nuevas permitan establecer una responsabilidad más grave del condenado, y una mayor indemnización en beneficio de aquellos que sufrieron algún perjuicio con el hecho punible. En el fondo, el demandante argumenta que ese tipo de limitación a la acción de revisión desconoce los derechos de las víctimas de los delitos. Por el contrario, para otro de los intervinientes y

²⁸ Sentencia de la CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA C-004/03, del 20 de enero de 2003, fundamento 2.

para la Vista Fiscal, esa regulación se ajusta a la Carta, pues representa un desarrollo del principio constitucional del *non bis in ídem*, según el cual una persona tiene derecho a no ser juzgada dos veces por el mismo hecho. Según su parecer, no existe violación a la igualdad, pues la ley no tiene por qué conferir los mismos derechos, acciones y recursos al procesado y a la parte civil, ya que estos sujetos procesales persiguen finalidades distintas. Y por ello concluyen que la restricción de la acción de revisión al condenado en estos casos se justifica, pues busca proteger un valor prevalente, como es la libertad y la presunción de inocencia, mientras que la parte civil persigue propósitos indemnizatorios.

Para resolver esta controversia, la Corte Constitucional optó por considerar el texto de la norma impugnada como compatible con la Constitución, siempre y cuando fuera interpretada en el sentido de que también procede el recurso de revisión en los casos de “violaciones de derechos humanos o infracciones graves al derecho internacional humanitario, y un pronunciamiento judicial interno, o una decisión de una instancia internacional de supervisión y control de derechos humanos, aceptada formalmente por [el] país, haya constatado la existencia del hecho nuevo o de la prueba no conocida al tiempo de los debates”. Asimismo consideró que el recurso de revisión debía también proceder incluso “si no existe un hecho nuevo o una prueba no conocida al tiempo de los debates, siempre y cuando una decisión judicial interna o una decisión de una instancia internacional de supervisión y control de derechos humanos, aceptada formalmente por [el] país, constaten un incumplimiento protuberante de las obligaciones del Estado colombiano de investigar en forma seria e imparcial las mencionadas violaciones”.

De esta manera, apelando a la técnica de las denominadas sentencias *interpretativas*, muy frecuentes en el derecho comparado y en la jurisprudencia de la propia Corte Constitucional, esta logró subsanar una omisión del legislador, que podría haber impedido a futuro revisar sentencias de absolución por violaciones de los derechos humanos, en casos en que se hubiesen encontrado –con posterioridad al fallo– nuevas pruebas o identificado la manifiesta acción del Estado orientada a promover la impunidad.

3.5. Prohibición de amnistías e indultos

Si bien el indulto, la amnistía o la prescripción de los delitos son instituciones que cuentan con un fundamento jurídico en el derecho constitucional y el derecho penal, ellas no resultan aplicables para los casos de graves violaciones

de los derechos humanos, en atención a la particularidad de estos hechos y a la especial obligación del Estado de proceder a su investigación, a fin de determinar las responsabilidades correspondientes y las sanciones a que hubiere lugar. En 2001 la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que tuvo oportunidad de pronunciarse por vez primera sobre este tema, precisó 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, 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”²⁹.

Sobre esta materia, especial mención debe realizarse de uno de los fallos más importantes de la corte sobre el juzgamiento de los crímenes de lesa humanidad. Nos referimos a la sentencia C-578/02, del 30 de julio de 2002, por medio de la cual la corte se pronunció respecto al contenido de Estatuto de la Corte Penal Internacional (también conocido como el Estatuto de Roma), aprobado por el Congreso de Colombia mediante la Ley N° 742 de 2002³⁰.

De acuerdo con el artículo 17 del Estatuto de la Corte Penal, existen supuestos en que corresponde declarar la inadmisión del caso para que sea visto por este tribunal, para lo cual se debe analizar, por ejemplo, si el proceso seguido contra una persona acusada de crímenes de lesa humanidad ha sido sustanciado de manera independiente o imparcial, o de forma tal que, dadas las circunstancias, resulte incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia.

Dado el texto de este artículo, la corte consideró necesario evaluar su relación con la potestad del Estado colombiano de conceder amnistías o indultos “por delitos políticos” en ejercicio de las competencias que le son propias cuando se presenten “graves motivos de conveniencia pública”, facultad reconocida en el artículo 150 numeral 17 de su texto constitucional.

²⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Barrios Altos vs. Perú, sentencia sobre el fondo del 14 de marzo de 2001, fundamento 41.

³⁰ Dentro del ámbito de sus competencias, la Corte Constitucional de Colombia se encuentra facultada para controlar la constitucionalidad de los tratados a ser ratificados por el Estado colombiano. En este sentido, el artículo 241 inciso 10) de la Constitución de 1991 señala que corresponde a este órgano decidir definitivamente sobre la constitucionalidad de los tratados y de las leyes que los aprueben. Ese control es previo a la ratificación del tratado por parte del Poder Ejecutivo.

Al realizar este análisis, la corte estableció lineamientos jurisprudenciales sobre los alcances de la potestad del Estado para adoptar amnistías e indultos, y basó su decisión principalmente en los instrumentos y las resoluciones internacionales sobre derechos humanos. En este sentido, en el fundamento 4.3.2.1.7 de su decisión precisó:

Figuras como las leyes de punto final que impiden el acceso a la justicia, las amnistías en blanco para cualquier delito, las autoamnistías (es decir, los beneficios penales que los detentadores legítimos o ilegítimos del poder se conceden a sí mismos y a quienes fueron cómplices de los delitos cometidos), o cualquiera otra modalidad que tenga como propósito impedir a las víctimas un recurso judicial efectivo para hacer valer sus derechos, se han considerado violatorias del deber internacional de los Estados de proveer recursos judiciales para la protección de los derechos humanos, consagrados en instrumentos como, por ejemplo, la Declaración Americana de Derechos del Hombre, la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder.

Adicionalmente, el derecho internacional ha reconocido la inderogabilidad de normas de *ius cogens*, lo cual resulta sin duda relevante en el análisis de esta cuestión. En este sentido, el derecho internacional ha penalizado los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto. Sin desconocer el derecho internacional, Colombia ha concedido amnistías e indultos específicamente por delitos políticos.

Entonces, los principios y normas de derecho internacional aceptados por Colombia (artículo 9 CP), el Estatuto de Roma, y nuestro ordenamiento constitucional, que sólo permite la amnistía o el indulto para delitos políticos y con el pago de las indemnizaciones a que hubiere lugar (artículo 150. numeral 17 de la Constitución), no admiten el otorgamiento de autoamnistías, amnistías en blanco, leyes de punto final o cualquiera otra modalidad que impida a las víctimas el ejercicio de un recurso judicial efectivo como lo ha subrayado la Corte Interamericana de Derechos Humanos.³¹

³¹ Con estos fundamentos, en la parte final de la sentencia se estableció como conclusión de su razonamiento lo siguiente: “Ninguna de las disposiciones del Estatuto de Roma sobre el ejercicio de las competencias de la Corte Penal Internacional impide la concesión de amnistías, indultos o perdones judiciales por delitos políticos por parte del Estado colombiano, siempre y cuando dicha concesión se efectúe de conformidad con la Constitución Política y los principios y normas de derecho internacional aceptados por Colombia”.

A partir de esta afirmación, la corte ha tenido oportunidad de pronunciarse en posteriores ocasiones sobre normas relacionadas con la aplicación o prohibición de aplicación de amnistías e indultos para determinados delitos. Al analizar anteriormente los alcances de la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre el derecho a la verdad se mencionó uno de estos casos, cual fue la sentencia C-695/02, por medio de la cual se analizó el artículo 13 de la Ley N° 733 de 2002, que prohibía la aplicación de amnistías e indultos en el caso de la comisión de los delitos de terrorismo, secuestro, extorsión, en cualquiera de sus modalidades. En aquella ocasión, la corte consideró que esa prohibición resultaba compatible con la Constitución, en particular con el derecho fundamental a la verdad, para lo cual hizo referencia sustantiva al lineamiento jurisprudencial establecido en su pronunciamiento sobre la constitucionalidad del Estatuto de Roma.

3.6. Imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad

Uno de los problemas más frecuentes en materia de judicialización de violaciones de los derechos humanos se presenta cuando el inicio o desarrollo de los procesos penales se demora en el tiempo, lo que da lugar a la culminación de las correspondientes investigaciones a través de la aplicación de la institución de la prescripción penal. Ante este hecho, se ha establecido en el derecho internacional que los crímenes de lesa humanidad son imprescriptibles. Una muestra de ello lo constituye la convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad, adoptada en 1969 por la Organización de las Naciones Unidas³².

Sin embargo, el reconocimiento de la imprescriptibilidad de las graves violaciones de los derechos humanos no es algo que se reconozca de forma unánime dentro de los estados, que, por lo general, en su legislación penal

³² Como afirma Bernales Rojas: “Desde la perspectiva del derecho interno se debe interpretar la imprescriptibilidad de ciertos delitos como aquella garantía de todo Estado social, Constitucional y Democrático de Derecho, en función de la cual, dando cumplimiento a lo establecido en los tratados internacionales sobre derecho humanitario, y al respeto de la esencia misma de la dignidad de la persona, los Estados no pueden imponer plazo perentorio alguno cuando se deba investigar, procesar o acusar a individuos que han cometido delitos graves estatuidos en el derecho internacional como violatorios de los derechos humanos. Lo anterior supone la existencia de ciertos delitos de naturaleza distinta a los comunes, lo cual es una realidad constatable, pues así como existen los delitos comunes, también existen los llamados delitos terroristas, delitos políticos y, en este caso, los delitos contra la humanidad”. BERNALES ROJAS, Gerardo. *La imprescriptibilidad de la acción penal en procesos por violaciones a los derechos humanos*. Ius et Praxis, número 13 (1), Talca: Universidad de Talca, 2007, pp. 245-265.

y procesal penal interna no consagran una regla de este tipo. Muestra de ello son los diversos cuestionamientos en diferentes países contra la posibilidad de que no exista un límite a la potestad del Estado de investigar y sancionar penalmente estos graves delitos, a pesar de que –como señalamos anteriormente– instancias como la Corte Interamericana de Derechos Humanos se han pronunciado por considerar que carece de eficacia cualquier mecanismo, como la prescripción, que tenga por finalidad impedir que las autoridades jurisdiccionales del Estado se pronuncien sobre casos de genocidio, desaparición forzada de personas, torturas, entre otros crímenes contra la humanidad.

La Corte Constitucional de Colombia tuvo oportunidad de pronunciarse de forma específica sobre este tema a propósito del control constitucional que realizó a la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas³³, cuyo artículo VII dispone que tanto la acción penal como la pena por el delito de desaparición forzada son imprescriptibles, salvo que una norma fundamental del Estado parte disponga lo contrario. En tal caso, la prescripción será igual a la del delito más grave previsto dentro de la legislación interna. En esta decisión la corte señaló³⁴:

Si la acción penal ha prescrito por la omisión del Estado en el cumplimiento de su deber de investigar y de identificar a los responsables, éste no puede alegar su propio hecho aduciendo la prescripción, y haciendo nugatorio el interés general y el derecho de las personas afectadas de conocer la verdad y a la realización efectiva de la justicia. En esa medida, la prescripción de la acción penal derivada de la desaparición forzada de personas constituye un límite para la realización de los objetivos y valores constitucionales de proteger la dignidad de la vida humana a través de la erradicación de la impunidad. Por tal motivo, el interés en recibir pronta justicia no es un argumento suficiente para fundamentar la interpretación según la cual la Carta prohíbe la imprescriptibilidad de la acción penal en el delito de la desaparición forzada.

A partir de esta premisa, la corte analizó si la imprescriptibilidad de la acción penal resultaba un medio adecuado para lograr los fines propuestos (garantizar la justicia y el derecho a la verdad) y si estos no se pueden

³³ Adoptada el 9 de junio de 1994 por la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos. Entró en vigor el 28 de marzo de 1996.

³⁴ Sentencia de la CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA C-580/02, del 31 de julio de 2002. Revisión de oficio de la Ley N° 707 del 28 de noviembre de 2001, por medio de la cual se aprueba la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas.

satisfacer a través de mecanismos que afecten en menor medida los derechos de las personas inculpadas. Como se aprecia, la corte apeló a las técnicas de la ponderación y al test de proporcionalidad para la resolución de esta controversia. Luego de efectuar su análisis concluyó lo siguiente:

frente a una desaparición forzada de personas, la acción penal es el medio más eficaz para proteger los intereses en juego, y su imprescriptibilidad es un mecanismo que en determinadas circunstancias puede resultar necesario para establecer la verdad de los hechos y para atribuir responsabilidades individuales e institucionales. En tal medida, frente a la garantía de seguridad jurídica y de recibir pronta justicia, es necesario entonces concluir que prevalecen el interés en erradicar el delito de desaparición forzada y en reparar a las víctimas.

A partir de esta decisión, la corte estableció la compatibilidad entre el artículo VII de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas y el artículo 28 de la Constitución de Colombia de 1991, que aborda el tema de la prescripción en materia penal³⁵. La corte precisó que el legislador se encuentra facultado para establecer normas internas que reconozcan la imprescriptibilidad de los delitos de desaparición forzada, opción cuya aplicación también corresponde a los otros delitos que configuran una grave violación de los derechos humanos.

3.7. Aplicación del principio de oportunidad

Una muestra del escenario posterior al pronunciamiento de la Corte Constitucional sobre la Ley de Justicia y Paz, en que se aprecia la intención del legislador de aprobar reformas relacionadas con los procesos judiciales por violación de derechos humanos que benefician a los acusados por estos hechos, se ve reflejada en la sentencia C-936/10, en la cual la corte se pronunció sobre los alcances de la Ley N° 1312 de 2009. Esta norma modificó el Código Penal colombiano, para establecer que el principio de oportunidad también puede ser aplicado “al desmovilizado de un grupo armado organizado al margen de la ley que en los términos de la normatividad vigente haya manifestado con actos inequívocos su propósito de reintegrarse a la sociedad”.

En el ámbito del derecho penal, el principio de oportunidad es definido como “aquel que permite a los órganos del Estado dejar de perseguir o de

³⁵ Este artículo señala: “[...] En ningún caso podrá haber detención, prisión ni arresto por deudas, ni penas ni medidas de seguridad imprescriptibles [...]”.

condenar a los responsables de determinadas conductas tipificadas como delito o falta, o hacerlo al margen del campo penal o con penas más leves o medidas distintas, cuando concurren circunstancias tasadas por la ley o libremente apreciadas (máxima discrecionalidad) por quienes están encargados de aquel derecho del Estado (fiscales, y/o con la participación de jueces)³⁶.

En su sentencia, la Corte Constitucional recapituló su línea jurisprudencial sobre los límites a la potestad del Congreso en el momento de establecer normas de alcance penal y procesal penal. Al respecto señaló³⁷:

a la hora de diseñar las causales de aplicación del principio de oportunidad penal, el Congreso de la República debe considerar que, tanto de la Constitución como de los compromisos internacionales de Colombia, emanan obligaciones en materia de protección de los derechos de las víctimas de los delitos. Estos mandatos constitucionales y estas obligaciones internacionales relativos a los derechos de las víctimas tienen que ser ponderados con los intereses estatales de racionalización de la persecución penal, que subyacen bajo la consagración constitucional del principio de oportunidad penal. Ciertamente, una interpretación sistemática de la Carta implica aceptar que la conciliación entre los principios de celeridad y eficacia en la administración de justicia no puede dejar de lado la protección de los derechos fundamentales, que obran simultáneamente como límites al diseño legal de las causales y también a la aplicación misma del principio de oportunidad.

Sobre la base de estas premisas, la corte declaró inconstitucional la reforma del código penal sobre los supuestos de aplicación del principio de oportunidad. A su consideración, la norma impugnada implicaba una renuncia por parte del Estado a su deber de investigar, juzgar y sancionar a los responsables de graves violaciones de derechos humanos e infracciones al derecho internacional humanitario. Además, este deber de investigación estatal se veía sustituido por una declaración jurada de quien solicitaba el beneficio y la aplicación del principio de oportunidad, se veía precedida por la ausencia de una investigación seria que permitiera corroborar la afirmación del declarante. En consecuencia, se trataba de una medida que desconocía las

³⁶ ORTIZ ÚRCULO, Juan Cesáreo. *El principio de oportunidad: naturaleza, ámbito de aplicación y límites* (p. 3403). Documento disponible en el sitio web del Centro de Estudios Jurídicos del Ministerio de Justicia de España: www.cej-mjusticia.es.

³⁷ Sentencia de la CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA C-936/10, del 23 de noviembre de 2010, fundamento 23.

obligaciones del Estado en materia de derechos humanos, lo que afectaba el derecho de las víctimas y sus familiares a la verdad.

4. Reflexiones finales

Las cortes supremas, tribunales y cortes constitucionales cumplen un papel de suma importancia en el desarrollo de los procesos judiciales orientados a determinar las responsabilidades y sanciones por las graves violaciones de los derechos humanos. A través de su jurisprudencia, estos organismos establecen líneas de interpretación de la normativa penal y procesal penal aplicable a tales procesos, acordes con los derechos fundamentales de las víctimas y sus familiares, llegando incluso a declarar la inconstitucionalidad de aquellas normas que impiden conocer la verdad sobre crímenes como la desaparición forzada de personas, la tortura, las ejecuciones extrajudiciales, entre otros.

El desarrollo de esta jurisprudencia contra la impunidad responde en cada país –en cuanto a sus avances y retrocesos– a su particular situación política y al grado de madurez y respeto de sus instituciones jurídicas. En el caso particular de Colombia, su Corte Constitucional ha logrado consolidar una importante línea jurisprudencial sobre la materia, que, en los supuestos en que ha pretendido ser inobservada por el legislador o el Gobierno, ha encontrado en su propia jurisprudencia un referente imprescindible para impedir la indebida aplicación de normas o medidas a favor de la impunidad.

La construcción de esta jurisprudencia por parte de la Corte Constitucional se ha desarrollado a partir del reconocimiento de las obligaciones de respeto y garantía de los derechos humanos por parte del Estado. Ello le permite a este órgano de control constitucional sustentar el reconocimiento del derecho a la verdad como un nuevo derecho fundamental, así como su posición en torno a temas como la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad y la imposibilidad de aplicar amnistías o indultos a favor de las personas sancionadas o procesadas por este tipo de delitos. Del mismo modo, a través de sus decisiones sobre estos temas, la corte ha incorporado en el ordenamiento jurídico colombiano los estándares internacionales establecidos en materia de protección de derechos humanos.

Por lo expuesto, se puede afirmar que en Colombia se ha desarrollado y consolidado hasta el momento una importante jurisprudencia constitucional contra la impunidad, protegiéndose los derechos de las víctimas a la verdad y a la reparación del daño ocasionado.

Las diversas calificaciones del hecho generador de una violación de derechos humanos y principio de legalidad*

YVAN MONTOYA

1. El problema

Las graves violaciones de derechos humanos ocurridas en el Perú durante el conflicto armado interno (1980-2000), luego de un largo periodo de denuncias negadas y obstaculizadas, vienen siendo materia de un proceso de judicialización en los tribunales internos. Algunos de estos casos ya han sido objeto de sentencias condenatorias contra agentes estatales responsables de tales violaciones.

Sin embargo, el problema planteado en alguna de estas decisiones judiciales es que el hecho generador de una violación de derechos humanos ha merecido, por parte de nuestros tribunales, tanto la tipificación dentro de alguno de los delitos comunes que tradicionalmente conocemos (asesinato, lesiones, secuestro u otros), como otro tipo de calificaciones a partir de otras fuentes normativas distintas a la ley penal interna, como el derecho penal internacional o el derecho internacional de los derechos humanos¹.

Al respecto aparecen fundamentalmente tres grandes interrogantes:

- a) ¿A qué tipo de calificaciones nos referimos y cuáles son sus fuentes normativas? ¿Existe alguna relación entre ellas?
- b) ¿Qué problemas plantean estas diversas calificaciones a las garantías clásicas del principio de legalidad?

* El autor agradece la colaboración del alumno Rafael Chanjan Documet por la revisión de la bibliografía y jurisprudencia citadas. Sin embargo, las ideas consignadas en el mismo texto son de entera responsabilidad del autor.

¹ El 7 de abril de 2009 la Sala Penal Especial de la Corte Suprema condenó al expresidente del Perú Alberto Fujimori por los casos Barrios Altos y La Cantuta por los delitos de homicidio calificado en la circunstancia de alevosía (108 inciso 3 del CP) y lesiones graves, especialmente en relación con los heridos que sobrevivieron al primero de los eventos (121 del CP).

- c) Finalmente, ¿qué efectos plantean las diversas calificaciones de un hecho constitutivo de una violación de los derechos humanos?, es decir, ¿por qué el operador judicial realiza varias clasificaciones del mismo hecho?

2. Las diversas calificaciones de un hecho constitutivo de violación de derechos humanos: fuentes normativas y relaciones

Hemos mencionado anteriormente que un mismo hecho constitutivo de violación de derechos humanos puede ser calificado de diversas maneras según su fuente normativa. A continuación presentamos las calificaciones más recurrentes que encontramos en las decisiones de nuestros tribunales.

2.1. Los hechos como delitos comunes tipificados en la legislación penal

En primer lugar, los hechos constitutivos de una violación de derechos humanos con relevancia penal pueden ser calificados como delitos comunes contenidos en los tipos de injusto tradicionalmente incorporados en el Código Penal. Nos referimos a las figuras de asesinato, lesiones, secuestro, abuso de autoridad, entre otros, vigentes tanto en el Código Penal de 1924 como en el Código Penal de 1991. Se trata, entonces, de calificaciones previstas históricamente en tipos penales de la legislación penal peruana. No cabe duda de que se trata de calificaciones cuya fuente normativa se encuentra en el derecho interno propio del *ius puniendi* del Estado.

Evidentemente los operadores judiciales tienen cuidado en el momento de aplicar uno u otro cuerpo legislativo dependiendo del momento en que el hecho ocurrió o la conducta fue realizada. Si bien los hechos o las situaciones ocurridos durante la vigencia del Código Penal de 1924 tendrían que ser judicializados con los tipos penales en él regulados, es probable que no siempre esto ocurra así, debido a la aplicación del principio de retroactividad benigna en los casos que el Código Penal de 1991 contenga penas más benignas o supuestos típicos de alcance más restringidos. Una revisión general de los casos judicializados por violación grave de los derechos humanos nos permitiría evidenciar que, en prácticamente todos ellos, los operadores del sistema de administración de justicia apelan a estas calificaciones tradicionales.

2.2. Los hechos como “delitos contra la humanidad” incorporados al Código Penal

En segundo lugar, los operadores del sistema de administración de justicia han calificado algunos casos como “delitos de contra la humanidad”. Esos delitos se encuentran agrupados en el Título XIV-A del Código Penal, algunos de los cuales fueron originalmente incorporados en el texto del Código Penal de 1991 (desaparición forzada de personas –artículo 323 del Código Penal– y genocidio –artículo 129 del Código Penal–), y fueron, mediante la Ley N° 26926 publicada el 30 de enero de 1998, reagrupados en el citado título, en que se incorporó el tipo penal de tortura.

Se trata de calificaciones cuya fuente, al igual que los supuestos anteriores, se encuentra en la legislación penal interna, aunque no puede desconocerse que tienen su origen en las convenciones internacionales sobre derechos humanos de las cuales el Perú es parte (Convención Interamericana contra la Tortura, Convención Interamericana de Prevención de la Desaparición Forzada de Personas, Convención de Naciones Unidas contra el Genocidio, etc.).

Sin embargo se trata de figuras penales relativamente recientes en la legislación interna, por lo que su aplicación, en virtud del principio de irretroactividad de la ley penal desfavorable, solo puede efectuarse para casos, hechos o conductas ocurridos con posterioridad a su entrada en vigencia. La excepción es el caso de la desaparición forzada, dado el tratamiento especial que suponen los delitos de naturaleza permanente.

No debe confundirse esta clase de delitos con los crímenes de lesa humanidad, a los que nos referiremos en el acápite siguiente. Por ahora solo cabe mencionar que, si bien algunos de los delitos contra la humanidad del Título XIV-A del Código Penal coinciden en parte con alguna de las modalidades de crímenes de lesa humanidad (desaparición forzada y tortura), estos poseen necesariamente un elemento de contexto (“ataque generalizado o sistemático contra la población civil) que no es aplicable a los primeros. Además, los crímenes de lesa humanidad están delimitados estrictamente a sujetos con características especiales (funcionario o servidor público).

Un aspecto problemático que se evidencia con la aplicación de estos tipos penales es la relación concursal entre los delitos contra la humanidad del Título XIV-A con los delitos comunes establecidos en el Código Penal. Ejemplos paradigmáticos son la relación entre el delito de secuestro y el delito

de desaparición forzada² o la vinculación entre el delito de tortura y el delito de violación sexual por parte de agentes estatales. En estos casos debemos determinar si se trata de supuestos de concurso real, concurso ideal o concurso aparente de delitos³. Dado el carácter incriminatorio directo de ambos grupos de delitos, es una relación concursal la que se plantea entre ellos.

2.3. Los hechos como crímenes de lesa humanidad

En tercer lugar, los jueces y fiscales han calificado algunos casos de violación de derechos humanos no solo como delitos comunes (asesinato, lesiones, secuestro, etc.), sino además como crímenes de lesa humanidad (caso Fujimori). La base normativa de estos crímenes radica en el Derecho Penal Internacional⁴, que posee dos tipos de fuente normativa: el derecho convencional⁵ y, sobre todo, el derecho no convencional (consuetudinario o

² Respecto a la relación de estos dos delitos, ver DEFENSORÍA DEL PUEBLO del Perú. *A dos años de la Comisión de la Verdad y Reconciliación*. Informe Defensorial N° 97. Lima. 2005, pp. 109-113. Dicho informe señala que hasta setiembre de 2005 existían dos posturas en la jurisprudencia nacional respecto a esta problemática: la tesis que establecía un concurso ideal entre el delito de secuestro y desaparición forzada y, por otro lado, la postura que sostenía un concurso aparente entre ellos.

³ Sobre la implicancia dogmático-penal de considerar que existe un concurso aparente de delitos ver JESCHECK, Hans. *Tratado de derecho penal. Parte general*. Editorial Comares S.L., Granada, diciembre 2002, p. 788. Dicho autor sostiene que el concurso aparente de delitos denota supuestos en los que un delito excluye al otro, debido a que el contenido del injusto de la conducta está completamente abarcado por uno de los tipos en conflicto. De acuerdo con el informe defensorial citado (véase Defensoría del Pueblo, op. cit, p. 113), en el caso del ciudadano Castillo Páez y otros casos semejantes, lo que existe es un concurso ideal de delitos y no un concurso aparente, ya que que antes del 3 de julio de 1992 no existía el tipo penal de desaparición forzada. Por ello, la privación de la libertad que se produjo antes de esa fecha solo se subsumiría en el tipo penal de secuestro y la conducta de mantenimiento de la situación antijurídica posterior a esa fecha se subsumiría en el tipo de desaparición forzada.

⁴ Cabe advertir que no existe consenso sobre la denominación de esta disciplina. Efectivamente, para algunos —Cf. HURTADO POZO, José. *Manual de derecho penal. Parte general*. Lima: Grijley, Pontificia Universidad Católica del Perú y Universidad de Friburgo, 2005, pp. 233 y 234— el derecho penal internacional tendría por objeto las normas de derecho penal interno que regulan generalmente la aplicación de la ley penal en el espacio y problemas de jurisdicción. Estos autores prefieren denominar a nuestra disciplina derecho internacional penal. De opinión contraria es Alicia Gil Gil, quien en su obra *Derecho penal internacional. Especial consideración del delito de genocidio*, p. 23 nos convence con argumentos de que es preferible denominar a esta disciplina Derecho Penal Internacional. Añade además que Hans Jescheck en su *Tratado de derecho penal* emplea el término *Völkerstrafrecht*, que debiera traducirse como «derecho penal internacional» y no como «derecho internacional penal».

⁵ Así se puede mencionar al Estatuto de la Corte Penal Internacional, aprobado el 17 de julio de 1998, como también los Convenios de Ginebra (1949).

*principios con carácter de normas de ius cogens*⁶).

Las reglas que prescriben la obligación internacional de prohibir y sancionar crímenes de lesa humanidad y de sancionarlos de manera intemporal se contienen principalmente en normas de *ius cogens*⁷. La referida obligación cobra carácter de *ius cogens* a partir de la decisión de la Asamblea de Naciones Unidas para aprobar los principios que se deducen del Estatuto del Tribunal Internacional de Nuremberg⁸, mientras que la regla de intemporalidad de persecución de estos crímenes se aprecia luego de una serie de pronunciamientos de carácter internacional⁹.

Cabe anotar, en el ámbito del derecho convencional, la importancia del Estatuto de la Corte Penal Internacional que ha definido con mayor precisión los crímenes internacionales (crimen de genocidio, crímenes de

⁶ Según el artículo 53 de la Convención de Viena (1969) sobre el derecho de los tratados, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que solo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter.

⁷ El artículo 6 c) del Estatuto del Tribunal Internacional Militar de Nuremberg reconoce como “crímenes contra la humanidad” a los siguientes actos: “muerte, exterminación, esclavitud, deportación, y otros actos inhumanos cometidos en contra de cualquier población civil, antes o durante la guerra, o las persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos, en la ejecución o en conexión, con un crimen dentro de la jurisdicción del Tribunal”. Respecto al deber de penalización de violaciones de derechos humanos se pueden mencionar los artículos 55 c) y 56 de la Carta de Naciones Unidas. Sobre el deber de sancionar penalmente las infracciones graves como “asesinatos intencionales, torturas o tratos inhumanos” se encuentran las Convenciones de Ginebra de 1949. Así también el informe, de 3 de mayo de 1993, del secretario general sobre el párrafo 2 de la Resolución del Consejo de Seguridad 808, que estableció el tribunal para la antigua Yugoslavia, mediante el cual se señalaron las disposiciones citadas como “fuera de toda duda parte del derecho internacional consuetudinario”. Asimismo se mencionó a “graves violaciones” de las Convenciones de Ginebra, “violaciones de las leyes o costumbres de guerra”, “genocidio”, “crímenes contra la humanidad”.

⁸ Principio VI c) de los Principios de Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto y por las sentencias del Tribunal de Nuremberg. Aprobado por la Comisión de Derecho Internacional en 1950 y presentados a la Asamblea General de la ONU.

⁹ Se pueden señalar los siguientes instrumentos: los propios principios derivados del estatuto y la jurisprudencia del Tribunal de Nuremberg, que exigen la persecución y sanción de estos crímenes; la opinión de la Asamblea Consultiva del Consejo de Europa (enero de 1965), mediante la cual se invitó a los estados miembros a adoptar medidas tendientes a evitar que los crímenes cometidos antes y durante la Segunda Guerra Mundial quedaren impunes por efectos de la prescripción; la Declaración de la Comisión de Derechos Humanos (abril 1965); la Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad (noviembre 1968); la Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas N° 2583 (diciembre 1969); la Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas (diciembre 1970); la Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas N° 3074 (diciembre 1973); y la Convención Europea de Imprescriptibilidad de crímenes contra la humanidad (enero 1974).

lesa humanidad y crímenes de guerra). Sin embargo, estas tipificaciones no son del ámbito de competencia de los tribunales internos, sino de la Corte Penal Internacional. Esto no impide deducir implícitamente del referido instrumento internacional –como lo hace la mayoría de la doctrina especializada– las obligaciones de los estados parte para la adecuación de sus respectivas legislaciones penales internas a las exigencias del citado estatuto o la consolidación en el derecho interno del sentido y alcance de las normas de *ius cogens* que surgen en el derecho internacional.

De acuerdo con el artículo 7 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, los crímenes de lesa humanidad tienen las siguientes características:

- Son comportamientos que se definen como exterminio, persecución, desaparición forzada, tortura, violación, embarazo forzado, entre otros explícitamente señalados.
- Tales acciones deben producirse en el contexto de un ataque sistemático o generalizado contra la población civil.
- El elemento subjetivo de este tipo de conductas está determinado por el conocimiento de los elementos antes señalados.

El Tribunal Constitucional, en su reciente sentencia sobre el Decreto Legislativo N° 1097, ha planteado su propia delimitación de los crímenes de lesa humanidad añadiendo elementos innecesarios que desnaturalizan su conceptualización¹⁰.

La norma de *ius cogens* que establece la obligación de los estados de sancionar crímenes de lesa humanidad (y que también define tales crímenes) no es susceptible de ser aplicada como figura incriminatoria directa por los tribunales internos. Como puede apreciarse, tal norma no tipifica ni la naturaleza de la sanción ni los parámetros de ella. Esto no impide que tales conductas puedan ser sancionadas por tipos penales comunes graves, vigentes en el momento de realización de los hechos.

¹⁰ Al respecto ver MONTAYA, Yvan. *Breves comentarios a la sentencia del Tribunal Constitucional sobre el Decreto Legislativo N° 1097: aciertos e insuficiencias*. Lima, 2011. Véase texto en: <http://www.justiciaviva.org.pe/notihome/notihome01.php?noti=511>, visitado el 27 de abril de 2011. En efecto, el TC de manera innecesaria exige, por ejemplo, la inhumanidad o gravedad (crueldad, ferocidad o alevosía) de los actos. Asimismo señala erróneamente que los delitos de lesa humanidad solo pueden violar los derechos a la vida, integridad, libertad e igualdad de las personas, excluidos otros posibles derechos fundamentales igualmente vulnerables.

En cambio la norma de *ius cogens* que obliga a perseguir y sancionar intemporalmente un crimen de lesa humanidad sí constituye una norma completa susceptible de aplicación directa por la jurisdicción interna. Puede afirmarse que, de acuerdo con la normativa internacional, si un hecho califica como crimen de lesa humanidad, la consecuencia jurídica es su persecución y eventual sanción de manera intemporal (imprescriptible).

De acuerdo con lo arriba mencionado, puede afirmarse que la relación entre un delito común y un crimen de lesa humanidad no es la de un concurso de leyes penales, dado que la norma que obliga al Estado a sancionar un crimen de lesa humanidad no es una norma inculpativa directa (no se utiliza para aplicar una sanción penal). Se trata de una relación de complemento. Como apreciaremos más adelante, los tipos penales comunes tienen fines inculpativos directos, mientras la norma que obliga a los estados a perseguir y sancionar de manera intemporal los hechos que califican como crimen de lesa humanidad tiene fines complementarios, vinculados fundamentalmente con la persecución penal de tales hechos.

2.4. Los hechos como delitos que implican grave violación de los derechos humanos

Finalmente, nuestros jueces han calificado los hechos que estudiamos no solo como delitos comunes, sino también como “delitos comunes que implican grave violación de los derechos humanos”. La fuente normativa de esta nomenclatura se encuentra en el derecho internacional de los derechos humanos, especialmente en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en tanto órgano de control e intérprete supremo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, instrumento del cual es parte el Estado peruano.

Este organismo ha dictado sentencias como *Durand y Ugarte vs. Perú*¹¹, *Cantoral Benavides vs. Perú*¹² o las vinculadas a los casos *Albán Cornejo y otros vs. Ecuador*¹³ o el caso *Bulacio vs. Argentina*¹⁴, que son de suma

¹¹ CORTE IDH. Sentencia de 3 de diciembre de 2001 en el caso *Durand y Ugarte vs. Perú* (Reparaciones), párr. 23.

¹² CORTE IDH. Sentencia del 18 de agosto de 2000 en el caso *Cantoral Benavides vs. Perú* (Fondo). Punto Resolutivo N° 12.

¹³ CORTE IDH. Sentencia de 22 de noviembre de 2007 en el caso *Albán Cornejo y otros vs. Ecuador* (Fondo, reparaciones y costas).

¹⁴ CORTE IDH. Sentencia del 18 de setiembre de 2003 en el caso *Bulacio vs. Argentina* (Fondo, reparaciones y costas).

importancia para caracterizar este tipo de calificaciones y diferenciarla del crimen de lesa humanidad.

De acuerdo con las sentencias mencionadas, en particular las dos últimas, un delito común que implica graves violaciones de los derechos humanos supone la ocurrencia de hechos en los que agentes estatales en abuso del ejercicio del poder público vulneran algunos de los derechos reconocidos por el Pacto de San José. No resulta necesario o relevante para esta calificación el elemento de contexto que se requiere para el crimen de lesa humanidad.

Los casos que son materia de las sentencias referidas en el párrafo anterior (Albán Cornejo y Bulacio) se produjeron en contextos ajenos a la existencia de un conflicto armado interno o de una política de ataque sistemático o generalizado a la población civil. El caso Albán Cornejo se refiere a una negligencia médica ocurrida en un establecimiento de salud pública, hecho que no es investigado debidamente, ni sus responsables son sancionados. Mientras que el caso Bulacio tiene por centro la detención arbitraria de un joven, realizada en Argentina durante el gobierno democrático de Raúl Alfonsín, que culminó con la muerte del menor como consecuencia del maltrato policial al que fue sometido en una delegación policial. En ningún extremo de la sentencia de este último caso, la Corte Interamericana hizo referencia a algún elemento de contexto, sino que calificó la actuación de agentes estatales involucrados en el ejercicio abusivo del poder estatal.

Nuestra normativa interna ha recogido esta calificación cuando precisó las competencias de los órganos del sistema de administración de justicia en esta materia, señaladas en la Resolución Administrativa N° 170-2004-CE-PJ¹⁵ y la Resolución de la Fiscalía de la Nación N° 1645-2004-MP-FN¹⁶.

Cabe añadir que, en todas las sentencias mencionadas, la Corte Interamericana no solo obliga a los estados parte a investigar y juzgar seriamente y de oficio los delitos que implican violación grave de los derechos contemplados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sino

¹⁵ Mediante la cual se dispuso que la Sala Penal Nacional tuviera competencia para conocer delitos contra la humanidad, delitos comunes que constituyan casos de violaciones de derechos humanos y delitos conexos; y, asimismo, crea los juzgados penales supraprovinciales de Lima y el Primer Juzgado Penal Supraprovincial de Ayacucho, a los que otorga la misma competencia que la Sala Penal Nacional.

¹⁶ Mediante la cual se varió la denominación de las fiscalías provinciales especializadas en delitos de terrorismo y la fiscalía superior especializada en derechos humanos, desapariciones forzadas, ejecuciones extrajudiciales y exhumación de fosas clandestinas a fiscalías penales supraprovinciales y fiscalía superior penal nacional, respectivamente, y se les otorgó competencia en delitos contra la humanidad, delitos comunes que constituyen violaciones de derechos humanos y delitos conexos.

también que tales investigaciones y el juzgamiento deben realizarse sin que se pueda oponer obstáculos o medidas internas, como amnistías, indultos o prescripciones que impidan la eventual sanción de los perpetradores¹⁷.

Teniendo en cuenta lo mencionado, la relación entre un “delito común” y un delito común que implica “graves violaciones de los derechos humanos” es complementaria. Los tribunales peruanos no pueden, para sancionar directamente a un agente estatal, apelar a la calificación de “grave violación de los derechos humanos”. Ella resulta incompleta al no prever taxativamente la consecuencia jurídica. Esta calificación es complementaria a la calificación previa que realiza el juez sobre la base de los tipos penales comunes y tiene como pretensión asociar a esa calificación complementaria (delito que implica graves violaciones de los derechos humanos) consecuencias como la no oposición de mecanismos procesales que impidan la investigación, el juzgamiento y la sanción de los hechos, es decir, no tienen naturaleza incriminatoria directa, sino complementaria sobre todo relacionada con la persecución del delito.

3. Las diversas calificaciones y el principio de legalidad penal

Las distintas calificaciones de un mismo hecho delictivo y la introducción de ellas en una sentencia condenatoria contra su perpetrador plantean una serie de problemas en relación con la aplicación del principio de legalidad. En particular nos referimos a las garantías de irretroactividad de la ley penal desfavorable, la taxatividad de las conductas comprendidas en el tipo penal y la prohibición de analogía.

La garantía de irretroactividad de la ley penal desfavorable colisiona con la aplicación de la Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, vigente en el Perú desde junio de 2003, con efecto retroactivo para hechos ocurridos en la década de 1980. Mientras que la taxatividad se confronta con la aplicación de figuras penales (internacionales) que no prevén la sanción penal. Finalmente, la prohibición

¹⁷ Al respecto ver CORTE IDH. Sentencia de fecha 14 de marzo de 2001 en el caso Barrios Altos vs. Perú (Fondo), párr. 41. Corte IDH. Sentencia de fecha 26 de setiembre de 2006 en el caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), párr. 110-114. CORTE IDH sentencia de 29 de noviembre de 2006 en el caso La Cantuta vs. Perú (Fondo, reparaciones y costas). Párr. 226. Corte IDH. Sentencia de 18 de setiembre de 2003 en el caso Bulacio vs. Argentina. Op. cit. Párr. 117. Corte IDH. Sentencia de 22 de noviembre de 2007 en el caso Albán Cornejo y otros vs. Ecuador, op. cit, párr. 111.

de la analogía en materia penal se vincula con la apelación a otras fuentes normativas.

Determinar si la calificación de un mismo hecho como delito común y a su vez como crimen de lesa humanidad o como conducta criminal que implica grave violación de los derechos humanos resulta violatorio de las garantías del principio de legalidad, pasa por comprender dos temas previos: los alcances de esas garantías y la relación entre el derecho interno y derecho internacional.

3.1. El principio de legalidad como límite a la aplicación inmediata del Derecho Penal Internacional de carácter incriminatorio directo

El principio de legalidad, de acuerdo con lo señalado por nuestro Tribunal Constitucional, constituye un principio y también un derecho fundamental¹⁸ que opera principalmente como límite a la potestad punitiva del Estado¹⁹. Según la doctrina más cualificada²⁰, este principio integra una serie de garantías forjadas históricamente desde la ilustración, las cuales componen el núcleo esencial del referido principio o derecho. Estas son las siguientes:

- a) La garantía de reserva de ley (*nullum crimen sine lege - lex scripta*). Según esta disposición, la creación o ampliación de delitos, faltas, medidas de seguridad o circunstancias agravantes solo se debe efectuar mediante una ley entendida en sentido formal y excepcionalmente en sentido material²¹. Esta garantía alcanza –según nuestra Constitución Política– no solo al supuesto de hecho, sino también a la consecuencia jurídica, es decir, la pena (*nullum pena sine lege*).

¹⁸ STC de 23 de noviembre de 2004 recaída en el Exp. N° 2758-2004-PHC/TC, Fundamento 3.

¹⁹ HUERTA TOCILDO, Susana. *Principio de legalidad y normas sancionadoras*, en: Principio de legalidad. Actas de las V Jornadas del Tribunal Constitucional, 2000, p. 15.

²⁰ ROXIN, Claus. *Tratado de derecho penal*. Civitas: Madrid, 1997, pp. 140 y ss; De Vicente DE MARTÍNEZ, Rosario. *El principio de legalidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, p. 2004, pp. 36 y ss; HUERTA TOCILDO, Susana, op. cit., p. 16.

²¹ De acuerdo con la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su Opinión Consultiva 6/86 de 9 de mayo de 1986, por ley debe entenderse una norma de carácter general ceñida al bien común, emanada de los órganos legislativos constitucionalmente previstos y democráticamente elegidos y elaborada según el procedimiento establecido por las constituciones de los estados parte para la formación de leyes. Según la corte (fundamento 36), lo anterior no contradice la posibilidad de delegaciones legislativas en esta materia (restricción de derechos fundamentales) siempre que tales delegaciones estén autorizadas por la propia Constitución, que se ejerzan dentro de los límites impuestos por ella y por la ley delegante y que tal ejercicio esté sujeto a controles eficaces.

- b) La garantía de prohibición de aplicación retroactiva de las leyes penales desfavorables (*lex praevia*). De acuerdo con ella, las disposiciones penales se aplican para hechos ocurridos con posterioridad a la vigencia de tales disposiciones y no para aquellos ocurridos con anterioridad, salvo en las situaciones en las que esas normas sean favorables al procesado o condenado.
- c) La garantía de taxatividad (*lex certa*). Ella prescribe al legislador penal la necesidad de prever un suficiente grado de determinación de la conducta prohibida y la sanción penal, de tal manera que el ciudadano medio conozca lo que es objeto de prohibición. El Tribunal Constitucional indica que, si bien no puede entenderse en términos absolutos, dado que cabe cierto margen de indeterminación de los tipos penales, es necesario que se contemple el núcleo fundamental de la prohibición para que no puedan existir mayores confusiones sobre los comportamientos prohibidos²².
- d) La garantía de la prohibición de analogía (*lex stricta*). Establece que los operadores jurisdiccionales deben aplicar las normas penales dentro del sentido literal posible de la proposición normativa, y evitar la aplicación de la ley a casos no previstos en el supuesto y que puedan perjudicar a los implicados en las situaciones no contempladas por la norma.

Estas garantías han sido expresamente reconocidas por nuestro Tribunal Constitucional en una sentencia del 3 de enero de 2003 (Expediente 0010- 2002 AI/TC)²³, que recoge los fundamentos de la jurisprudencia constitucional española relacionada con este principio. Es importante en este punto señalar que la última sentencia del Tribunal Constitucional sobre el Decreto Legislativo N° 1097 indica que estas garantías del principio de legalidad solo son aplicables a enunciados penales inculpativos directos, es decir, a aquellas disposiciones penales con las cuales se pretende aplicar una sanción punitiva, especialmente privativa de la libertad²⁴.

²² Sobre los límites del lenguaje y las insuficiencias del método de interpretación literal o gramatical ver Guastini, Ricardo. Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho, Gedisa, Barcelona, 1999, pp. 212 y ss.

²³ Reiterado en la Sentencia del Tribunal constitucional de 23 de noviembre de 2004 Exp. 2758- 2004 HC/TC, fundamento 2, la que expresamente reconoce las garantías de *lex previa* (ley previa), esto es, la prohibición de aplicación retroactiva de la ley penal desfavorable y la garantía de *lex scripta* (ley escrita), esto es, la prohibición de la aplicación de otro derecho que no sea el escrito.

²⁴ Sentencia del Tribunal constitucional N° 0024-2010-AI/TC de fecha 21 de marzo de 2011, fundamento 56. Dicha tesis ya la habíamos sostenido anteriormente en MONTROYA, Yvan. *El derecho internacional y los delitos*. En: Macedo, Francisco (coordinador), *Los caminos de la justicia penal y los derechos humanos*. Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP): Lima, 2007, pp. 37-60.

Esta comprensión del principio de legalidad parte de considerarlo como garante de la protección de la confianza de los ciudadanos para que su comportamiento no sea vinculado a consecuencias gravosas en forma que no pueda calcularse²⁵. En otros términos, esta perspectiva de la confianza tiene como horizonte esencial del principio de legalidad garantizar la motivación directa del ciudadano por el contenido de las leyes.

A diferencia de la perspectiva anterior, otro sector de la doctrina penal considera el principio de legalidad (y sus componentes) como una garantía de objetividad²⁶ en la medida en que, tanto el comportamiento prohibido penalmente como la medida de la pena, no deben determinarse bajo criterios subjetivos, sino por anticipado y con validez general mediante una ley determinada, dictada con anterioridad al hecho²⁷. En términos de Silva Sánchez, “con la exigencia de legalidad penal se alude, básicamente, a la pretensión de lograr una interacción entre Poder Legislativo y Judicial que redunde en la producción de interpretaciones judiciales legítimas y estables: interpretaciones previsibles”²⁸.

Según mi opinión, ambas perspectivas no son incompatibles sino complementarias. La primera, fiel a los orígenes del principio, interioriza su sentido en los ciudadanos, quienes mantienen legítimas pretensiones de garantizar sus espacios de libertad conociendo las prohibiciones penales de carácter excepcional. La segunda, partiendo de los límites de la perspectiva anterior, legitima su sentido en los operadores del sistema, en particular en los órganos judiciales, para que sus productos eviten la arbitrariedad. Esa previsibilidad solo tiene sentido si está pensada en los ciudadanos.

De otro lado, la perspectiva del ciudadano no puede entenderse en términos psicologistas, esto es, que el principio de legalidad garantice el conocimiento efectivo de los ciudadanos respecto del alcance de lo prohibido y de su consecuencia penal. Esta garantía solo puede partir de bases objetivables. Ello solo puede ocurrir asumiendo dos puntos de referencia complementarios: la posibilidad de conocimiento de lo prohibido y su consecuencia por parte del ciudadano promedio responsable, así como la determinación y concreción razonable por parte del juez de lo prohibido por el texto de la ley y su consecuencia punitiva.

²⁵ Considerando insuficiente esta perspectiva JAKOBS, Gunter. *Derecho penal*. Parte general, Editorial Marcial Pons, Madrid, 1995, p. 81.

²⁶ *Ibidem*, p. 82. Igualmente SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Tiempos de derecho penal*, B de F, Buenos Aires-Montevideo, 2009, pp. 21 y ss.

²⁷ JAKOBS, Gunter, *op. cit.*, p. 82

²⁸ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *op. cit.*, p. 22.

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

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

Desde la perspectiva internacional no queda ninguna duda en la doctrina y en la normativa internacional que esa relación se resuelve teniendo presente la prevalencia del derecho internacional sobre el derecho nacional²⁹ (monismo con prevalencia del derecho internacional). Así, el artículo 27 del Convenio de Viena de 1969 sobre Derecho de los Tratados prescribe que las obligaciones o los compromisos internacionales adoptados por un Estado no pueden ser eludidos por este último invocando normas de derecho interno.

El problema se suscita desde la perspectiva del derecho interno. En ella el debate entre las tesis monistas y las tesis dualistas cobra sumo interés de cara a explicar la relación entre el derecho internacional y el derecho interno. La tesis monista es aquella según la cual “la razón de la validez del orden jurídico nacional se encuentra determinada por el derecho internacional”³⁰ y la tesis dualista es aquella según la cual el derecho internacional no tiene validez directa en el derecho nacional en tanto este no lo haya interiorizado a través de un mecanismo previsto en el ordenamiento jurídico interno. En otras palabras, la tesis monista parte de la concepción unitaria del sistema internacional y del orden jurídico estatal, lo que implica que la norma de derecho internacional deba incorporarse en el derecho interno de manera automática³¹. La tesis dualista parte de una concepción contraria, esto es, que el sistema internacional y el orden jurídico interno son órdenes jurídicos distintos y separados, de lo que se deduce la necesidad de un mecanismo especial, adicional a la ratificación o adhesión al tratado, para incorporar el derecho internacional al derecho interno, nacional o doméstico.

El Perú, en materia de tratados sobre derechos humanos, se inclina por una tesis monista moderada. Es decir, aquella en la que el derecho internacional se recibe de manera automática y en la que, en principio, el

²⁹ NOVAK, Fabián y SALMÓN, Elizabeth. *Las obligaciones internacionales del Perú en materia de derechos humanos*, PUCP, Lima, 2002, p. 103.

³⁰ SAGUÉS, Néstor Pedro. *Mecanismos de incorporación de los tratados internacionales sobre derechos humanos al derecho interno*, en: *Retos de la judicialización en el proceso de verdad, justicia, reparación y reconciliación*. Coordinadora Nacional de Derechos Humanos, Lima, 2003, p. 88.

³¹ SALMÓN, Elizabeth, op. cit., p. 105.

derecho internacional goza de la más alta jerarquía normativa dentro de nuestro ordenamiento: la jerarquía constitucional³².

Sin embargo, a pesar de la concepción prevalente del derecho internacional (perspectiva internacionalista) o de la jerarquía constitucional que se les reconoce por nuestro Tribunal Constitucional, la aplicabilidad inmediata de una norma internacional (convencional o consuetudinaria) puede estar obstaculizada en el derecho interno. Como sostiene Sagués, es preciso distinguir entre normas de derecho internacional autoaplicativas (*self executing*) y normas no autoaplicativas (*non self executing*). Las primeras, por ser completas, no necesitan de otras normas para aplicar internamente la norma internacional que se enuncia. Las segundas, dada su naturaleza incompleta, sí necesitan de una norma interna de desarrollo que permita que el derecho o la norma reconocida por el derecho internacional se ejecuten en el derecho nacional o doméstico³³.

3.3. Diversas calificaciones y principio de legalidad: conclusiones

Según nuestra consideración, las normas internacionales, sean procedentes del derecho internacional de los derechos humanos o del derecho penal internacional, *que pretendan tener aplicación punitiva directa* resultan no autoaplicativas, esencialmente en virtud de las exigencias y los alcances del principio de legalidad penal. Este principio, tal como ha sido redactado en nuestra Constitución y por la forma como ha sido entendido por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, impediría una aplicación inmediata de normas incriminatorias directas del derecho penal internacional (por ejemplo, la norma de *ius cogens*, que determina los crímenes de lesa humanidad y obliga a sancionarlos) y del derecho internacional de los derechos humanos (por ejemplo, la norma contenida en la Convención Interamericana contra la Tortura, que define la tortura y obliga a los estados a sancionarla debidamente).

En cambio existen normas de derecho penal internacional no directamente incriminatorias y punitivas, sino complementarias a las cuales se adscriben

³² La sentencia del Tribunal Constitucional N° 025-2005-PI/TC de fecha 25 de abril de 2006 (fundamento 33) ha puesto fin a esta incertidumbre y ha determinado institucionalmente la jerarquía constitucional de los tratados internacionales sobre derechos humanos. Asimismo, ello ha sido reafirmado en la sentencia del Tribunal Constitucional N° 03343-2007-PA/TC de fecha 19 de febrero de 2009, fundamento 31.

³³ De idea semejante SALMÓN, Elizabeth, op. cit., p. 106.

consecuencias relacionadas con la persecución penal de los hechos (por ejemplo, la norma de *ius cogens*, que prescribe que cuando un hecho se califique como crimen de lesa humanidad aquel debe ser investigado, juzgado y sancionado sin consideración del transcurso del tiempo: imprescriptible). Este tipo de normas no tendría, en nuestro concepto, ningún obstáculo sustancial para su aplicación inmediata dado que son completas, esto es, tienen un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica. Como hemos mencionado anteriormente, el principio de legalidad penal y sus garantías tienen, de acuerdo con nuestro Tribunal Constitucional, un alcance limitado a las normas incriminatorias directas y no a las complementarias.

4. Los efectos de una calificación complementaria adscrita a una tipificación penal común

De todo lo afirmado hasta este momento se puede concluir que las calificaciones complementarias (crímenes de lesa humanidad o delitos que implican graves violaciones de los derechos humanos) adscritas a principales tipificaciones penales comunes (asesinato, secuestro, lesiones, etc.) no vulneran el núcleo esencial de las garantías del principio de legalidad al no tener naturaleza incriminatoria directa sino fines accesorios diversos.

En cambio las tipificaciones penales comunes, al tener naturaleza incriminatoria directa y perseguir la imposición de una pena al agente perpetrador, determinan la necesidad del respeto de las garantías del principio de legalidad. En los párrafos siguientes nos detendremos en los fines o efectos que se persiguen con una calificación complementaria. Ello siguiendo como parámetros los alcances tanto de la sentencia del 7 de abril de 2009 de la Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia del Perú recaída contra el expresidente Alberto Fujimori, como de la sentencia del Tribunal Supremo Español de fecha 1 de octubre de 2007 recaída contra el capitán de la Marina de Guerra argentina Adolfo Scilingo.

En primer lugar, la calificación de un hecho como crimen de lesa humanidad como complemento de un tipo penal común (asesinato, lesiones, secuestro, etc.) determina como consecuencias complementarias la imprescriptibilidad del hecho, la posibilidad de jurisdicción universal, la no inmunidad en caso de altos dignatarios y la obligada valoración más grave del hecho delictivo. Esta última consecuencia, a diferencia de la sentencia del Tribunal Supremo español, no es consignada en la sentencia de la Sala Penal Especial del Perú. Según nuestro concepto, ello puede deberse a que

la obligada valoración gravosa del hecho incide de manera casi directa sobre la consecuencia punitiva, lo que asemejaría esta norma a una de naturaleza incriminatoria directa.

En segundo lugar, la calificación de un hecho como delito común que implica graves violaciones de los derechos humanos determina como consecuencias complementarias la exclusión de todo tipo de obstáculos procesales o medidas que impidan la investigación, el juzgamiento y la sanción de tales hechos. Entre esas consecuencias pueden considerarse la intemporalidad del ejercicio de la acción penal en estos casos y la no invocación de autoamnistías, indultos u otras medidas internas.

Reiteramos que las calificaciones complementarias aquí presentadas tienen efectos sobre la posibilidad de perseguir el delito atribuido a un perpetrador, pero no sobre la configuración del tipo y su sanción punitiva.

La violencia sexual y de género como crimen de lesa humanidad: análisis penal a propósito del delito de violación sexual y la aplicación de estándares internacionales en el ordenamiento interno

INGRID DÍAZ

1. Introducción

Las mujeres hemos sido objeto de violencia sexual a lo largo de la historia. Durante la vigencia de conflictos armados internos e internacionales, así como en ausencia de estos, la esclavitud sexual, embarazos forzosos, violaciones, esterilizaciones forzadas, entre otras vejaciones, han sido práctica común cometida contra niñas, adolescentes y mujeres adultas.

Esta realidad nos permite hablar de “violencia sexual” y “violencia de género” en contra de la mujer. La primera de ellas implica la realización de actos de naturaleza sexual por la fuerza, mediante coacción o aprovechando un entorno coercitivo en contra de la víctima.¹ Esta violencia sexual incide en las mujeres, por lo que constituye, a su vez, violencia de género², dado que está esencialmente dirigida al sexo femenino, debido a las características que social y culturalmente se le han adscrito, en específico, la idea de subordinación que

¹ ESTATUTO DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL. Elementos de los crímenes, artículo 7.1) g)-6: “Que el autor haya realizado un acto de naturaleza sexual contra una o más personas o haya hecho que esa o esas personas realizaran un acto de naturaleza sexual por la fuerza o mediante la amenaza de la fuerza o mediante coacción, como la causada por el temor a la violencia, la intimidación, la detención, la opresión psicológica o el abuso de poder, contra esa o esas personas u otra persona o aprovechando un entorno de coacción o la incapacidad de esa o esas personas de dar su libre consentimiento”.

² “El concepto de género sirve para identificar las características que social y culturalmente se adscriben a hombres y a mujeres, a partir de las diferencias biológicas. De esta forma se pone de manifiesto que las características humanas consideradas “femeninas” y “masculinas” son adquiridas por las personas mediante un complejo proceso individual y social, en vez de derivarse naturalmente de su sexo. Como estas características son construcciones socioculturales, no naturales, pueden ser cambiadas”. (subrayado nuestro) VILLANUEVA FLORES, ROCÍO. *Derecho a la salud, perspectiva de género y multiculturalismo*. Palestra Editores. Lima. 2009, p. 45.

consecuentemente se vincula con el supuesto poder que sobre estas se “puede” ejercer.

La constatación de lo anterior, sumada a la gravedad de los actos sexuales cometidos de manera masiva contra mujeres a lo largo de la historia, ha permitido que la comunidad internacional deje de ver a la violencia sexual como un daño colateral a los conflictos armados o a situaciones que sin revestir tal característica permiten este tipo de vejámenes. Al contrario, la sistematicidad o generalidad de estos actos ha evidenciado que los mismos constituyen crímenes de lesa humanidad y, por tanto, deben ser sancionados.

En ese contexto, la experiencia de los tribunales penales internacionales ad hoc para Ruanda y la otrora Yugoslavia resulta enriquecedora en tanto sus estatutos de creación como su jurisprudencia han sancionado la violencia sexual como crimen de lesa humanidad. En esa línea, el Estatuto de la Corte Penal Internacional ha recogido los avances de los tribunales ad hoc y ha marcado una pauta importante para el juzgamiento de la violencia sexual como crimen de lesa humanidad. Sin duda, la normativa y jurisprudencia internacional antes mencionada puede ser tomada por el derecho penal peruano para el procesamiento de los casos de violencia sexual cometidos durante el conflicto vivido en nuestro país entre 1980 y 2000.

El *Informe final de la Comisión de la Verdad y Reconciliación* estableció que entre 1980 y 2000 se produjeron numerosos actos de violencia sexual contra mujeres peruanas por agresores provenientes tanto del Estado como de los grupos subversivos³. Estas mujeres han recurrido al sistema de justicia nacional a efectos de lograr la sanción de los graves hechos cometidos en su contra. Sin embargo, las especiales características de los delitos sexuales requieren el cuidadoso examen de la interpretación de los tipos penales como de la prueba aportada. Al mismo tiempo, siendo hechos cometidos, en muchos casos, hace más de veinte años, debe analizarse la prescripción de la acción penal.

En esa medida, el texto que se presenta a continuación brinda un conjunto de herramientas jurídico-penales que permitirán procesar estos graves hechos ocurridos en nuestro país. Para ello, el artículo revisará la normativa y jurisprudencia emitida por el derecho penal internacional, que sanciona la violencia sexual como crimen de lesa humanidad, específicamente, la ocurrencia del delito de violación sexual como tipo penal recurrente.

³ COMISIÓN DE LA VERDAD Y RECONCILIACIÓN, *Informe final*, tomo VI. p. 274.

Seguidamente se analizará la utilidad de los estándares obtenidos en sede penal internacional para el ámbito interno y se revisará su aplicación al derecho penal nacional. Por último se abordarán dos casos emblemáticos de violencia sexual y de género ocurridos en el Perú: se trata de los hechos ocurridos en las bases militares de Manta y Vilca durante el conflicto armado interno, así como las esterilizaciones forzadas practicadas durante el gobierno de Alberto Fujimori. Estos casos serán analizados a la luz de los criterios establecidos por el derecho penal internacional y que –como se argumentará– pueden ser aplicados por nuestros operadores de justicia.

2. La violencia sexual y de género como crimen de lesa humanidad: evolución y avances en la normativa y jurisprudencia del derecho penal internacional

2.1. Los estatutos para los tribunales internacionales de Nuremberg y Tokio

El derecho penal internacional moderno, que se inicia con el Estatuto del Tribunal Internacional de Nuremberg, no reconoció a través de este instrumento las agresiones sexuales⁴ como crimen de lesa humanidad. De acuerdo con el artículo 6 inciso c) del referido estatuto, constituyen crímenes contra la humanidad el asesinato, el exterminio, la esclavitud, la deportación y otros actos inhumanos cometidos contra población civil antes de la guerra o durante ella; así como la persecución por motivos políticos, raciales o religiosos.

Por su parte, el artículo 5 inciso c) del Estatuto del Tribunal Internacional de Tokio previó como crímenes contra la humanidad al asesinato, exterminio, esclavitud, deportación y otros actos inhumanos perpetrados antes y durante las hostilidades, así como la persecución por motivos políticos o raciales.

En esa medida –como anota Portal Farfán–, “los países aliados constituyeron los Tribunales Militares Internacionales de Nuremberg (1945) y Tokio (1946) llevando a cabo juicios por crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad contra Alemania y Japón, respectivamente. Sin embargo, en ninguno de sus estatutos, la violencia sexual estaba expresamente como crimen”⁵.

⁴ CONSEJO NORUEGO PARA REFUGIADOS. *Evolución jurisprudencial del Derecho Penal Internacional en caso de agresiones sexuales*. 2010, p. 5.

⁵ PORTAL FARFÁN, Diana Carolina. *Violencia sexual en conflictos armados: El derecho de las mujeres a la justicia*. Demus. Lima. 2008, p. 5.

Efectivamente los estatutos de los tribunales internacionales de Nuremberg y Tokio no tipificaron la violencia sexual como crimen de lesa humanidad a pesar de que durante la Segunda Guerra Mundial se produjeron innumerables casos de graves agresiones sexuales cometidos contra mujeres⁶. Ante tal omisión, se ha explicado que:

[...] Los países aliados quisieron limitar las acusaciones hacia crímenes que hubieran sido cometidos exclusivamente por los nazis y los japoneses, tales como exterminio masivo de personas y crímenes contra la paz, ya que la violencia sexual fue cometida por todos los sectores participantes en la guerra.⁷

A pesar de esta realidad, la doctrina considera que, bajo la denominación “otros actos inhumanos” era posible procesar y sancionar los casos de violencia sexual cometidos durante la Segunda Guerra Mundial. Así, para Mantilla Falcón “el [artículo 6º inciso c) del Estatuto de Núremberg] se hubiera podido interpretar para incluir los hechos de violencia sexual, posibilidad que no fue contemplada por los funcionarios encargados de la investigación. En el caso del Tribunal de Tokio sí se iniciaron acciones judiciales por casos de violación sexual tal como sucedió con “las violaciones de Nanking”. En este caso, las violaciones sexuales fueron investigadas como hechos que atentaban contra la prohibición de tratos inhumanos y degradantes, así como, contra el respeto del honor familiar”⁸.

De esta manera, la ausencia de tipificación de la violencia sexual como crimen de lesa humanidad y las pocas acciones judiciales iniciadas como producto de estas graves vejaciones responden a la comisión de estos actos por ambas partes del conflicto, lo que no permitía una imputación exclusiva contra las fuerzas alemanas ni japonesas.

⁶ Un caso muy conocido fue el de las “mujeres confort”: durante la Segunda Guerra Mundial, casi 200 000 mujeres fueron obligadas a servir como esclavas sexuales de las fuerzas armadas de Japón, por orden de su gobierno. Estas mujeres, a las que se les llamó “mujeres confort” (*comfort women*), fueron confinadas en “estaciones confort” que, a manera de centro de reclusión y prostíbulo, fueron instaladas en todo el este asiático. Esta práctica del ejército japonés para satisfacer a sus huestes era ya efectuada desde antes de la guerra mundial: la primera estación confort fue establecida en Shangái, a propósito de la invasión a Manchuria (1932). Esta práctica duró hasta el fin de la guerra mundial, en 1945. Extraído de: Demus. Estudio para la defensa de los derechos de la mujer. Agosto, 2006.

⁷ MANTILLA FALCÓN, Julissa y otros. *Comentarios sobre aspectos relevantes para la propuesta normativa: Delitos contra el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario*. Comisedh. Lima, 2008, p. 70.

⁸ MANTILLA FALCÓN, Julissa y otros, op. cit, p. 70.

De este modo, resultaba difícil para una de las partes presentar alegatos contra la otra al finalizar las hostilidades. Más aún, como se ha señalado con frecuencia:

[...]La violencia sexual era considerada como inevitable, aunque desafortunada, realidad de los conflictos armados.⁹

Por ello la cotidianidad de la violencia sexual e incluso su consideración como un mero daño colateral –en este caso específico– a la guerra suscitada, dejaron impunes graves agresiones sexuales cometidas contra mujeres.

2.2. Los estatutos para los tribunales penales internacionales para la otrora Yugoslavia y Ruanda y su jurisprudencia emitida en materia penal sexual

2.2.1. Marco normativo

Debido a la constatación de atentados graves y masivos cometidos contra mujeres como parte de los conflictos suscitados en la otrora Yugoslavia y Ruanda, los estatutos de los tribunales penales internacionales creados para procesar esos delitos contemplaron la violación sexual como crimen de lesa humanidad. Así, el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, establecido en cumplimiento de la Resolución N° 827 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, prescribió:

Artículo 5

Crímenes contra la humanidad

El Tribunal Internacional está habilitado para juzgar a los presuntos responsables de los siguientes crímenes cuando éstos han sido cometidos en el curso de un conflicto armado, de carácter internacional o interno, y dirigidos contra cualquier población civil:

g) Violaciones; [...].

Por su parte, el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda creado por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas estableció que:

⁹ PORTAL FAREÁN, Diana Carolina, op. cit, p. 6.

Artículo 3

Crímenes contra la humanidad

El Tribunal Internacional para Ruanda está habilitado para juzgar a los presuntos responsables de los siguientes crímenes cuando éstos han sido cometidos en el curso de un ataque generalizado y sistemático, y dirigidos contra cualquier población civil en razón de su nacionalidad o pertenencia a un grupo político, étnico, racial o religioso:

g) Violaciones; [...].

De esta forma, ambos estatutos decidieron sancionar los graves atentados cometidos contra la libertad sexual de las mujeres durante la vigencia de conflictos armados e incluso fuera de estos. Efectivamente, el Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia limitó su jurisdicción para crímenes cometidos en el curso de un conflicto armado, de carácter internacional o interno y dirigidos contra cualquier población civil. Mientras, en el caso del Tribunal Internacional para Ruanda, su estatuto no limitó su jurisdicción a que los hechos se hubieran cometido en el contexto de un conflicto armado¹⁰, sino que, guiándose de la generalidad y sistematicidad del ataque, consideró con buen criterio que un acto cometido en ese contexto constituye crimen de lesa humanidad.

Al mismo tiempo, ambos tribunales ad hoc establecieron en sus respectivos reglamentos de procedimiento y prueba las reglas de prueba en casos de violación sexual. Así, en el artículo 96 de los cuerpos legales citados se señaló:

Regla 96: Reglas de prueba en casos de violación sexual

En los casos de violación sexual:

i) No obstante la Regla 90 (C)¹¹, no se requerirá ninguna corroboración del testimonio de la víctima;

¹⁰ MANTILLA FALCÓN, Julissa y otros, op. cit, p. 71.

¹¹ Regla 90: Testimonio de testigos

c) Un niño que en opinión de la corte no comprende la naturaleza de una declaración solemne puede testificar sin esa formalidad, si la corte considera que es suficientemente maduro para relatar los hechos de los que tiene conocimiento y además, si el niño entiende el deber de decir la verdad. Sin embargo, un juicio no puede estar basado únicamente en la declaración de este testigo. (traducción nuestra)

- ii) No se admitirá el consentimiento de la víctima como defensa del acusado, si ésta:
 - (a) Ha sido amenazada con o ha tenido la razón de temer la violencia, la coacción, la detención o la opresión psicológica;
 - (b) Ha considerado razonablemente que de no rendirse, un tercero podría sufrir algún tipo de represalia grave.
- iii) Antes de que se dé por acreditado el consentimiento de la víctima, el acusado deberá sustentar ante el Tribunal que las pruebas que corroboran el consentimiento son relevantes y creíbles;
- iv) La conducta previa sexual de la víctima no será admitida como prueba de la defensa.

De esta manera, entendiendo que el elemento esencial de los delitos sexuales está constituido por el consentimiento (en estricto, su ausencia), se elaboraron supuestos bajo los cuales este no puede ser alegado como defensa del agresor, toda vez que la existencia del mismo resulta a todas luces inverosímil. Así, si la víctima ha sido sometida a actos sexuales bajo amenazas que le permitan temer algún mal grave sobre ella o un tercero, esta no habrá consentido.

En esa línea, teniendo en consideración que la ausencia de consentimiento bajo amenaza no implica que la víctima resista el ataque de su agresor, los reglamentos de procedimiento y prueba de los tribunales internacionales consideran que la declaración y consecuente sindicación de la víctima, así como las condiciones de amenaza física y psicológica a la que estuvo expuesta permitirán desestimar la configuración del consentimiento de esta.

De ese modo, tomando en consideración que muchas de las violaciones sexuales fueron cometidas (y se cometen) bajo grave amenaza, los tribunales internacionales plasmaron en su marco normativo esta cuestión y establecieron estándares de prueba acordes con la realidad de la comisión de los delitos sexuales. Por ello –como veremos a continuación– la jurisprudencia de ambos tribunales ha señalado con amplitud lo que debe entenderse por “grave amenaza” como elemento configurador del delito de violación sexual.

2.2.2. Jurisprudencia de los tribunales penales internacionales ad hoc

Los tribunales penales internacionales para la antigua Yugoslavia y Ruanda resolvieron diversos casos de violación sexual cometidos de manera masiva o sistemática contra mujeres. En ese marco, ambos tribunales tuvieron la oportunidad de definir e interpretar los elementos configuradores del delito

de violación sexual, haciendo especial énfasis en la “grave amenaza” como supuesto recurrente de la comisión del delito.

Al respecto, la sentencia del caso Akayesu, dictada por el Tribunal Penal Internacional para Ruanda, marca un punto de análisis significativo al definir la violación como “una invasión física de naturaleza sexual cometida contra una persona en circunstancias de coacción”. Esta definición trasciende la visión doméstica del delito, normalmente centrada en una descripción mecánica del acceso carnal entendido como el intento o la consumación de la penetración en las cavidades corpóreas de la víctima mediante la violencia. La definición adoptada por el Tribunal Penal Internacional para Ruanda la entiende como una forma de agresión cuyo elemento central no es la violencia en la realización del acto sexual, sino “la coacción como ausencia de consentimiento de la víctima”¹².

En ese marco, la referida sentencia señala que para la configuración del delito de violación sexual:

No se requiere la fuerza física para el sometimiento de la víctima sino la situación y las circunstancias del ambiente que puedan determinar un evento de intimidación, extorsión u otras formas de coacción que hagan a la víctima presa del temor o la desesperación son suficientes para configurar la ausencia de consentimiento y pueden resultar inherentes al conflicto armado o la presencia militar.¹³

En esa línea, la Sala de Apelaciones del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia en el caso Kvočka rechazó la “situación de resistencia continua” como elemento constitutivo del delito de violación como crimen de lesa humanidad¹⁴. A este respecto, la jurisprudencia manifestó que:

Existen factores diversos a la fuerza, los cuales se traducirían en un acto de penetración sexual no consentida, ni aceptada voluntariamente por parte de la víctima. Un concepto restringido de la noción de fuerza o amenaza del uso de la fuerza permitiría a los perpetradores evadir responsabilidad por su actividad sexual sobre la cual la otra parte no ha consentido debido a las

¹² CONSEJO NORUEGO PARA REFUGIADOS, *op. cit.*, p. 10.

¹³ *Ibidem*, p. 13.

¹⁴ *Ibidem*, p. 11.

¹⁵ *Ibidem*, p. 11.

ventajas que otorgan las circunstancias coercitivas sin las cuales no habría lugar a contar con la fuerza física.¹⁵

Justamente por ello, como explica Mantilla Falcón:

[...] frente al argumento de la defensa del acusado que sostuvo que la resistencia de la víctima debía haber sido real durante todo el acto sexual porque de otra forma se podría concluir que ella había consentido, la sentencia enfatizó que la violación de la autonomía sexual debía ser sancionada y que hechos de fuerza, amenaza o coerción anulaban cualquier indicio de consentimiento.¹⁶

Por estas razones, el Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia en el caso Foca no aceptó el argumento de los acusados, quienes sostenían que el sufrimiento debía ser visible. Así, a consideración del tribunal algunos actos, como la violación sexual, establecen por sí mismos el sufrimiento de las víctimas.¹⁷

De esta manera, queda claro que los tribunales penales internacionales comprendieron la dificultad de procesar y sancionar actos de violación sexual debido a las especiales características en que esta se suele perpetrar. En esa medida, reconociendo que la violación sexual suele ocurrir bajo grave amenaza, la jurisprudencia ha considerado que esta debe comprender la presencia de entornos coercitivos, es decir, contextos fácticos en los que resulta evidente que la víctima no otorgó su consentimiento debido a la opresión psicológica que recae sobre ella y que es aprovechada por el agresor.

2.3. La Corte Penal Internacional y la regulación de la violencia sexual

El 17 de julio de 1998, la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una corte penal internacional aprobó el estatuto de este organismo jurisdiccional internacional, en que tipifica la violencia sexual como crimen de lesa humanidad. A saber:

Artículo 7.- Crímenes de lesa humanidad

1.A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por “crimen de lesa humanidad” cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte

¹⁶ MANTILLA FALCÓN, Julissa y otros, op. cit, p. 72.

¹⁷ *Ibidem*.

de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque:

g) Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada u otros abusos sexuales de gravedad comparable.

Así, reconociendo con mayor extensión los supuestos de violencia sexual, el Estatuto de la Corte Penal Internacional incluye como crimen de lesa humanidad –además de la violación sexual– la esclavitud sexual, la prostitución forzada, el embarazo forzado, las esterilizaciones forzadas, y establece una cláusula abierta que comprende los abusos sexuales de gravedad comparable.

En esa medida –como explica Mantilla Falcón– el Estatuto de la Corte Penal Internacional amplió el concepto de crímenes contra la humanidad especialmente en lo que se refiere a las formas de violencia sexual, incluidas figuras adicionales a la violación sexual, dado que, antes de la expedición de este tratado, las demás formas de violencia sexual solo eran investigadas cuando encajaban como tortura, persecución y otros actos inhumanos.¹⁸

Además de esta ampliación, el Reglamento de Procedimiento y Prueba de la Corte Penal Internacional establece en su regla 70 los principios de la prueba en casos de violencia sexual. Así, se establece que:

Regla 70: Principios de la prueba en casos de violencia sexual

En casos de violencia sexual, la Corte se guiará por los siguientes principios y, cuando proceda, los aplicará:

- El consentimiento no podrá inferirse de ninguna palabra o conducta de la víctima y cuando la fuerza, la amenaza de la fuerza, la coacción o el aprovechamiento de un entorno coercitivo hayan disminuido su capacidad para dar un consentimiento voluntario y libre;
- El consentimiento no podrá inferirse de ninguna palabra o conducta de la víctima cuando ésta sea incapaz de dar un consentimiento libre;
- El consentimiento no podrá inferirse del silencio o de la falta de resistencia de la víctima a la supuesta violencia sexual;
- La credibilidad, la honorabilidad o la disponibilidad sexual de la víctima o de un testigo no podrán inferirse de la naturaleza sexual del comportamiento anterior o posterior de la víctima o de un testigo.

¹⁸ MANTILLA FALCÓN, Julissa y otros, op. cit, p. 74.

De esta manera, tal como sucedió en el caso de los tribunales penales internacionales para la antigua Yugoslavia y Ruanda, se enfatiza en la ausencia de consentimiento como elemento central de las prácticas sexuales sancionadas por el estatuto. En ese sentido, el Reglamento de Procedimiento y Prueba avanza en cuanto a los supuestos de ausencia de consentimiento, toda vez que, recogiendo lo trabajado por la jurisprudencia de los tribunales ad hoc, reafirma que los entornos coercitivos constituyen situaciones bajo las cuales la víctima no puede consentir, siendo que su falta de resistencia no implica en ningún caso consentimiento.

Además de lo anterior, el Estatuto de la Corte Penal Internacional reconoce como crimen de lesa humanidad la persecución en razón del género. Efectivamente el artículo 7 literal h) condena:

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 [...].

Al respecto, el referido párrafo 3 señala que:

A los efectos del presente Estatuto se entenderá que el término “género” se refiere a los dos sexos, masculino y femenino, en el contexto de la sociedad. El término “género” no tendrá más acepción que la que antecede.

Sobre el particular, explica Mantilla Falcón que, si bien la referencia sobre los dos sexos refleja la postura del Vaticano y de los islámicos –que querían excluir el término género en la tipificación de este crimen de lesa humanidad–, las palabras “en el contexto de la sociedad” fueron intencionalmente explicitadas para incorporar la concepción sociológica de la construcción de los géneros.¹⁹

En ese marco, el Estatuto de la Corte Penal Internacional como su Reglamento de Procedimiento y Prueba reconocen el problema que recae sobre el sexo femenino y recoge de manera amplia diversos supuestos de violencia sexual. Asimismo consagra como causal del crimen de persecución al género (evidentemente dirigido hacia el femenino), teniendo un mayor ámbito de protección las mujeres frente a agresiones sexuales como de otra índole.

¹⁹ MANTILLA FALCÓN, Julissa y otros, op. cit, p. 73.

3. Aplicación de estándares internacionales en el ordenamiento interno: el delito común de violación sexual como crimen de lesa humanidad y la interpretación y prueba del tipo penal

Luego de haber revisado la evolución normativa y jurisprudencial de la violación sexual como crimen de lesa humanidad, conviene analizar en este punto cómo pueden utilizarse los avances normativos y jurisprudenciales obtenidos en sede internacional para afrontar los graves atentados contra la libertad sexual cometidos en el Perú entre 1980 y 2000.

En ese contexto, y como paso preliminar, debe analizarse el tema de la prescripción de la acción penal, toda vez que en el Perú, los casos de violación sexual que se vienen judicializando han sido cometidos hace más de veinte años, con lo cual, aplicando las reglas del delito común, su persecución habría terminado, dados los plazos de prescripción vigentes. En esa medida, debe revisarse cuando un delito común asume las prerrogativas de un crimen de lesa humanidad, como la imprescriptibilidad y su consecuente persecución *ad infinitum*.

Por ello el acápite que sigue comenzará trabajando las características que debe asumir el delito común de violación sexual para ser considerado también como crimen de lesa humanidad. Luego de ello desarrollaremos la compatibilidad en la aplicación de estándares de interpretación y prueba obtenidos en sede internacional para el fuero interno.

3.1. El delito común de violación sexual como crimen de lesa humanidad: la consecuente imprescriptibilidad, prohibición de amnistía y eximentes de responsabilidad penal

3.1.1. El delito común de violación sexual como crimen de lesa humanidad

Los crímenes de lesa humanidad son –como señaló el Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia– “serios actos de violencia que dañan a los seres humanos al golpear lo más esencial para ellos: su vida, su libertad, su bienestar físico, su salud y/o su dignidad. Son actos inhumanos que por su extensión y gravedad van más allá de los límites de lo tolerable para la comunidad internacional, la que debe necesariamente exigir su castigo”²⁰.

²⁰ Decisión de 29 de noviembre de 1996. Caso Procureur c. Endemovic. Causa TI-96-22-T. Citado por: ANDREU-GUZMÁN, Federico. *Graves violaciones de derechos humanos y crímenes internacionales: Algunas reflexiones sobre impunidad, imprescriptibilidad, retroactividad y cosa juzgada*. Ponencia, 19 de noviembre de 2005. Perú.

En ese sentido, el artículo 7 del Estatuto de Roma tipifica como crímenes de lesa humanidad una serie de actos (entre ellos la violación sexual) cuando “se cometen como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque”.

En ese contexto, la “generalidad” o “sistematicidad” resultan ser los elementos que le otorgan al ataque dirigido contra la población civil la gravedad requerida para que constituya un crimen de lesa humanidad. Efectivamente la sentencia del Tribunal Constitucional del Perú recaída en el Expediente N° 0024-2010-AI/TC enfatizó que:

[...] para que un acto constituya un crimen de lesa humanidad, debe ser ejecutado en el contexto de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque. Es éste el factor determinante que hace que la conducta delictiva, que prima facie aún podría revestir la apariencia de un delito común, pase a constituir un crimen de lesa humanidad.²¹

El Tribunal Constitucional reconoce que un acto constituye un crimen de lesa humanidad: a) cuando por su naturaleza y carácter denota una grave afectación de la dignidad humana, violando la vida o produciendo un grave daño en el derecho a la integridad física o mental de la víctima, en su derecho a la libertad personal o en su derecho a la igualdad; b) cuando se realiza como parte de un ataque generalizado o sistemático; c) cuando responde a una política (no necesariamente formalmente declarada) promovida o consentida por el Estado o [una organización]²²; y d) cuando se dirige contra población civil²³. Sin embargo, es la “generalidad” o “sistematicidad” del ataque realizado en el marco de esta política estatal o institucional para promoverlo o consentirlo, el elemento que define su configuración como crimen de lesa humanidad.

Al respecto, el Tribunal Constitucional desarrolla en la sentencia aludida ambos elementos de la siguiente manera:

²¹ Sentencia del Tribunal Constitucional Expediente N° 0024-2010-AI/TC publicada el 21 de marzo de 2011. Fundamento 48.

²² Agregado en concordancia con los Elementos de los Crímenes del Estatuto de la Corte Penal Internacional referidos al crimen de lesa humanidad.

²³ Sentencia del Tribunal Constitucional Expediente N° 0024-2010-AI/TC publicada el 21 de marzo de 2011. Fundamento 49.

Por ataque generalizado debe interpretarse un ataque masivo o a gran escala que desencadene un número significativo de víctimas. En palabras del Tribunal Penal Internacional para Ruanda, el ataque generalizado alude a un ataque “masivo [o en] acción a gran escala, [...] con considerable seriedad y dirigido contra múltiples víctimas” (Cfr. *The Prosecutor vs. Jean-Paul Akayesu*, Caso N° ICTR-96-4-T, Sentencia del 2 de setiembre de 1998, párrafo 585).

Por su parte, el ataque será sistemático cuando forme parte de un programa de ejecución metódica y previamente planificado. Según el Tribunal Penal Internacional para Ruanda, un ataque sistemático implica un ataque que sigue “un patrón regular basado en una regla de acción común que involucra una fuente substancial pública o privada. No hay requerimiento de que esta regla de acción sea adoptada formalmente como una política del Estado. Sin embargo, debe haber algún tipo de regla de acción o plan preconcebido” (Cfr. *The Prosecutor vs. Jean-Paul Akayesu*, ob. cit., párrafo 585).

En todo caso, tal como dispone el artículo 7º, inciso 2, literal a), del Estatuto de la Corte Penal Internacional, el ataque generalizado o sistemático debe haberse realizado ‘de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer esos actos o para promover esa política’, mas no es exigible que dicha política sea expresa ni declarada de forma clara y precisa, ni es necesario que se decida en el más alto nivel. La existencia del elemento político debe ser apreciada en función de las circunstancias concurrentes.²⁴

En esa medida, la consideración de un delito común como crimen de lesa humanidad implica que el hecho o hechos que configuran el tipo penal interno y que vulneran la vida, la integridad personal, la libertad o la igualdad de determinada población civil sea cometido forzosamente en el contexto de un ataque sistemático o generalizado que responda a una política estatal o institucional para promover o consentir esos actos. Es decir, se requiere que el ataque sea masivo o a gran escala y que desencadene un número significativo de víctimas, o que el ataque forme parte de un programa de ejecución metódica y planificado con anterioridad.

Ciertamente, si se analiza la comisión de delitos comunes, como el homicidio, las lesiones, la violación sexual, el secuestro, entre otros, estos constituyen tipos penales que vulneran los bienes jurídicos vida, integridad y libertad. También están dirigidos contra población civil. Sin embargo, la sistematicidad o generalidad del ataque permite que esos delitos comunes

²⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional Expediente N° 0024-2010-AI/TC publicada el 21 de marzo de 2011. Fundamento 48.

sean considerados crímenes de lesa humanidad y, por tanto, hace aplicables las consecuencias jurídicas vinculadas a esta clasificación.

3.1.2. La imprescriptibilidad, prohibición de amnistía y eximentes de responsabilidad penal para delitos comunes que constituyen crímenes de lesa humanidad

De acuerdo con el derecho internacional consuetudinario y, posteriormente, con la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 26 de noviembre de 1968, los crímenes de lesa humanidad son imprescriptibles sin importar el momento en que se cometieron.

En esa medida, si un delito común constituye a su vez un crimen de lesa humanidad también será considerado imprescriptible por la gravedad que reviste y que trasciende al individuo como víctima. Al respecto conviene mencionar que en el Perú se han realizado fuertes cuestionamientos a esta afirmación, los cuales han sido fundamentados básicamente en que el Perú ratificó la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad mediante Resolución Legislativa N° 27998, cuyo artículo único prescribió que:

1.1 De conformidad con el Artículo 103° de su Constitución Política, el Estado peruano se adhiere a la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 26 de noviembre de 1968, para los crímenes que consagra la convención, cometidos con posterioridad a su entrada en vigor para el Perú.

En ese sentido, a partir de la cláusula descrita, algunos han señalado que solo son imprescriptibles los crímenes de lesa humanidad cometidos luego de la entrada en vigor en el Perú de la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, por lo que no se aplica esa regla para los crímenes de lesa humanidad cometidos antes de 2003.

Afortunadamente, mediante la STC Expediente N° 0024-2010-AI/TC, el Tribunal Constitucional peruano ha resuelto este problema afirmando que:

60. [...] el derecho fundamental a la verdad, no sólo conlleva el deber de las autoridades de investigar los hechos que constituyen crímenes de lesa humanidad, sino además, el deber de individualizar a los responsables de su

comisión, de sancionarlos, y de resarcir, en todo lo posible, a las víctimas y/o sus familiares. Por ello, los crímenes de lesa humanidad, “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” (Cfr. STC 2488-2002-PHC, F. J. 5). “Las personas, directa o indirectamente afectadas por un crimen de esa magnitud, tienen derecho a saber siempre, aunque haya transcurrido mucho tiempo desde la fecha en la cual se cometió el ilícito, quién fue su autor, en qué fecha y lugar se perpetró, cómo se produjo, por qué se le ejecutó, dónde se hallan sus restos, entre otras cosas” (F. J. 9).

61. De ahí que sea parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental a la verdad, el que los crímenes de lesa humanidad resulten imprescriptibles. En dicha línea, este Colegiado tiene expuesto que “corresponde al Estado el enjuiciamiento de los responsables de crímenes de lesa humanidad y, si es necesario, la adopción de normas restrictivas para evitar, por ejemplo, la prescripción de los delitos que violenten gravemente los derechos humanos. La aplicación de estas normas permite la eficacia del sistema jurídico y se justifica por los intereses prevalentes de la lucha contra la impunidad. El objetivo, evidentemente, es impedir que ciertos mecanismos del ordenamiento penal se apliquen con el fin repulsivo de lograr la impunidad. Ésta debe ser siempre prevenida y evitada, puesto que anima a los criminales a la reiteración de sus conductas, sirve de caldo de cultivo a la venganza y corroe dos valores fundantes de la sociedad democrática: la verdad y la justicia” (Cfr. STC 2488-2002-PHC, F. J. 23).

A mayor abundamiento, la sentencia aludida concluye señalando que:

[...] aunque el Tribunal Constitucional no pueda expulsar del orden jurídico el punto 1.1 del Artículo Único de la Resolución Legislativa N.º 27998 —conexo al mandato previsto en la Primera Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo N.º 1097—, pues se encuentra fuera del plazo previsto en el artículo 100º del Código Procesal Constitucional, habiéndose advertido su inconstitucionalidad, y siendo este Colegiado el supremo intérprete de la Constitución, en virtud de los artículos VI del Título Preliminar y 82º del Código Procesal Constitucional, a partir del día siguiente de la publicación de esta sentencia, todo poder público se encuentra impedido de aplicar el referido precepto jurídico.²⁵

²⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional Expediente N° 0024-2010-AI/TC publicada el 21 de marzo del 2011. Fundamento 78.

De esta manera, el máximo intérprete de la Constitución ha confirmado que los crímenes de lesa humanidad cometidos en el Perú son imprescriptibles sin importar la fecha de su comisión. Efectivamente, si se consideran que son perseguibles *ad infinitum* aquellos crímenes cometidos a partir del 9 de noviembre de 2003, se vulnera el derecho a la verdad y la tutela jurisdiccional efectiva, así como el deber del Estado de garantizar la plena vigencia de los derechos humanos.

Ahora bien, además de la prerrogativa de la imprescriptibilidad, los crímenes de lesa humanidad y, consiguientemente, los delitos comunes que están comprendidos en ellos, no son pasibles de amnistía o eximentes de responsabilidad penal. Así, como ha señalado la Corte Interamericana de Derechos Humanos a propósito del caso Barrios Altos vs. Perú:

Esta corte considera que son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves a los derechos humanos, tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el derecho internacional de los derechos humanos.²⁶

Ciertamente, ante estos graves atentados, el Estado debe perseguir los crímenes cometidos, ya que:

[...] en cumplimiento de su obligación de investigar y en su caso sancionar a los responsables de los hechos, el Estado debe remover todos los obstáculos, de facto y de jure, que mantengan la impunidad, y utilizar todos los medios disponibles para hacer expedita la investigación y los procedimientos respectivos y así evitar la repetición de hechos tan graves [...]²⁷.

3.2. La normativa y jurisprudencia penal internacional como criterio de interpretación en el ordenamiento penal interno

- a) *La interpretación de la “grave amenaza” como elemento típico del delito de violación sexual: Análisis a partir de la prohibición de analogía como garantía del principio de legalidad penal*

²⁶ Caso Barrios Altos vs. Perú. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Fundamento N° 41.

²⁷ Caso La Cantuta vs. Perú. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Fundamentos N° 225 y 226.

a.1) *La prohibición de analogía en derecho penal*

Los elementos integrantes del contenido esencial del principio de legalidad penal se encuentran reunidos en la conocida expresión *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege scripta, stricta et certa*. En dicha expresión se condensa la exigencia de reserva absoluta de ley en sentido formal, la prohibición de retroactividad de las normas penales desfavorables, la exigencia de tipicidad y consiguiente prohibición de la analogía y de la aplicación extensiva *in malam partem*, así como el mandato de taxatividad en la descripción de los tipos penales.²⁸

Respecto a la prohibición de analogía se ha señalado que, en tanto esta implica “[...] *no ya la ampliación del significado literal posible de los términos de la ley hasta hacerlos coincidir con la ratio legis, sino una pura y llana extensión de la norma penal a hechos que no contempla, por mucho que sean similares a los en ella descritos como prohibidos*”²⁹, se estaría extendiendo indebidamente los supuestos de restricción de la libertad personal en la calificación de un hecho como delito. En efecto, siendo el derecho penal la rama que restringe con mayor gravedad la libertad de las personas, su uso y aplicación debe ser restrictivo.

Justamente por ello, el artículo 139 inciso 9) de nuestra Constitución proscribire la analogía de la ley penal y de las normas que restrinjan derechos. Asimismo, el artículo III del Título Preliminar del Código Penal asevera que “No es permitida la analogía para calificar el hecho como delito o falta, definir un estado de peligrosidad o determinar la pena o medida de seguridad que les corresponde”.

En ese contexto, resulta evidente que la garantía de prohibición de analogía en derecho penal constituye un límite a la actividad interpretativa, en tanto evita que en la atribución de sentido a los términos del tipo delictivo se comprendan situaciones no plasmadas en estos. En ese contexto, conviene analizar a continuación los límites que establece la prohibición de analogía en materia penal.

a.2) *El “sentido literal posible” y el “método teleológico” como límites a la interpretación penal*

La doctrina ha establecido como límite de la interpretación al “sentido literal posible” de los términos, es decir, a la asignación de sentido sobre la base de reglas lingüísticas. Así, señala Huerta Tocildo que:

²⁸ HUERTA TOCILDO, Susana. *Principio de legalidad y normas sancionadoras*. En: Principio de legalidad. Actas de las V Jornadas de Letrados del Tribunal Constitucional. 2000. España, p. 16.

²⁹ *Ibidem*, p. 46.

[...] los órganos judiciales han de seguir de manera prioritaria en materia de interpretación de las normas penales el denominado ‘método lingüístico’ o ‘gramatical’; método consistente, como su propio nombre lo dice, en averiguar el significado de los vocablos o frases con que se expresan las prohibiciones y los mandatos de actuación que en ella se contienen. La importancia de este sistema de indagación del sentido literal posible de la proposición normativa radica en su función de valladar o límite máximo de toda interpretación constitucionalmente legítima, ya que en ningún caso podrá otorgarse tal calificativo a la que exceda del mismo.³⁰

En efecto, la referencia al tenor literal (es decir, a la asignación de sentido sobre la base de reglas lingüísticas) como límite a las demás operaciones interpretativas es especialmente clara en el derecho penal, lo que se asocia a consideraciones de seguridad jurídica y legitimidad democrática. Precisamente por esta razón, la insistencia en esa vinculación ha sido tradicionalmente mucho mayor cuando las operaciones interpretativas tienden a redundar en una maximización del alcance normativo de enunciados jurídico-penales limitadores de la libertad que cuando tales operaciones conducen a maximizar el alcance normativo de enunciados jurídico-penales que amplían dicha libertad³¹.

Sin embargo, el método lingüístico posee serias limitaciones, ya que “[...] los tipos penales no siempre aparecen redactados en forma clara y unívoca, sino que, con demasiada frecuencia se acude para su formulación a conceptos oscuros o indeterminados, a elementos normativos de difícil aprehensión, a términos sólo aparentemente anclados en el lenguaje vulgar o a voces procedentes de un lenguaje técnico-científico de imposible comprensión para los no “iniciados”, por no hablar de la existencia cierta de deficiencias sintácticas o de puntuación en los textos legales que, en no pocas ocasiones, entorpecen la captación de su verdadero sentido. Se hace, por ello, necesario recurrir en tales supuestos a otros criterios o métodos de interpretación, entre los que destaca el llamado “teleológico” pues, cuando no se sabe exactamente qué es lo que la ley dice, ayuda mucho saber qué es lo que ha querido decir”³².

³⁰ *Ibidem*, p. 45.

³¹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Sobre la interpretación teleológica en derecho penal*. En: Estudios de filosofía del derecho penal. Editorial Universidad Externado de Colombia, 2006, p. 368.

³² HUERTA TOCILDO, Susana, op. cit, pp. 45-46.

Efectivamente, como expone Silva Sánchez:

Sobre lo que existe un acuerdo bastante generalizado es acerca de que la asignación de sentido de los enunciados jurídico-penales no debe pretenderse alcanzar sólo de la mano de puras consideraciones gramaticales. De hecho, incluso, desde las perspectivas más reticentes a la consideración del proceso de interpretación como un proceso de adscripción de sentido, se admite la relevancia en aquel del contexto del enunciado jurídico de que se trate, así como de la intención del emisor.³³

En esa medida, la interpretación teleológica constituye una reconstrucción racional de los enunciados jurídico-penales legales teniendo como base el sistema penal en el que se inserta y del cual se deriva su fin. Ciertamente la interpretación teleológica posee una legitimación fundamentalmente sistemática, entendiendo por sistema al conjunto estructurado de enunciados doctrinales acerca del derecho penal.³⁴ Y es que, como ha explicado el profesor Silva Sánchez:

El fin rector de la reconstrucción teleológica no puede obtenerse en la mayoría de los casos sin contemplar de modo global las instituciones en las que aquellos se enmarcan, y sus respectivos fines. A su vez, los fines de estas instituciones difícilmente pueden determinarse sin recurrir a los fines generales del Derecho Penal, del sistema jurídico en que éste se enmarca y del propio sistema social a cuya estabilización sirven los anteriores.³⁵

De esta manera, queda claro que la interpretación de un tipo penal requiere de una legitimación racional obtenida a través del método teleológico, que debe determinar el fin del delito en el marco del sistema penal, así como de una legitimación vinculada a la legalidad obtenida mediante el sentido literal posible de los términos comprendidos en el tipo penal.

En ese contexto conviene señalar que el uso del método teleológico junto con los límites que establece el “sentido literal posible” de los términos, entendido como el significado usual social de estos, requiere que se comprenda que:

³³ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, op. cit, pp. 368-369.

³⁴ *Ibidem*, p. 395.

³⁵ *Ibidem*, p. 386.

[...] la asignación de sentido efectuada por el juez o el jurista teórico no tiene que insertarse de modo rígido en el marco del tenor literal del enunciado, entendido como el ‘uso social de sus términos’. De lo que se trata es que el sentido asignado pueda seguir siendo calificado como ‘sentido’ del enunciado legal, para lo que bastaría con una relación de ‘imputación objetiva’ de la resolución judicial (o la propuesta interpretativa) con respecto al texto legal. Dada esta, creo que resultan salvaguardadas las exigencias de legitimación democrática mediata de dicha resolución judicial (o propuesta interpretativa). Lo determinante es, pues, que, a la vista del texto y de su contexto (al que pertenece de modo muy significativo el sistema dogmático), la resolución judicial aparezca como una consecuencia, empíricamente previsible, metodológicamente defendible y axiológicamente razonable, del enunciado emitido por el legislador.³⁶

Así, el respeto al tenor literal posible de los términos no puede implicar que la asignación de sentido se restrinja de manera rígida al concepto social usual de estos. Por el contrario, el significado debe establecerse según lo previsiblemente comprendido dentro del alcance de los elementos descriptivos o normativos del tipo delictivo.

En ese contexto se atribuye una singular trascendencia a los “usos judiciales” y los “usos dogmáticos” de los términos, los cuales no pueden conducir a que las operaciones interpretativas deriven en atribuir un enunciado jurídico de “cualquier sentido”³⁷, sino que el significado debe ser objetivamente deducible del tipo penal de acuerdo con su literalidad como al fin que este persigue.

En esa línea, el Tribunal Constitucional peruano determinó que se configura la afectación del principio de legalidad, en su faceta de prohibición de analogía *in malam partem*, cuando:

[...] al aplicar un tipo penal o imponer una sanción, el juez penal se aparta del tenor literal del precepto o cuando la aplicación de un determinado precepto obedezca a pautas interpretativas manifiestamente extravagantes o irrazonables, incompatibles con el ordenamiento constitucional y su sistema material de valores.³⁸

³⁶ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, op. cit, p. 393.

³⁷ *Ibidem*, p. 370.

³⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional Expediente N° 2758-2004-HC/TC. Publicada el 30 de febrero de 2005. Fundamento N° 8.

De esta forma, el Tribunal Constitucional estableció que la interpretación de los tipos penales no podrá extenderse a situaciones extravagantes que resulten previsiblemente no comprendidas en el tenor de los términos de la norma penal, motivo por el cual la interpretación normativa deberá analizar el fin que persigue el enunciado legal en el sistema penal para determinar el sentido atribuible a sus términos.

a.3) La interpretación de la “grave amenaza” como elemento típico del delito de violación sexual

Conviene determinar si el elemento “grave amenaza”, propio del delito de violación sexual –contenido en el Código Penal peruano de 1924³⁹ como en el de 1991⁴⁰–, puede ser interpretado de acuerdo con los criterios establecidos por la jurisprudencia penal internacional. En esa línea, debe analizarse si esa interpretación respeta el principio de legalidad penal en su faceta de prohibición de analogía.

Tal como hemos señalado en la primera parte de este trabajo, las violaciones sexuales masivas o sistemáticas se cometen, en su gran mayoría, en el contexto de entornos coercitivos, contexto en el que no puede considerarse como válido el consentimiento de la víctima. Por ello, a propósito del caso Akayesu, la jurisprudencia penal internacional ha establecido que:

No se requiere la fuerza física para el sometimiento de la víctima sino la situación y las circunstancias del ambiente que puedan determinar un evento de intimidación, extorsión u otras formas de coacción que hagan a la víctima presa del temor o la desesperación son suficientes para configurar la ausencia de consentimiento y pueden resultar inherentes al conflicto armado o la presencia militar.⁴¹

Ciertamente se ha afirmado que “un concepto restringido de la noción de fuerza o amenaza del uso de la fuerza permitiría a los perpetradores evadir responsabilidad por su actividad sexual sobre la cual la otra parte no ha

³⁹ Artículo 196.- Será reprimido con penitenciaría o prisión no menor de dos años el que por violencia o grave amenaza obligara a una mujer sufrir el acto sexual fuera de matrimonio.

⁴⁰ Artículo 170.- El que con violencia o grave amenaza obliga a una persona a tener acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de ocho años.

⁴¹ CONSEJO NORUEGO PARA REFUGIADOS, op. cit, p. 13.

consentido debido a las ventajas que otorgan las circunstancias coercitivas sin las cuales no habría lugar a contar con la fuerza física”.⁴²

En ese sentido debe analizarse si estas circunstancias coercitivas están comprendidas bajo el tenor de la grave amenaza como elemento del tipo penal de violación sexual. Para ello conviene remarcar que según el análisis de la doctrina nacional sobre este elemento se ha establecido que:

[...] para la tipicidad del delito de violación sexual es suficiente una amenaza o vis compulsiva que someta la voluntad de la víctima, en cuyo caso ni siquiera es de exigirse algún grado de resistencia.⁴³

En efecto, “[...] debe entenderse la amenaza como anticipo de un mal irreparable en la persona o afectos de la víctima; esta amenaza debe ser persuasiva en el ánimo del sujeto pasivo, lo cual venza su resistencia y conlleve a la perpetración del delito de violación”⁴⁴.

En ese contexto resulta válido que el enunciado “grave amenaza” comprenda los entornos coercitivos, toda vez que, si bien el término no expresa de manera eficaz los supuestos que abarca, queda claro que se refiere a situaciones eficaces para doblegar la voluntad de la víctima. En efecto, siendo el objeto del delito de violación la protección de la libertad sexual de la agraviada respecto de relaciones no consentidas, puede entenderse que las situaciones en que la víctima no ofrezca su consentimiento debido a la opresión psicológica que sufre, resulte ser una grave amenaza que es aprovechada por el autor para perpetrar el acto delictivo.

Por tanto, el elemento “grave amenaza”, cuya finalidad implica demostrar la ausencia de consentimiento en la relación sexual como elemento esencial del tipo penal de violación, si contempla los entornos coercitivos, en tanto situaciones de severa presión psicológica sobre la víctima que permiten que el agresor vulnere la libertad sexual de esta.

b) Los criterios de prueba aplicables al delito de violación sexual

Otro tema importante en esta materia lo constituyen los criterios de prueba para el delito de violación sexual, en este caso específico como crimen de

⁴² *Ibidem*, p. 11.

⁴³ CARO CORIA, Carlos y SAN MARTÍN CASTRO, César. *Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*. Ed. Grijley. Lima. 2000, p. 97.

⁴⁴ SPROVIERO, Juan. *Delito de violación*. Astrea. Buenos Aires, 1996, pp. 148-149.

lesa humanidad. Al respecto, los tribunales penales internacionales ad hoc y la Corte Penal Internacional han establecido reglamentos de procedimiento y prueba con criterios para determinar la ausencia de consentimiento en la víctima y la consecuente relación sexual forzada sobre esta.

Dado que el elemento esencial de los delitos sexuales es la ausencia de consentimiento, el derecho penal internacional ha elaborado supuestos bajo los cuales el consentimiento no puede ser alegado como defensa del agresor. Así, si la víctima ha sido sometida a actos sexuales bajo la fuerza, la amenaza de la fuerza, la coacción o el aprovechamiento de un entorno coercitivo, no podrá considerarse que ella ha consentido esos actos.

En esa medida, la acreditación de una relación sexual forzada en el contexto de un ataque sistemático o generalizado a la población civil requiere –según las reglas establecidas en sede penal internacional–, del estudio de los indicios que rodean la existencia del hecho delictivo y que permitan inferir la ausencia de consentimiento de la víctima.

Así, a través de la prueba indiciaria se acreditará “no tanto la propia existencia del hecho delictivo, lo cual en muchos casos devendría imposible, lográndose de esa manera la impunidad, sino la existencia de otros hechos de los cuales, una vez probados, se infiere lógicamente la comisión y autoría del delito”⁴⁵.

Ciertamente la prueba indiciaria es una de contenido complejo constituida por tres elementos fundamentales: el indicio o hecho base de la presunción, el hecho presumido o conclusión y, por último, el nexo o relación causal que une el indicio o hecho base con su correspondiente conclusión. Por tanto, lo que se obtiene mediante la prueba indiciaria es un razonamiento fundado que, una vez probada la existencia de los indicios o hechos base, proporciona un convencimiento respecto del hecho consecuencia que se puede plasmar en la sentencia de modo que sea racionalmente comprendido y compartido por todas las personas⁴⁶.

En el Perú se ha aceptado la validez de la prueba indiciaria para acreditar la comisión de delitos, motivo por el cual los estándares internacionales reseñados se pueden aplicar a nuestro ámbito interno. En efecto, el Tribunal Constitucional peruano ha establecido que:

⁴⁵ Fuentes Soriano, Olga. Valoración de la prueba indiciaria y declaración de la víctima en los delitos sexuales. En: *Problemas actuales de la administración de justicia en los delitos sexuales*. Defensoría del Pueblo. 2000, p. 168.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 169.

Si bien los hechos objeto de prueba de un proceso penal no siempre son comprobados mediante los elementos probatorios directos, para lograr ese cometido debe acudir a otras circunstancias fácticas que, aun indirectamente sí van a servir para determinar la existencia o inexistencia de tales hechos. De ahí que sea válido referirse a la prueba penal directa de un lado, y a la prueba penal indirecta de otro lado, y en esta segunda modalidad que se haga referencia a los indicios y a las presunciones. En consecuencia, a través de la prueba indirecta, se prueba un “hecho inicial-indicio”, que no es el que se quiere probar en definitiva, sino que se trata de acreditar la existencia del “hecho final-delito” a partir de una relación de causalidad “inferencia lógica”.⁴⁷

Por ello es posible que en el análisis del delito de violación sexual como crimen de lesa humanidad se revisen las circunstancias en las que se cometió el hecho delictivo y a partir de estas se infiera lógicamente su comisión.

En esa medida, el operador de justicia deberá analizar el contexto en el que se produjo el ataque sexual y sus especiales características, a fin de acreditar la existencia de circunstancias que implican la ausencia de consentimiento de la víctima y el aprovechamiento de estas por parte de los agresores. Y es que, como ha señalado la doctrina:

La valoración de la prueba en los delitos sexuales adquiere unos matices y unas características propias que la hacen merecedora de un análisis ciertamente diferenciado de las líneas generales seguidas en esta materia. Los procedimientos judiciales no deben construirse como cauces abstractos a seguir para lograr la imposición de una sanción sino que, por el contrario, éstos deben diseñarse en función de los delitos concretos a que se refieren, observando por ello sus peculiaridades y características definitorias.⁴⁸

En ese contexto cobrará especial importancia la sindicación realizada por la víctima que, como ha tenido la oportunidad de señalar la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Rosendo Cantú vs. México:

[...] Dada la naturaleza de esta forma de violencia, no se puede esperar la existencia de pruebas gráficas o documentales y, por ello, la declaración de la víctima constituye una prueba fundamental sobre el hecho.⁴⁹

⁴⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional Expediente N° 00728-2008-PHC/TC. Fundamento N° 24.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 151.

⁴⁹ Caso Rosendo Cantú vs. México. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Fundamento N° 89.

Al respecto, la objetividad de la sindicación de la agraviada deberá respetar los lineamientos establecidos por la Corte Suprema de Justicia del Perú en el Acuerdo Plenario N° 2-2005/CJ-116. Según dicho acuerdo:

10. Tratándose de las declaraciones de un agraviado, aún cuando sea el único testigo de los hechos, al no regir el antiguo principio jurídico *testis unus testis nullus*, tiene entidad para ser considerada prueba válida de cargo y, por ende, virtualidad procesal para enervar la presunción de inocencia del imputado, siempre y cuando no se adviertan razones objetivas que invaliden sus afirmaciones. Las garantías de certeza serían las siguientes:

- a) Ausencia de incredibilidad subjetiva. Es decir, que no existan relaciones entre agraviado e imputado basadas en el odio, resentimientos, enemistad u otras que puedan incidir en la parcialidad de la deposición, que por ende le nieguen aptitud para generar certeza.
- b) Verosimilitud, que no sólo incide en la coherencia y solidez de la propia declaración, sino que debe estar rodeada de ciertas corroboraciones periféricas, de carácter objetivo que le doten de aptitud probatoria.
- c) Persistencia en la incriminación, con las matizaciones que se señalan en el literal c) del párrafo anterior.

Sobre el particular, el análisis de estos requerimientos se debe realizar tomando en consideración el tipo de delito que se investiga, toda vez que los delitos sexuales poseen especiales repercusiones en la víctima que deben ser valorados en su total dimensión. Así, por ejemplo, acerca del literal c) aludido en el punto anterior, el propio acuerdo plenario señala que:

[...] debe observarse la coherencia y solidez del relato del coimputado; y, de ser el caso, aunque sin el carácter de una regla que no admita matizaciones, la persistencia de sus afirmaciones en el curso del proceso. El cambio de versión del coimputado no necesariamente lo inhabilita para su apreciación judicial, y en la medida en que el conjunto de las declaraciones del mismo coimputado se hayan sometido a debate y análisis, el juzgador puede optar por la que considere adecuada.

No obstante lo anterior, algunos operadores de justicia peruanos han considerado que la manifestación de la víctima debe ser idéntica en sede policial, fiscal y judicial a pesar de la lejanía temporal en que estas hayan sido tomadas. Así, ante cualquier matiz sobre asuntos periféricos a la imputación principal, se asume un problema en la coherencia y consistencia de la

narración, lo que se determina que la incriminación resulte desacreditada. Sin embargo, como ha explicado la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Cantú vs. México:

De las diferentes declaraciones de la señora Rosendo Cantú, salvo algunas imprecisiones, se advierte consistencia en lo relatado en cuanto al hecho de la violación sexual. La Corte considera que no es inusual que el recuento de hechos de esta naturaleza contenga algunos aspectos que puedan ser considerados, a priori, inconsistencias en el relato [...]. No es la primera vez que un tribunal internacional de derechos humanos debe observar eventuales divergencias en los relatos de personas que se refieren a violaciones sexuales de las cuales habrían sido víctimas.⁵⁰

En efecto, tratándose de actos sumamente violentos que afectan de manera grave la integridad psicológica de la víctima, sobre todo en contextos de masividad y sistematicidad, así como debido al tiempo que transcurre entre la comisión de los hechos, la denuncia y el posterior juzgamiento, no se puede pretender que la víctima de un delito de violación sexual recuerde al detalle las circunstancias periféricas al hecho principal. Por ello el juzgador deberá analizar la persistencia en la sindicación, referida a la comisión del hecho delictivo y a la individualización del autor, luego de lo cual deberán analizarse las situaciones de contexto que permitan determinar la ausencia de consentimiento de la víctima.

4. Violencia sexual y de género en el Perú: dos casos emblemáticos

En esta parte final del texto se plantean dos casos emblemáticos ocurridos en el Perú que serán analizados a luz de los planteamientos expuestos en los puntos anteriores y que permiten demostrar la utilidad de los estándares internacionales en la interpretación y prueba de los tipos penales internos. En esa línea se presenta un breve⁵¹ análisis de los casos “Manta y Vilca” y

⁵⁰ Caso Rosendo Cantú vs. México. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Fundamentos N° 91 y 92.

⁵¹ Ciertamente no contamos con todos los instrumentos documentales para realizar un estudio pormenorizado.

“Esterilizaciones forzadas” y su tratamiento en base a criterios del derecho penal internacional que respetan las garantías del derecho penal interno.

4.1. Manta y Vilca: Violaciones sexuales masivas contra mujeres peruanas

a) Antecedentes

Como consecuencia del incremento de las acciones subversivas, se instalaron bases militares en los distritos de Manta y Vilca (región de Huancavelica) el 21 de marzo de 1984. Estos destacamentos debían brindar seguridad a los pobladores de las citadas localidades. Sin embargo, los miembros de las fuerzas del orden cometieron una serie de violaciones contra los derechos humanos de la población⁵², entre ellos y de manera masiva, violaciones sexuales.

En efecto, luego de investigar el caso, la Comisión de la Verdad y Reconciliación concluyó que la violencia sexual fue una práctica persistente y cotidiana en la zona de Manta y Vilca, siendo sindicados como responsables los integrantes del Ejército destacados en las bases militares del lugar. Las denuncias sobre violaciones sexuales cometidas por personal militar contra mujeres de los distritos de Manta y Vilca, así como en Moya y Acobambilla (área de influencia de ambas bases) indican que estos abusos se realizaron desde el momento en que las instalaciones militares se establecieron hasta que fueron retiradas.⁵³

En ese contexto, muchas mujeres víctimas de violación sexual dieron a luz, por lo que en el distrito de Manta se registraron por lo menos 32 casos de niños y niñas cuyos padres son efectivos militares que no reconocieron a sus hijos. Efectivamente el encargado del Registro Civil de la Municipalidad de Manta desde 1984, Ciro Araujo, indicó a la Comisión de la Verdad y Reconciliación que en los últimos veinte años había inscrito las partidas de nacimiento de esos niños, que son hijos de militares destacados en el distrito. En su intento de que sus hijos fueran reconocidos, algunas de las mujeres indicaban que a los niños les pusieron como apellidos “Militar”, “Moroco” o “Capitán”⁵⁴, pues desconocían los apellidos de sus agresores y colocaban su cargo o alias para identificarlos.

⁵² COMISIÓN DE LA VERDAD Y RECONCILIACIÓN, *Informe final*, tomo VIII. Lima, CVR, 2003, p. 85.

⁵³ Op. cit., p. 86.

⁵⁴ Op. cit., p. 87.

Lamentablemente –como sucedió en otras zonas del país– la impunidad que rodeó estos hechos fue general. La Comisión de la Verdad y Reconciliación comprobó que, en la mayoría de los casos, las víctimas no habían denunciado estos hechos por temor a represalias y debido a las amenazas de muerte que recibieron de los perpetradores. En los casos en que se atrevieron a contar los hechos, no recibieron apoyo de las autoridades civiles y militares.

Actualmente siete mujeres víctimas de violación sexual en las bases militares de Manta y Vilca han judicializado la grave agresión perpetrada en su contra. El 3 de abril de 2009, el Cuarto Juzgado Penal Supraprovincial de Lima abrió instrucción contra los militares denunciados por el delito de violación sexual.

En ese contexto han surgido una serie de dudas sobre la viabilidad del proceso instaurado. En estricto, referidas tanto a la oportunidad del procesamiento y sanción de los hechos delictivos como a la tipicidad de las conductas imputadas y la prueba de ella. Por ello presentamos a continuación los cuestionamientos generados y la posible respuesta a ellos de acuerdo con lo desarrollado en este texto.

b) La judicialización del caso

De acuerdo con el auto de apertura de instrucción referido en el punto anterior, seis de los siete casos denunciados fueron cometidos entre 1984 y 1988, es decir, bajo la vigencia del Código Penal de 1924. Así, según el artículo 196 del cuerpo normativo en mención:

Artículo 196.- Será reprimido con penitenciaría o prisión no menor de dos años, el que por violencia o grave amenaza obligara a una mujer sufrir el acto sexual fuera del matrimonio.

Asimismo, los artículos 12 y 14 del Código Penal de 1924 definen el máximo de las penas de penitenciaría y prisión de la siguiente manera:

Artículo 12.- La pena de penitenciaría se extenderá desde un año hasta veinte años [...].

Artículo 14.- La prisión se extenderá desde dos hasta veinte años [...].

Por tanto, considerando la pena máxima de veinte años que puede ser aplicada para el delito de violación sexual, el plazo de prescripción habría vencido en exceso para la investigación y sanción de los hechos ocurridos en

Manta y Vilca. En efecto –según las reglas de prescripción del Código Penal– la persecución del delito prescribe en el máximo de pena impuesta al mismo, por lo que, en la actualidad y bajo las reglas del delito común, estas graves agresiones quedarían impunes.

De otro lado, tratándose de hechos que están siendo judicializados con más de veinte años de retraso resulta problemática la acreditación de la “violencia” o “grave amenaza” con que se cometieron los hechos, por lo que debe analizarse la pertinencia de recurrir a una interpretación del tipo que comprenda los entornos coercitivos como supuestos de ausencia de consentimiento de la víctima. También deben considerarse las reglas de prueba de los delitos sexuales trabajados en sede internacional.

En este contexto, y tomando en cuenta lo postulado por este artículo, consideramos que, de acuerdo con lo establecido en el auto de apertura de instrucción del caso y lo señalado por el *Informe final de la Comisión de la Verdad y Reconciliación*, los hechos materia del proceso podrían ser abordados de la siguiente manera:

- *La imprescriptibilidad de la conducta imputada*

Como hemos explicado, un delito común de violación sexual puede constituir a su vez un crimen de lesa humanidad, siempre que el hecho delictivo se realice como parte de un ataque generalizado o sistemático, dirigido contra la población civil y responda a una política (no necesariamente declarada) promovida o consentida por el Estado o una organización. A este respecto se ha enfatizado en que los elementos “generalidad” o “sistematicidad” determinan que el hecho se convierta en crimen de lesa humanidad.

En el presente caso resulta evidente que las siete denuncias se insertan dentro de un ataque generalizado dirigido contra la población civil y que fue consentido por el Ejército Peruano, específicamente por el Comando Político Militar que tenía a cargo esta parte del país. Se trata de un ataque masivo o a gran escala, toda vez que, como ha expresado la Comisión de la Verdad y Reconciliación:

La violencia sexual fue una práctica persistente y cotidiana en la zona de Manta y Vilca, siendo los principales responsables los integrantes del Ejército destacados en las bases militares del lugar. En ese contexto, muchas mujeres víctimas de violación sexual dieron a luz, siendo que en el distrito de Manta se registraron por lo menos 32 casos de niños y niñas cuyos padres son efectivos militares que no los reconocieron.

Por ello el Cuarto Juzgado Penal Supraprovincial de Lima, analizando una serie de elementos adicionales, ha determinado que:

Trigésimo quinto.- Con respecto a la vigencia de la acción penal, debe tenerse en cuenta, conforme a la descripción del contexto social y político dentro del cual se habrían producido las violaciones sexuales que se dan cuenta, éstas constituirían delitos de lesa humanidad, conforme a la descripción que la comunidad internacional viene dando a este tipo de delitos.

En esa medida, habiendo determinado que estos actos constituyen crímenes de lesa humanidad, resultan al mismo tiempo imprescriptibles, por lo que su persecución continúa vigente.

- *La tipicidad de la conducta y la prueba del delito*

De otra parte, según la imputación hecha por el auto de apertura de instrucción, puede desprenderse que se atribuye a los presuntos autores de los hechos ocurridos en Manta y Vilca haber sostenido relaciones sexuales con sus víctimas mediante violencia y grave amenaza.

Al respecto, con el objeto de acreditar la tipicidad de la conducta como delito de violación sexual, se deberá comprobar la configuración de los elementos exigidos por el tipo penal que determinan la ausencia de consentimiento de la víctima.

En ese contexto, la acreditación de la violencia resultaría complicada debido al tiempo transcurrido y a la ausencia, en muchos casos, de testigos que la corroboren. Sin embargo, la grave amenaza sí puede ser establecida si considera el entorno coercitivo en el que vivían las víctimas durante el conflicto armado y que fue aprovechado por sus agresores.

En efecto, la Comisión de la Verdad y Reconciliación señala que:

Las mujeres de Manta y Vilca fueron víctimas de violencia sexual por diversas razones, entre ellas por su participación o vínculo —real o presunto— con el Partido Comunista del Perú-Sendero Luminoso, por la búsqueda de sus familiares desaparecidos, para obtener información, como castigo, etc. Las mujeres eran vistas como especialmente vulnerables no sólo debido a su condición socioeconómica y de quechua- hablantes, sino porque además muchas de ellas habían perdido a sus esposos debido al conflicto armado. En otros casos, los esposos eran detenidos por los efectivos militares y llevados a la base, con lo cual ellas quedaban a su merced.

Es decir, las mujeres de Manta y Vilca vivían en continua zozobra debido a la incursión militar en el lugar, lo que generó un espacio en el cual la opresión psicológica sufrida por estas (tanto por la posibilidad de un daño a sí mismas como a terceros) fue aprovechada por sus agresores.

De esta manera, analizadas las especiales circunstancias de la comisión de los hechos delictivos, así como, teniendo en consideración la manifestación de las víctimas y el material probatorio adicional con el que se cuente en el caso, resulta posible determinar la configuración del elemento “grave amenaza” requerido por el tipo penal, como su prueba.⁵⁶

4.2. Esterilizaciones forzadas: Atentados contra la vida, integridad y libertad reproductiva de mujeres peruanas

Si bien este caso no está referido al delito de violación sexual, constituye un supuesto de violencia sexual contra la mujer peruana muy grave. En ese sentido, sin exceder el objeto del presente texto, será abordado de acuerdo con lo establecido en el punto 3 en cuanto sea pertinente.

a) Antecedentes

El 28 de julio de 1991, el expresidente Fujimori declaró el inicio del Año de la Austeridad y la Planificación Familiar. En ese contexto fue lanzado el Programa Nacional de Población 1991-1995⁵⁷, que pretendía detener el incremento de la pobreza en el Perú a través del control demográfico de la población. Ese programa, puesto en marcha a través de la Resolución N° 046-91-PCM del 13 de febrero de 1991, ofrecía teóricamente la más amplia gama de métodos de planificación familiar a la población con el fin de que se redujera la tasa de natalidad.

⁵⁶ Además de lo anterior, debe analizarse en el caso “Manta y Vilca” la posible aplicación de la eximente de responsabilidad contemplada en el artículo 204 del Código Penal de 1924, según la cual:

“Artículo 204.- En los casos de violación, estupro, rapto o abuso deshonesto de una mujer, el delincuente será además condenado a dotar a la ofendida, si fuese soltera o viuda, en proporción a sus facultades y a mantener a la prole que resultare.

En los mismos casos, el delincuente quedará exento de pena, si se casare con la ofendida, prestando ella su libre consentimiento, después de restituida al poder de sus padres o guardador o a otro lugar seguro”.

Al mismo tiempo, conviene analizar la responsabilidad de los comandos político militares en estos hechos. Sin embargo, debido al fin y extensión del presente artículo, el análisis propuesto excede el objeto planteado al texto.

⁵⁷ Demus. Mi reproducción, mi decisión. La esterilización forzada es un crimen de lesa humanidad. Extraído de: http://www.demus.org.pe/publicacion/515_dip_esterilizacion_forzada.pdf

De esta manera, en su afán desmesurado por controlar el crecimiento demográfico en el Perú, el gobierno consideró conveniente que, dentro de la gama de métodos de planificación familiar, se contemple a la anticoncepción quirúrgica voluntaria (AQV). Así, a pesar de que la AQV no constituye un método de planificación por ser irreversible, se modificó el artículo VI de la Ley de Política Nacional de Población de 1985 para excluir de él a la anticoncepción quirúrgica voluntaria como método de planificación familiar prohibido.

En ese sentido, mediante Ley N° 26530 del 9 de setiembre de 1995, la redacción del referido artículo VI de la Ley de Política Nacional de Población quedó definida de la siguiente manera:

Artículo VI.- La Política Nacional de Población excluye el aborto como método de Planificación Familiar. En todo caso, la adopción de los métodos se basa en el libre ejercicio de la voluntad personal, sin que medien estímulos o recompensas materiales.

En ese contexto se expidió la Resolución Ministerial N° 071-96-SA/DM del 6 de febrero de 1996, mediante la cual se aprobó el Programa de Salud Reproductiva y Planificación Familiar 1996-2000, con el fin de masificar el uso de métodos de planificación familiar -entre ellos, la anticoncepción quirúrgica voluntaria- para controlar la tasa de natalidad del país.

De este modo, se hizo de la AQV una práctica institucional y masiva de los centros de salud, estableciéndose metas numéricas a nivel nacional y asignándose cuotas a los establecimientos y al personal de salud que debían ser cumplidas bajo amenaza de sanción e incluso de despido. Ciertamente, como explica Demus:

El 28 de julio de 1991, el ex presidente Fujimori declaró el inicio del Año de la Austeridad y la Planificación Familiar. En el mismo año fue lanzado el Programa Nacional de Población 1991-1995 y en 1996, mediante Resolución Ministerial N° 071-96 SA/DM, se aprueba el Programa de Salud Reproductiva y Planificación Familiar 1996-2000 (PSRPF). Estos programas establecieron como meta que se logre realizar un número mínimo de cirugías para esterilizar a ciertos sectores de la población. También se estableció que la autoridad central supervisaría continua y sistemáticamente la ejecución del programa. Por ello, desde el Ministerio de Salud se ordenaba al personal médico a cumplir con cuotas mínimas, premiando a quienes las cumplían y sancionando (en ocasiones con el despido) a quienes no lograban alcanzarlas.⁵⁸

⁵⁸ Demus, op. cit, p. 1.

Así, existieron presión y estímulos para el cumplimiento de las cuotas⁵⁹, situación que generó una serie de atropellos en la práctica de la esterilización referida, en particular en lo que se refiere al consentimiento de las pacientes. Entre las graves prácticas realizadas en su contra se encuentran:

- La esterilización de mujeres inmediatamente posterior al alumbramiento, sin que estas expresen su consentimiento.
- La esterilización de mujeres bajo engaño, haciéndoles creer que estas operaciones eran reversibles.
- La firma de declaraciones juradas de aceptación de la esterilización redactadas en español con el fin de que mujeres quechuhablantes no comprendan su contenido.
- El ejercicio de coacción o violencia sobre mujeres o sus parejas a fin de que firmen las declaraciones juradas expresando su consentimiento para realizarse la esterilización.

En ese sentido, se ha afirmado que:

Las llamadas ‘Campañas de Planificación Familiar’ fueron espacios en los que —a través del engaño, violencia, amenazas contra la persona objeto de esterilización o hacia su cónyuge— se realizaron esterilizaciones forzadas. Asimismo, se practicó este método a cambio de comida, engaños sobre el carácter irreversible de la operación, entre otros.⁶⁰

Sumado a lo anterior, la masificación de la práctica del AQV produjo serios riesgos y daños en la integridad y vida de las pacientes, debido a las precarias condiciones de higiene y salubridad en que se practicaban las esterilizaciones. Por ejemplo:

- No se estableció un procedimiento preoperatorio ni posoperatorio para la aplicación del AQV.
- El Ministerio de Salud autorizó que personas con insuficientes conocimientos médicos practicaran estas operaciones.

En estas condiciones, el número de esterilizaciones forzadas realizadas en

⁵⁹ BURNEO LABRÍN. José. *Justicia de género. Esterilización forzada en el Perú: Delito de lesa humanidad*. Demus. Lima. 2008, p. 6.

⁶⁰ Demus, op. cit, p. 2.

el Perú se ubica en el siguiente rango, de acuerdo con lo revisado por Burneo Labrín:

[...] de 81,762 para el año 1996; de 109,689 para el año 1997; de 25,995 para el año 1998; de 26,788 para el año 1999; de 16,640 para el año 2000, y de 11,154 para el año 2001. Lo que hace un total de 272,028 (doscientos setenta y dos mil veintiocho) ligaduras de trompas realizadas entre los años 1996 y 2001 inclusive.⁶¹

b) *La investigación fiscal del caso*

Las denuncias sobre esterilizaciones forzadas e incluso la muerte de mujeres intervenidas quirúrgicamente como parte del Programa Nacional de Salud Reproductiva y Planificación Familiar 1990-2000 del Gobierno del Perú han sido en su momento ampliamente difundidas por la prensa nacional y objeto de hasta dos investigaciones parlamentarias.

Con el retorno a la democracia, se suscribió en 2003 un Acuerdo de solución amistosa entre el Estado peruano y los representantes legales de la fallecida señora María Mamérita Mestanza Chávez ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Mediante este acuerdo, el Estado peruano reconoció su responsabilidad internacional y se comprometió, consecuentemente, a reparar a los familiares de la víctima, así como a la sanción penal de quienes resultaren responsables de la muerte antes mencionada y de las violaciones de los derechos humanos cometidas en la ejecución del programa citado.⁶²

En ese contexto, tanto la Fiscalía Provincial Especializada en Delitos Contra los Derechos Humanos como la Primera Fiscalía Superior Especializada en Delitos contra los Derechos Humanos tuvieron oportunidad de conocer las graves denuncias planteadas contra médicos, ministros de Salud, miembros del ministerio e incluso el propio expresidente Alberto Fujimori por la realización de esterilizaciones forzadas en contra de mujeres peruanas. Sin embargo, a través de sus dictámenes de fecha 26 de mayo y 7 de diciembre de 2009, las fiscalías señaladas archivaron la denuncia.

Según expone el profesor Montoya Vivanco⁶³, respecto de las esterilizaciones quirúrgicas practicadas contra mujeres sin su consentimiento válidamente emitido, los argumentos centrales de archivo de ambas fiscalías fueron los siguientes:

⁶¹ BURNEO LABRÍN. José, op. cit, p. 7.

⁶² *Ibidem*, p. 1.

⁶³ MONTOYA, YVAN. *Derecho penal y métodos jurídicos feministas. A propósito de la lamentable actuación del Ministerio Público frente a las masivas esterilizaciones involuntarias de mujeres en el Perú*. En imprenta.

- La minimización de la gravedad de los hechos probados y la negación de su calificación como lesiones graves dolosas.
- La negación de la calificación de los hechos como crímenes de lesa humanidad.
- La asunción de un consentimiento presunto de las víctimas a la esterilización.

A continuación explicamos el punto referido a la calificación de los hechos como crímenes de lesa humanidad, toda vez que el resto de temas excede el alcance del presente artículo.

- *La imprescriptibilidad de la conducta imputada*

Líneas arriba señalamos que un delito común puede constituir crimen de lesa humanidad si cumple con los elementos de contexto (generalidad o sistematicidad) en el contexto de un ataque contra la población civil de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer esos actos o para promover esa política. Así, de considerarse que el delito común constituye, a su vez, un crimen de lesa humanidad, adquiere las prerrogativas de éste, entre ellas la imprescriptibilidad.

Esta prerrogativa resulta importante en el presente caso en la medida en que muchos de los hechos denunciados (al 2009) habrían prescrito de acuerdo con el máximo de pena contemplado para el delito de lesiones graves dolosas (la situación se torna más complicada, si como consideró el Ministerio Público, los hechos materia de imputación califican como lesiones culposas).

Por estas razones, los fiscales que estuvieron a cargo del presente caso evaluaron si las esterilizaciones forzadas cometidas entre 1991 y 2000 en el Perú constituyeron crimen de lesa humanidad. Al respecto, el fiscal provincial penal consideró en su resolución de archivo que:

[...] si la comisión de un delito de lesa humanidad tiene como característica la sistematicidad en su ejecución, este requisito no se configura en el presente caso y es que, la sistematicidad de los delitos de Lesa Humanidad implican no solo que exista dicha política, sino además, una implementación, altamente organizada, orquestada conforme a un plan y que la misma podría resultar en la comisión repetida o continúa de actos inhumanos, es decir seguir un patrón regular dirigido a ‘un número substancial de personas’ osea cometidos a un nivel muy alto, excluyendo a pequeñas minorías o grupos supuestamente

socialmente marginados, en este caso, la incorporación de la Anticoncepción Quirúrgica Voluntaria estaba relacionada al Programa de Planificación Familiar y Salud Reproductiva [...] contando con el apoyo de diversas instituciones u organismos nacionales [...]; por tanto, no se implementó el Programa de Anticoncepción como una acción aislada por parte del Estado con el fin de generar un ataque a un grupo social de la población, si no conforme a la propia Ley Nacional de Salud con la finalidad de colocar en el grupo de alternativas una de Planificación Familiar que venía siendo utilizada en todo Latinoamérica. Asimismo debemos señalar que el Estado integró el método de la Ligadura de Trompas y Vasectomías en nuestro país, dentro de sus múltiples funciones políticas constitucionales [...].

[...] teniendo otro de los elementos no configurativos para la calificación de este Delito de Lesa Humanidad [...], pues no se trato de personas con determinada característica social como se ha venido sosteniendo en las denuncias [...].

[...] el Estado, [...] posterior a la incorporación de la Anticoncepción Quirúrgica Voluntaria, emitió tres Manuales de Normas y Procedimientos para las Actividades de Anticoncepción Quirúrgica Voluntaria [...] Estas acciones fueron tomadas por parte del Estado en razón a las irregularidades presentadas en la aplicación del Programa, conforme a las denuncias puestas en conocimiento por parte de la Defensoría del Pueblo y otros, las mismas que fueron materia de investigación por parte del Ministerio de Salud, sucesos que fueron paulatinamente estableciéndose para el mejor funcionamiento del programa no encontrándose presente el dolo por parte de los funcionarios denunciados a fin de cometer delitos de lesa humanidad [...].⁶⁷

De esta manera, la fiscalía provincial analizó el elemento “sistematicidad” a efectos de determinar si en el presente caso se cumplieron con sus características. Sin embargo, considerando que ese elemento requiere de una implementación altamente orquestada que permita la continua comisión de actos inhumanos y que las esterilizaciones en el Perú se realizaron como parte del Programa de Planificación Familiar y Salud Reproductiva, la fiscalía provincial concluyó que los hechos denunciados no constituyen crímenes de lesa humanidad. Sumado a ello, para el Ministerio Público un crimen de esta naturaleza exige que el ataque se dirija contra un grupo social determinado, situación que no ocurrió en el presente caso.

⁶⁷ Dictamen fiscal de fecha 26 de mayo de 2009.

En ese contexto –como explica el profesor Montoya Vivanco⁶⁸–, la resolución de archivo citada adolece de serios problemas en su argumentación debido a las siguientes razones:

- La configuración de un delito común como crimen de lesa humanidad exige que además del elemento de contexto “sistematicidad” o “generalidad” se presente un elemento político, es decir, se requiere que el ataque se realice de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer esos actos o para promover esa política.
- Al respecto, dicho elemento político no solo viene marcado por la existencia de un plan, una implementación orquestada o una organización dirigida especialmente a dicho ataque, como lo entiende la fiscalía provincial, sino también por la omisión deliberada del Estado de actuar frente a los hechos, esto es, frente a la tolerancia que muestra ante un fenómeno que se presenta reiterado.
- En segundo lugar, la referencia hecha por el Ministerio Público sobre las prácticas de esterilización realizadas como parte del Programa Nacional de Planificación Familiar o la implementación de manuales de actuación para las actividades de anticoncepción quirúrgica voluntaria resulta completamente irrelevante para establecer si se perpetraron o no crímenes contra la humanidad.
- Por último, el Ministerio Público confunde el delito de genocidio con el concepto de crimen de lesa humanidad, al exigir que el ataque deba dirigirse a un grupo social determinado y con fines de persecución. Esta finalidad solo es exigible en el crimen contra la humanidad de persecución y de *apartheid*.

Por su parte, el fiscal superior que confirmó el archivo de la denuncia sostuvo lo siguiente:

[...] las afectaciones al derecho a la vida, la integridad física y psicológica de las personas así como el derecho a la libertad en el ejercicio de derechos reproductivos, producidos en determinados usuarios sometidos a intervenciones quirúrgicas en el marco de la ejecución del Programa de Planificación Familiar y Salud Reproductiva, no pueden ser consideradas como graves violaciones a los derechos humanos de acuerdo a las

⁶⁸ MONTROYA, Yvan, op. cit. En prensa.

consideraciones del Derecho Internacional, pues no fueron cometidos como un ataque generalizado o sistemático realizado con la participación o tolerancia del poder político existente en el Perú en la década de los 90, sino que constituyen actos culposos, cometidos por algunos profesionales de la salud, cuya responsabilidad debió verificarse en cada caso particular [...].⁶⁹

Sobre el particular, se evidencia que el factor determinante para la negación de la calificación de los hechos como grave violación de los derechos humanos es su consideración como infracciones meramente negligentes o culposas. Sin embargo, los médicos y el personal de salud no intervinieron porque existía alguna prescripción curativa (intención de mejorar la salud resquebrajada), sino simplemente porque tenían que alcanzar metas determinadas sin importar si mediaba un consentimiento válido,⁷⁰ por lo que resulta cuestionable que los hechos sean calificados como meramente negligentes y no revistan la gravedad requerida por los crímenes de lesa humanidad.

Según nuestro parecer, las esterilizaciones forzadas en el Perú sí constituyen crímenes de lesa humanidad porque cumplen con los dos elementos de contexto. Efectivamente fue un ataque generalizado en tanto se trató de una agresión masiva que desencadenó un número significativo de víctimas. Por su parte, el ataque también fue sistemático en la medida en que formó parte de un programa de ejecución metódica y previamente planificado por el gobierno de turno, tal como se puede constatar en la modificación de la Ley de Política Nacional de Población, la realización de campañas de captación, las metas establecidas, entre otros.

Todo lo anterior fue realizado de conformidad con la política del gobierno para promover el control demográfico de la población a través de la masificación del uso de la anticoncepción quirúrgica de emergencia como método de planificación familiar. En esa medida, los hechos cometidos no prescriben y su persecución sigue vigente.

⁷⁰ MONTROYA, Yvan, op. cit. En prensa.

Investigaciones del pasado: violaciones de derechos humanos*

GLORIA GUZMÁN

“No me acuerdo, pero no es cierto. No es cierto, y si fuese cierto, no me acuerdo”¹.

En este trabajo se cavila sobre las preocupaciones de policías, fiscales y jueces frente a casos congelados o investigaciones del pasado. Se responde la pregunta de cuándo tenemos un caso de violación de derechos humanos y cuáles son las implicaciones jurídicas que genera ese reconocimiento. Se describen los factores de éxito en este tipo de investigación criminal, su abordaje desde un esquema mental que integre y correlacione los datos sociológicos, históricos y políticos para encontrar patrones de violencia, patrones conductuales y patrones de impunidad e interpretarlos. Si “el tiempo que pasa es la verdad que huye”, huir no es una respuesta válida en casos de violaciones de derechos humanos. La judicatura latinoamericana está respondiendo a ese llamado, y este es nuestro pequeño aporte.

1. Introducción

Dedico la mayor parte de mi tiempo como juez penal a apreciar, valorar, discernir, sopesar y atribuir actos de los seres humanos. Estos actos llegan al estrado judicial esquivos, ariscos e imprecisos. Lo hacen a través de dichos de las personas que los produjeron o los percibieron, o de quienes los analizaron, estudiaron o documentaron, también llegan hechos que no lo son, sino en la imaginación de la mente que los inventa. Desfilan objetos que revelan

* Algunas ideas de este ensayo fueron expuestas en las conferencias que, a dos voces, dictamos con la antropóloga Helka Alejandra Quevedo en Ayacucho, a colegas fiscales, miembros de la Policía Nacional del Perú y expertos forenses en 2010.

¹ Respuesta de Augusto Pinochet al juez Montiglio sobre si él era el jefe de la DINA. Tomado de Carlos Peña en su artículo “La mala memoria” publicado en el diario *El Mercurio* de Chile disponible en la página <http://www.archivochile.com>

particulares aristas de las circunstancias en que se produjo la actividad humana. Por medio de ellos, se rastrea una siempre escurridiza verdad. La vida solo se justifica por el esfuerzo, aún desdichado, de comprender mejor. “Cuanto más comprendo, más amo; porque todo lo comprendido es bueno”².

Doy gracias a Dios por haberme dado esta vocación, en una época en la que ni soy la boca automática que pronuncia la ley, hacedora mecánica de silogismos, ni tampoco la creadora autónoma del derecho. La verdad pre-existe y el derecho penal la persigue con fervor. En sociedades democráticas y por ende habituadas a razonar, las pruebas son los materiales con los que se reconstruye y se recrea la existencia. “*Iudici tota vis in probatione inest*”: toda la fuerza del proceso está en la prueba.

El juez forma su convencimiento, comprobando por sí mismo la evidencia presentada, sobre y a través de la información que le han brindado testigos, víctimas, peritos o el propio procesado, y construye sus conclusiones. Las pruebas son los hechos que el juez percibe³. Se analizan de manera individual y conjunta, una apoya o controvierte la otra, se aplica la lógica dentro de un marco jurídico. De esta manera, *aprehende la realidad*, discierne la esencia de las cosas, separa la sustancia del accidente, reconstruye la verdad.

Pero la realidad no es estática, es un sistema vivo del que somos parte⁴. El derecho se vale del uso reglamentado del lenguaje para solucionar los conflictos sociales generados por la conducta humana delictiva. El lenguaje es la herramienta que amplifica y extiende los propios sentidos del juez. Mediante el lenguaje, el juez “*ve*” los hechos, y cuando observa la evidencia, está “*tocando*” la realidad. Por eso en este trabajo se reflexiona de modo general sobre las pruebas que se deben recaudar y valorar en casos de violaciones de los derechos humanos, pues no basta tan solo querer alcanzar la verdad, la justicia y la reparación; “*idem est non esse aut non probari*” (tanto da no probar, como no tener el derecho).

El fin del derecho penal es esclarecer hechos y establecer la responsabilidad individual de las personas. Pero, frente a la persecución de fenómenos sociales de macrocriminalidad o aparatos organizados de poder en los que los responsables de los crímenes cuentan con gran poder económico, político y logístico, el reto es mayúsculo. Y ello se debe en gran medida a que, en la generalidad de casos materia de investigación, estamos acostumbrados a

² PAWELS y BERGIER. *El retorno de los brujos*, editorial Plaza y Janés.

³ CARNELUTTI, FRANCESCO. *Las miserias del proceso penal*, editorial Temis.

⁴ LLINÁS, Rodolfo. *El cerebro y el mito del yo*, editorial Norma 2003.

proceder de manera aislada y rutinaria –caso por caso–, con total indiferencia de los contextos y estructuras de las operaciones criminales⁵.

2. ¿Cómo sabemos que estamos ante un caso de violación de derechos humanos?

Para contestar esta pregunta, partimos de su fuente en el derecho internacional público, pues son los estados los obligados a respetar y hacer respetar los derechos humanos de sus asociados y a garantizar su goce efectivo. La historia de la infamia ha llevado a concertar un catálogo de conductas que se suponen imperdonables (no susceptibles de amnistía, indulto, ni eximente de responsabilidad por obediencia debida)⁶, imprescriptibles (el paso del tiempo no las borra de la mira jurídico-penal) y perseguibles judicialmente por cualquier Estado (jurisdicción universal).

En el Acuerdo de Londres se consagró por primera vez, de manera clara y directa, el imperativo de no impunidad de los crímenes más graves que atentan contra los derechos humanos de las personas, sin agregarles características de sistematicidad o masividad de la conducta. Así, su artículo 6 fija la competencia del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, sobre: *i*) crímenes contra la paz (preparar o librar guerras), *ii*) crímenes de guerra (derecho internacional humanitario-DIH) y *iii*) crímenes de lesa humanidad (asesinato, exterminio, esclavitud, deportación, persecución por motivos políticos, raciales o religiosos, u otros actos inhumanos cometidos contra la población civil, antes o durante la guerra).

⁵ “[E]stamos en presencia de una actividad criminal que se extiende en el tiempo, que una vez perpetrado el crimen se continúa a través de la desviación de la investigación con la muerte o desaparición de quienes actuaron como partícipes y la búsqueda de medios y métodos para evitar la acción de la justicia. En consecuencia, el material probatorio ha de ser analizado y valorado en su conjunto dentro de los marcos que señalan la lógica y las reglas de la experiencia, del modo de actuar de quienes forman parte de las organizaciones al margen de la ley”. Cita tomada del testimonio del agente de la Procuraduría en la sentencia de la Corte IDH caso de la ejecución extrajudicial del senador Cepeda Vargas contra Colombia.

⁶ “..resultan 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. (...)”. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Barrios Altos contra el Perú.

Las violaciones de los derechos humanos y las infracciones al derecho internacional humanitario socavan gravemente las bases del estado social de derecho y, por ende, demandan una persecución especial, meticulosa y diligente, prevenida y blindada a los embates de intereses personales y políticos. Generalmente son cometidas por agentes estatales o con su apoyo, anuencia, aquiescencia o tolerancia (crímenes de Estado), o por particulares en su calidad de combatientes (DIH) o de modo masivo o sistemático (crímenes de lesa humanidad). Los actores involucrados en estos hechos cuentan con amplios poderes intimidatorios, recursos económicos y toda la capacidad de obstaculizar la acción de la justicia mediante la manipulación o el maquillaje de las realidades. Este fenómeno criminal, que no es puntual, se extiende en el tiempo, y está integrado por múltiples actos violatorios cometidos por personas que hacen parte de un sistema y de una estructura, estimulados por una persistente impunidad. Se trata de fenómenos de *macro-criminalidad*, “comportamientos conforme al sistema y adecuados a la situación dentro de una estructura de organización, aparato de poder u otro contexto de acción colectiva”⁷.

Las violaciones de los derechos humanos son crímenes internacionales, así aparenten ser actos aislados, si respondieron a un plan o política, o a una práctica establecida por un gobierno o un grupo⁸: Estatuto de Roma, artículo 7:

Crímenes de lesa humanidad: 1. A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por ‘crimen de lesa humanidad’ cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque: asesinato, exterminio, esclavitud, deportación o traslado forzoso de la población, tortura, violación sexual..., persecución, desaparición forzada..., apartheid, otros actos inhumanos que causen graves sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o salud mental o física....

Las normas esenciales para la comunidad internacional que los estados no pueden derogar (*jus cogens*) incluyen las referidas a la prohibición del

⁷ AMBOS, Kai. *Temas de Derecho Penal Internacional y Europeo*. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A. Madrid, España.

⁸ Documento de trabajo presentado por el señor Stanislav Chernichenko a la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías del Sistema de Naciones Unidas. “Definición de las violaciones manifiestas y masivas de los derechos humanos como crímenes internacionales”, 1999.

genocidio, la esclavitud y la discriminación racial, así como las normas del derecho internacional humanitario:

[...] todos los estados tienen un interés jurídico en protegerlos; son obligaciones erga omnes. Estas obligaciones derivan, por ejemplo en el derecho internacional contemporáneo, de la prohibición de los actos de agresión y del genocidio, así como de los principios y normas relativos a derechos fundamentales de la persona humana, incluida la protección contra la esclavitud y la discriminación racial.⁹

Y aunque un Estado no haya participado en la comisión de las violaciones de derechos humanos, también comete una grave vulneración de ellos cuando no lleva a los responsables ante la justicia, tal como lo prevé la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en el caso *La Rochela vs. Colombia*:

La responsabilidad internacional del Estado se funda... Es suficiente la demostración de que ha habido apoyo o tolerancia del poder público en la infracción de los derechos reconocidos en la Convención, omisiones que hayan permitido la perpetración de esas violaciones o que exista una obligación del Estado que haya sido incumplida por éste.

Podríamos concluir que a efectos de este trabajo, existen tres factores que marcan un caso como “de violación de derechos humanos”. 1) El factor personal: intervención directa o indirecta de agentes del Estado en su producción (autoría, coautoría, complicidad, anuencia, instigación, determinación o aquiescencia), así no se tenga prueba del elemento de sistematicidad; 2) el factor material, todas las infracciones al derecho de la guerra -DIH-, y 3) el factor cualitativo, cuando las violaciones se cometen de manera sistemática o masiva, sin importar si interviene o no un agente estatal. Como casos de violación de derechos humanos, incluimos entonces:

- Ejecuciones extrajudiciales, torturas y desapariciones forzadas, cometidas por agentes del Estado o por particulares con su complicidad, aquiescencia o determinación, sin que sea necesario demostrar que fueron parte de un

⁹ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, sentencia del 5 de febrero de 1970 sobre *Barcelona Traction*, citada por Chetail Vincent en *La contribución de la Corte Internacional de Justicia al derecho internacional humanitario. Revista Internacional de la Cruz Roja* de junio 30 de 2003.

plan o programa preestablecido, ni mucho menos se predique extensión o masividad, como se reconoce en instrumentos internacionales temáticos¹⁰.

- El genocidio, por su calidad intrínseca de ser sistemático o masivo¹¹.
- Los crímenes de lesa humanidad, esto es violaciones de derechos humanos cometidos de manera sistemática o masiva¹².
- Infracciones graves al Derecho Internacional Humanitario, como el homicidio en persona protegida, la toma de rehenes, etc.
- La esclavitud catalogada como crimen de lesa humanidad¹³.

3. Consecuencias de calificar un caso como de violación de los derechos humanos

Calificar un caso como grave violación de los derechos humanos puede resultar crucial para hacer una adecuada valoración de los hechos, sin olvidar los elementos que los contextualizan y caracterizan. Además resulta importante para medir su impacto y conocer las consecuencias jurídicas que se pueden aplicar en los siguientes temas:

¹⁰ Principios relativos a una eficaz prevención de las ejecuciones extrajudiciales, arbitrarias o sumarias, adoptados por el Consejo Económico y Social de Naciones Unidas. Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas de Naciones Unidas de diciembre 18 de 1992. Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas. Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas. Convención contra la Tortura y otros Tratos Crueles, Inhumanos y Degradantes de Naciones Unidas. Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura.

¹¹ Convención para la Prevención y Sanción del delito de Genocidio del 9 de diciembre de 1948: “las partes contratantes confirman que el genocidio, ya sea cometido en tiempo de paz o en tiempo de guerra, es un delito de derecho internacional”.

¹² Convención Internacional sobre la Represión y Castigo del Crimen de Apartheid del 30 de noviembre de 1973: “los estados partes en la presente convención declaran que el apartheid es un crimen de lesa humanidad y que los actos inhumanos que resultan de las prácticas de apartheid y las políticas y prácticas análogas de segregación y discriminación racial que se definen en el artículo II de la presente convención son crímenes que violan los principios del derecho internacional, en particular los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas, y que constituyen una amenaza seria para la paz y la seguridad internacionales”.

¹³ La Corte Internacional de Justicia, principal órgano judicial de derecho internacional de la Organización de las Naciones Unidas, así lo ha reconocido, autorizando a los estados a acudir a ella para que dirima y se pronuncie en contra de esa grave violación de derechos humanos, sin hacer alusión alguna a su producción sistemática o masiva. Similar pronunciamiento tuvo el Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia.

- Activar la jurisdicción universal o extraterritorial¹⁴ o la justicia internacional.
- Imprescriptibilidad.
- Dejar sin inmunidad a responsables que ocupan cargos altos en el gobierno o sin fuero militar.
- Reconocer que la orden del superior no exime de responsabilidad penal.
- Las investigaciones se deben iniciar de oficio¹⁵.
- Las investigaciones deben ser exhaustivas, eficaces y sin dilaciones.
- Activar mecanismos de cooperación internacional judicial, especialmente cabe la extradición o entrega del acusado al Estado que lo requiera para investigación y juicio (*aut dedere aut judicare*-extraditar o juzgar)¹⁶.
- Negación de asilo y refugio a los sospechosos o responsables de la comisión del crimen.
- La reparación a las víctimas constituye un deber primario del Estado, e implica implementar medidas de rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición.

La investigación judicial que pretende resolver un caso de violación de los derechos humanos, con estándares mínimos en términos de verdad, justicia y reparación, tiene que analizar, debatir y por ende tener en cuenta el contexto en que estas se producen:

La Corte resalta que la satisfacción de la dimensión colectiva del derecho a la verdad exige la determinación procesal de la más completa verdad histórica posible, lo cual incluye la determinación judicial de los patrones de actuación

¹⁴ El principio 20 del conjunto de principios para la Protección y la Promoción de los Derechos Humanos mediante la Lucha contra la Impunidad señala: "...los tribunales extranjeros ejercerán su competencia en el marco de una cláusula de competencia universal prevista en un tratado vigente, o de una disposición legal interna en que se establezca una norma de competencia extraterritorial para los delitos graves conforme al derecho internacional".

¹⁵ "Los estados tienen el deber de iniciar ex officio, sin dilación y con debida diligencia, una investigación seria, imparcial y efectiva, tendiente a establecer plenamente las responsabilidades por las violaciones. Dicha investigación debe ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como una simple gestión de intereses particulares, que dependa de la iniciativa procesal de las víctimas o de sus familiares o de la aportación privada de elementos probatorios" Corte IDH, caso La Rochela contra Colombia párr. 195.

¹⁶ En los Principios relativos a una eficaz prevención de las ejecuciones extrajudiciales, arbitrarias o sumarias, adoptados por el Consejo Económico y Social de Naciones Unidas se consagra el principio de juzgar o extraditar (principio 18). Del mismo modo, en la Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas de Naciones Unidas de diciembre 18 de 1992.

conjunta y de todas las personas que de diversas formas participaron en dichas violaciones y sus correspondientes responsabilidades... pues el entorno político e histórico es determinante para el establecimiento de las consecuencias jurídicas.¹⁷

Parte importante de la investigación requiere establecer la clase de estructuras criminales implicadas¹⁸, su complejidad y funcionamiento, sus políticas, *modus operandi* y las relaciones que tienen con grupos empresariales y entes estatales, los patrones de acción, las prácticas sistemáticas que perpetúan las violaciones, tal como lo reitera la Corte IDH en sostenida línea jurisprudencial¹⁹:

En casos complejos, la obligación de investigar conlleva el deber de dirigir los esfuerzos del aparato estatal para desentrañar las estructuras que permitieron esas violaciones, sus causas, sus beneficiarios y sus consecuencias, y no sólo descubrir, enjuiciar y en su caso sancionar a los perpetradores inmediatos. Es decir, la protección de derechos humanos debe ser uno de los fines centrales que determine el actuar estatal en cualquier tipo de investigación. De tal forma, la determinación sobre los perpetradores de la ejecución extrajudicial del Senador Cepeda sólo puede resultar efectiva si se realiza a partir de una visión comprensiva de los hechos, que tenga en cuenta los antecedentes y el contexto en que ocurrieron y que busque develar las estructuras de participación.²⁰

Los estándares mínimos requeridos para emprender con éxito una investigación judicial en un caso de violación de derechos humanos deben ser los siguientes:

- Determinar el contexto mediante notas históricas, periodísticas, estudios sociológicos, dictámenes de expertos, informes de organismos internacionales o de comisiones de la verdad.
- Verificar patrones de acción conjunta, es decir, de los rasgos esenciales

¹⁷ Caso La Rochela contra Colombia, Corte Interamericana de Derechos Humanos, párr. 76 y 195.

¹⁸ “es preciso que se esclarezca, en su caso, la existencia de estructuras criminales complejas y sus conexiones que hicieron posible las violaciones”. *Ibidem*.

¹⁹ Casos La Rochela, Ituango, Valle Jaramillo y 19 comerciantes contra Colombia, caso Campo Algodonero contra México, entre otras.

²⁰ CORTE IDH. Caso Manuel Cepeda vs. Colombia, párr. 112.

- que dejan las violaciones en casos similares y que permiten conectarlos por ser las huellas o marcas dejadas por los perpetradores²¹.
- Fijar con claridad el aporte, la responsabilidad y vínculos de cada persona que integra la cadena que participa en las violaciones, de qué modo se impartían y transmitían las órdenes y cuáles funciones cumplía cada integrante.
 - Escudriñar las estructuras legales de poder subyacentes que permitieron o planearon las violaciones.
 - Analizar qué personas o grupos se beneficiaron con los crímenes.
 - Asegurar y analizar documentos clasificados o reservados o de inteligencia estatal o de estrategia militar.
 - Tener en cuenta la fragilidad de la prueba testimonial, por miedo, apatía o su inexistencia.
 - Confrontar los hallazgos de la investigación, en la escena de los hechos, aunque se encuentre manipulada o contaminada.
 - Considerar el patrón de impunidad, quién lo impulsa y propicia a lo largo del tiempo; si es impunidad estructural del sistema de justicia, si es por lento y moroso o por otra causa.
 - Visibilizar los aparatos organizados de poder, legales o ilegales que esconden y protegen a los responsables de los crímenes y que suelen seguir determinados parámetros delictivos o *modus operandi*; es conveniente hacer y tener a la mano su organigrama de acuerdo con las épocas de investigación.
 - Brindar espacio real para la participación de las víctimas, para escuchar sus intereses y visión de los acontecimientos²².

²¹ En este sentido, resulta esencial la adopción de todas las medidas necesarias para visibilizar los patrones sistemáticos que permitieron tanto la comisión de graves violaciones de los derechos humanos como los mecanismos y estructuras a través de los cuales se aseguró su impunidad (Corte IDH Anzualdo Castro, 154).

²² En el caso Campo Algodonero contra México, aparece un ejemplo del aporte importante de la víctima en la investigación, aunque menospreciado por la fiscalía: “Con posterioridad a la recolección de evidencias efectuadas el 6 y 7 de noviembre, los familiares de las víctimas hicieron dos rastreos entre el 24 y 25 de febrero de 2002 para recabar prueba adicional en el lugar del hallazgo de los cuerpos. Encontraron un número significativo de evidencias. El inventario de las evidencias recolectadas incluye prendas de vestir, nueve piezas de calzado y once objetos diversos, entre los que se encontraba una placa de un vehículo fronterizo y un permiso municipal provisional. También se incluían cabellos, restos hemáticos, vestimenta de las posibles víctimas, trozos de plástico, envases diversos, muestras de tierra, restos óseos, entre otros... Algunas de estas evidencias permanecieron más de seis años sin ser analizadas. En efecto, el 22 de noviembre de 2007, como parte de la organización de cajas con evidencia respecto a casos tramitados en Ciudad Juárez, fue encontrada una caja con muestras de cabello y huesos de las víctimas, sin indicación alguna respecto a por qué dicha evidencia se encontraba en ese lugar y sin indicación sobre procedimientos establecidos para proteger esas evidencias, es decir, sin debida cadena de custodia”.

4. La investigación judicial en casos de violación de derechos humanos

“El tiempo que pasa es la verdad que huye”. Edmond Locard promulga el principio que lleva su nombre. Describe la necesidad de documentar y conseguir las pruebas de manera pronta y rápida para evitar que se contaminen, deterioren o destruyan. Camilo Simonin nos recuerda que “el criminal firma su crimen al dejar en el lugar del suceso la prueba de su culpabilidad”, esto es, no existe crimen perfecto. Siempre habrá manera de dar con los responsables porque la obra humana deja huella. Mientras que Eraldo Rabello señala que el lugar del crimen es como un libro lleno de vestigios materiales que relata la historia de lo sucedido de manera sibilina y criptográfica.

Las violaciones de derechos humanos siguen un patrón de impunidad. Los criminales encarcelados se pueden contar fácilmente con los dedos de las manos, en total desproporción con el número de quienes siguen disfrutando de sus privilegios conseguidos a base de la arbitrariedad y del abuso. Recién en las últimas décadas, varios países de América Latina han comenzado a impulsar las “investigaciones del pasado”, archivadas sin pena ni dolor por un aparato judicial que hacía parte del establecimiento perpetrador de la iniquidad o que se encontraba arrinconado por el miedo y la perversidad.

El paso del tiempo dificulta la consecución de evidencia. Para el investigador judicial todo está en su contra. La evidencia, si la halla, está contaminada, o manipulada. Los testigos pueden estar amedrentados, apáticos o muertos. La estructura de poder que permitió o se benefició con las violaciones de derechos humanos sigue moviendo sus tentáculos para impedir investigaciones exhaustivas, efectivas y eficaces. Las víctimas son numerosas, están dispersas, o sin recursos, al igual que el aparato judicial. La investigación debe emprenderse en consecuencia, con una mirada audaz e intrépida. A nuestro favor, contamos con la clara y creciente conciencia del concierto de naciones sobre lo que no es canjeable, en base al imperativo de perseguir a los criminales responsables de violaciones de derechos humanos, en cualquier tiempo y lugar del planeta.

Los hechos con relevancia penal deben observarse como lo haría un científico reconociendo la falibilidad y, por tanto, aplicando los pasos del método científico para validar una conclusión, a partir de hipótesis que se elaboran en el intento de resolver un problema y la adquisición de datos que las corroboran o excluyen²³.

²³ DOLORES SÁNCHEZ, María - MORA IZQUIERDO, Ricardo. *La evidencia física y la cadena de custodia en el procedimiento acusatorio*, editores gráficos de Colombia 2007.

Cada elemento fáctico debe corresponder a un elemento de convicción o prueba. La “teoría del caso” debe contener una *hipótesis fáctica* o hipótesis de hechos relevantes; una *hipótesis jurídica* o de imputación precisa de los delitos que se van a investigar; y una *hipótesis probatoria* de la cual se deduzcan y confronten, a través de inferencias, las dos primeras.

El investigador judicial tiene que sopesar las necesidades requeridas en el desarrollo de su “teoría del caso”, debe entender el orden y peso de las dificultades que se le presentan para poder elaborar una estrategia global de judicialización y establecer un plan para enfrentar los obstáculos y aprovechar las oportunidades. En Colombia, a esta planeación organizada del trabajo, se le denomina “Programa metodológico”. Se le conoce también como “Dibujo de ejecución”, “Esquema de la investigación” o “Plan de la investigación”. A partir de esa planeación, la información a trabajar por el investigador judicial se organiza a través de matrices.

Una matriz, por ejemplo, que muestre los requerimientos del tipo penal, las actividades policivas, los tiempos y las necesidades para su realización y consigne resultados, es útil para planear las investigaciones.

Tipo penal	Actividades	Resultados	Tiempos	Observaciones
El que	Entrevistas a...	Testigo señala a un integrante del grupo guerrillero XX	Dos semanas	Traslado, viáticos, protección de testigos, etc.
Ejerza atributos de propiedad	Revisión de evidencia documental (videos)	Se observa una página de internet en la que se ofrece en venta a YY (personas)	Un día	Soporte técnico, búsqueda de experto que pueda “bajar” el video
Sobre una o más personas	Periódicos de la época	Se informa sobre la desaparición de niñas de la etnia ZZ.	Un mes	Rastreo en hemerotecas

Y es que las matrices son recursos que ayudan a visualizar y establecer conexiones entre los datos que el investigador va almacenando ordenadamente en vectores. De hecho facilitan la observación de la estructura operacional de los grupos criminales, así como conectar los datos que vinculan a sus integrantes y las acciones o sucesos que estos producen, para establecer su participación, o para resaltar cuando uno de ellos tomó parte en todos, lo que a su vez nos muestra una especialidad, particularidad, posición o poder específico:

Victimario	Masacre 1	Desaparición forzada	Masacre 2
N1	X	X	X
N2	No	X	No
N3	X	X	No

También pueden permitirnos identificar la red de comunicaciones y el nivel de conexión o relación entre los integrantes del aparato organizado de poder. Por ejemplo –como se muestra en la siguiente matriz–, la información referida a cada involucrado se consigna tanto en el vector horizontal como en el vertical de la matriz:

	N1	N2	N3	N4
N1	–	Si	No	No
N2	Si	–	No	No
N3	No	No	–	Si
N4	No	No	Si	–

Las matrices también se pueden utilizar para planear el juicio:

VICTIMARIO	MASACRE 1	DESAPARICIÓN FORZADA	MASACRE 2	
Hipótesis fáctica*		Evidencia	Hipótesis jurídica	Observaciones
¿Qué?				
Masacre con disparos		Inspección en la escena. Hallazgos - Testigos - pericias - dictamen médico -legal	Artículos del código penal	
¿Cuándo?				
Día, hora o periodo		Signos de tiempo de la muerte - pericias	Normas aplicables	
¿Quién?				
Identidad de los imputados (cadena de mando) Identidad del aparato organizado de poder Identidad de las víctimas, calidades personales, edad, relaciones con imputados y aparato organizado de poder		Testigos - pericias - ADN - documentos	Reglamentos, decretos, leyes	
¿Cómo?				
Dinámica del hecho		Hallazgos - testigos, pericias		
¿Por qué?, ¿para qué?				
Motivación - interés - razones políticas, etc.		Pericias - documentos		

* Adaptado a partir de un modelo tomado de la página web del Ministerio Público de la República Dominicana <http://www.procuraduria.gov.do>

En el Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, creado por el Consejo de Seguridad de la ONU para juzgar a los presuntos responsables de violaciones del derecho internacional humanitario, genocidio y crímenes de lesa humanidad (alrededor de 300,000 muertos), cometidas desde 1991, en el territorio de la antigua Yugoslavia, la fiscalía diseñó la siguiente estrategia, ante la complejidad de los crímenes por investigar y el gran volumen de información recolectada:

crear un Equipo de Orientación Estratégica, conformado por quince funcionarios, repartidos en cuatro subunidades: 1) el grupo de análisis de información.; 2) el grupo de estrategia, responsable de... proponer nuevas investigaciones y diseñar una estrategia global a seguir; 3) el grupo de preparación de investigaciones, encargado de adecuar el terreno para los nuevos equipos de investigadores y actuar en caso de urgencia; y 4) el grupo de proyectos especiales, encargado de elaborar la cronología de los hechos en la antigua Yugoslavia, recolectar testimonios y aclarar el sistema jurídico vigente en el país.²⁴

La fiscalía seleccionó unos “blancos de investigación” ante la imposibilidad práctica de investigar todos los crímenes, según criterios predeterminados respecto del daño causado, su impacto, número de víctimas, duración de las ofensas, posibilidad de hallar evidencia, entre otros.

Asimismo puso en marcha una estrategia de “investigación piramidal”, es decir, partió de los elementos de prueba disponibles y del examen del comportamiento de los autores de rango inferior en la respectiva organización criminal, quienes directamente habían perpetrado materialmente los crímenes. Luego ascendieron en la pirámide de la organización para llegar hasta quienes los ordenaron, planificaron, financiaron o facilitaron, demostrando el vínculo jurídico y fáctico, entre ellos. Combinaron “aproximaciones *top-down* (de arriba abajo) y *bottom-up* (de abajo arriba)” para evitar focalizarse en construir un caso específico contra un individuo. Paralelamente se descubría la estructura y el funcionamiento de la organización, y la cadena de mando y funciones desempeñadas por quienes componían la cadena²⁵.

Finalmente –se insiste– las investigaciones en casos de violaciones de derechos humanos deben estar en conexión y no se pueden abordar de manera aislada, una de otra, debe existir un macroproceso penal que las recoja

²⁴ Citado en *Jurisprudencia penal internacional aplicable en Colombia*, LÓPEZ, Claudia y otros. ProFis-GTZ-Embajada de la República Federal de Alemania, 2009 Colombia.

²⁵ ICTY Manual on Developed Practices, Turín 2009.

para descifrar la verdad de lo ocurrido. En el caso Campo Algodonero vs. México, la Corte IDH criticó fuertemente la decisión del Ministerio Público de adelantar las investigaciones por cuerdas procesales diferentes:

el Estado debe ser consciente que éstas se enmarcan dentro de un contexto de violencia contra la mujer. Por ende, debe adoptar las providencias que sean necesarias para verificar si el homicidio concreto que investiga se relaciona o no con dicho contexto. La investigación con debida diligencia exige tomar en cuenta lo ocurrido en otros homicidios y establecer algún tipo de relación entre ellos. Ello debe ser impulsado de oficio, sin que sean las víctimas y sus familiares quienes tengan la carga de asumir tal iniciativa... [n]o existe una estrategia integral en la investigación de los homicidios a partir de patrones de violencia detectados en cada caso... no existen mesas de discusión sobre estrategias de investigación y determinación de los hechos a investigar, donde la titular de la fiscalía, el equipo de investigadores, los policías judiciales y peritos puedan tener una visión global de lo que ocurre en cada hecho denunciado.

5. Evidencia psíquica, física, testimonial, documental, de opinión, traza, patrón

La evidencia es la certeza clara y manifiesta de una cosa, de tal forma que nadie puede dudar de ella ni negarla, tal como aparece en el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua. Es la base objetiva de una observación²⁶. Proviene del latín *indictum*, que significa aparente o probable de que exista una cosa.

Las evidencias se consiguen en la escena o lugar donde se cometieron los hechos, o donde fueron planeados, o en aquellos en los que quedaron sus consecuencias (también son escenas). Se levantan a través de actos de investigación mediante los cuales se rescata toda información útil para resolver el caso, tales como allanamientos o registros, inspecciones oculares y forenses a restos humanos, reconstrucción de hechos, etc. No importa qué tan lejos se esté del suceso a investigar, es indispensable volver a las escenas y procesarlas exhaustivamente. Se conoce, por ejemplo, el uso de la sustancia denominada Luminol, un reactivo que detecta y revela muestras de hemoglobina –que es

²⁶ DOLORES SÁNCHEZ, María – MORA IZQUIERDO, Ricardo. *La evidencia física y la cadena de custodia en el procedimiento acusatorio*, editores gráficos de Colombia 2007.

la proteína constitutiva de la sangre- diluidas hasta diez mil veces, además de manchas de hasta veinticinco años de antigüedad, en escenas que han podido ser alteradas o lavadas. Igualmente, la exhumación de los cuerpos, la reconstrucción de la autopsia, el análisis de restos humanos con nuevos ojos, nutridos del contexto recreado y de la información obtenida, que lleva a descartar hipótesis y a la conclusión final²⁷.

Es indispensable ubicar los datos y la información obtenida en el contexto histórico y político, teniendo en cuenta las variables que ligan el acontecimiento con otros sucesos en la misma época, en determinado territorio, que se conectan por la forma como se produjeron o por la misma estructura de poder o por el tipo de víctimas. “Las investigaciones sobre macrocriminalidad no se agotan con la simple enunciación de hechos delictivos aislados, sino que debe estar orientada a develar los motivos, las razones y las relaciones existentes entre diversos crímenes”²⁸.

Levantar un registro escrito y preciso de la historia de la evidencia, desde el momento en que fue hallada, a medida que pasa por las manos de investigadores, peritos y funcionarios judiciales, resulta indispensable para que se certifique su autenticidad, en lo que se ha denominado “cadena de custodia”. Las clasificaciones que se hacen alrededor de las evidencias nos permiten agudizar la observación y desplegar una correcta valoración. La evidencia siempre debe ser documentada mediante fotografías o videos, especialmente en estos casos que por su notoriedad y complejidad se prevé serán revisados una y otra vez, por instancias nacionales e internacionales.

La Corte IDH, en el caso Campo Algodonero ya citado, hace un aporte importante sobre la forma como se deben adelantar los actos de investigación y la recolección de evidencias, para no generar responsabilidad estatal

²⁷ En estos aspectos, resulta muy útil servirse del Manual sobre Prevención e Investigación Efectiva de Ejecuciones Extrajudiciales de Naciones Unidas (Protocolo de Minnesota) y del Protocolo de Estambul. “...las autopsias tienen como objetivo recolectar, como mínimo, información para identificar a la persona muerta, la hora, fecha, causa y forma de la muerte... respetar ciertas formalidades básicas, como indicar la fecha y hora de inicio y finalización, así como el lugar donde se realiza y el nombre del funcionario que la ejecuta... fotografiar adecuadamente el cuerpo; tomar radiografías del cadáver, de su bolsa o envoltorio y después de desvestirlo, documentar toda lesión. ...la ausencia, soltura o daño de los dientes, así como cualquier trabajo dental, y examinar cuidadosamente las áreas genital y para-genital en búsqueda de señales de abuso sexual. En casos de sospecha de violencia o abuso sexual, se debe preservar liquido oral, vaginal y rectal, y vello externo y púbico de la víctima... se debe anotar la posición del cuerpo y sus condiciones, incluyendo si está tibio o frío, ligero o rígido; proteger las manos del cadáver; registrar la temperatura del ambiente y recoger cualquier insecto...” Corte IDH Campo Algodonero contra México.

²⁸ AMBOS, Kai. *Procedimiento de la Ley de Justicia y Paz (Ley 975 de 2005) y Derecho Penal Internacional*, ProFis-GTZ-Embajada de la República Federal de Alemania, 2009.

internacional. Señala la ausencia de una visión de contexto que ligue otros casos producidos bajo el mismo patrón de violencia y observa y analiza el patrón de impunidad propiciado por los funcionarios políticos y judiciales:

los dictámenes periciales, fundamentalmente los de criminalística de campo, no correspond[ían] en su contenido a las constancias ministeriales practicadas en el lugar de los hechos por el agente del Ministerio Público respectivo... se cometían muchos errores en la preservación de la escena del crimen, destrucción de evidencias e irregularidades en la preservación y análisis de evidencia.. La Corte constata que estas negligencias no son aisladas sino que forman parte de un contexto en Ciudad Juárez... no se apreció... dictamen pericial alguno para la búsqueda de fibras en las ropas de las víctimas... “se detectó que en algunos casos[,] dichos dictámenes establecen fechas en las que está plenamente acreditado que las víctimas todavía se hallaban con vida.

La evidencia psicológica es inmaterial. Consiste en la información proveniente de los procesos mentales de una persona. Los casos de violaciones de derechos humanos generan mucha evidencia psicológica en las víctimas, necesaria para demostrar el daño psíquico causado, o para sopesar la consistencia y correspondencia de sus dichos. Del otro extremo, la técnica del perfilamiento criminal orienta la identificación de los responsables al reconstruir su perfil psicológico y en ocasiones físico, a través de visitas a la escena, entrevistas, documentos y conexiones con otros casos²⁹. La autopsia psicológica es otra herramienta que reconstruye un evento de manera retrospectiva y con base en información obtenida.

La evidencia pericial o de opinión, proveniente de la opinión de un perito o experto fundamentada en bases técnicas, científicas o que surge de la propia experiencia, enriquece el proceso con datos históricos, sociales, políticos o culturales. Es interesante rastrear evidencia que explique las finanzas de la estructura criminal, los flujos de dinero que circulan entre sus integrantes y la manera como se financia y lavan sus activos.

La evidencia patrón se produce gracias a la indefectibilidad de las leyes físicas y químicas, como consecuencia del contacto entre dos superficies que dejan marcas, impresiones, salpicaduras, melladuras, fracturas, mordeduras, estrías, muescas, trayectorias y huellas de manera típica en la escena³⁰.

²⁹ DOLORES SÁNCHEZ, María – MORA IZQUIERDO, Ricardo. *La evidencia física y la cadena de custodia en el procedimiento acusatorio*, editores gráficos de Colombia 2007.

³⁰ *Ibidem*.

La evidencia patrón también aparece en la sistematicidad de las violaciones de derechos humanos, de una manera tan precisa, que hay sostenida y pacífica línea jurisprudencial respecto de que si se elude este aspecto en la investigación penal se genera ineficacia en las investigaciones, como claramente lo expone la Corte IDH en el caso *Masacre La Rochela vs. Colombia*.

Es fundamental la consecución de evidencia documental, como notas de prensa que contengan las noticias de las violaciones y los aspectos previos que condujeron a su producción, tal como se ha llegado en los casos *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, *Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala* y *Radilla Pacheco vs. México*, entre otros³¹.

Del mismo modo, los libros que se han escrito sobre los hechos investigados y su contexto, algunos de ellos inclusive suscritos por los mismos perpetradores, tal como fue documentado en el caso *Ejecución extrajudicial del senador Cepeda vs. Colombia*. En este caso, se toma en cuenta el libro *Mi confesión* del comandante paramilitar colombiano Carlos Castaño.

En caso *La Rochela vs. Colombia*, la Corte IDH estableció que:

el patrón de violencia y amenazas contra funcionarios judiciales, familiares de víctimas y testigos que se produjo en el presente caso tuvo un efecto amedrentador e intimidante para que desistieran de colaborar en la búsqueda de la verdad y, consecuentemente, obstruir el avance del proceso. Ello se ve agravado porque no se adoptaron medidas de seguridad para algunos de los funcionarios, familiares de víctimas y testigos amenazados, ni se acreditó investigación o sanción alguna en relación con dichos actos de hostigamiento y violencia, lo cual profundiza el contexto de intimidación e indefensión frente a la actuación de los grupos paramilitares y agentes estatales. Esta situación afectó el adecuado ejercicio de la función judicial y el funcionamiento de la administración de justicia, de acuerdo con la obligación de garantía establecida en el artículo 1.1 de la Convención. Además, el hecho de que no hayan sido sancionados todos los responsables de los hechos genera que ese amedrentamiento sea permanente y que, en alguna medida, explique la grave negligencia en el impulso de la investigación.

³¹ “62. En cuanto a los documentos de prensa presentados por las partes, este Tribunal ha considerado que podrán ser apreciados cuando recojan hechos públicos y notorios o declaraciones de funcionarios del Estado, o cuando corroboren aspectos relacionados con el caso”. Caso *Jesús María Valle Jaramillo vs. Colombia*, Corte IDH.

Finalmente, no sobra resaltar la importancia que tiene la evidencia física, ese testigo mudo que no miente en la resolución de un caso criminal, y especialmente de la evidencia traza, subvalorada durante mucho tiempo, pero capaz de relacionar de una manera notoria la ley del intercambio o Principio de Locard, que entrelaza víctima con victimario y a su vez a estos con la escena.

6. A modo de conclusión³²

Las ideas planteadas en este artículo pretenden ser útiles para construir investigaciones de violaciones de derechos humanos. Intentan mostrar la complejidad de obtener pruebas con estándares que garanticen la vigencia de los principios del derecho penal y procesal penal. Muestran finalmente que nuestro camino para obtener verdad, justicia y reparación desde el universo penal no es nada fácil, pero tampoco imposible.

³² Bibliografía complementaria consultada por la autora para el presente trabajo:

- *Razonamiento judicial*. CASTILLO ALVA, José Luis; LUJÁN TÚPEZ, Manuel y ZAVELETA RODRÍGUEZ, Roger, Ara Editores, Axel editores. Segunda edición 2007.
- *Tratado de las pruebas judiciales*. BENTHAM, Jeremías. Ediciones Nueva Jurídica, reimpresión Bogotá, Colombia 2000.
- *El cerebro y el mito del yo*. LLINAS, Rodolfo R. Editorial Norma, Bogotá Colombia, 2002.
- *El retorno de los brujos*. PAWELS, Louis y BERGIER, Jacques. Editorial Plaza & Janés, Barcelona, España 1966.
- *Cómo se hace un proceso*. CARNELUTTI, Francesco, editorial Temis, Bogotá Colombia, 1977
- *6 violaciones manifiestas y masivas de los derechos humanos*. Documento de trabajo (E/CN.4/Sub.2/1992/51), Chernichenko
- *Revista internacional de la Cruz Roja*. Chetail Vincent número 850 30-06-2003.
- *Procedimiento de la Ley de Justicia y Paz (Ley 975 de 2005) y Derecho Penal Internacional*, AMBOS, Kai ProFis-GTZ-Embajada de la República Federal de Alemania, 2009
- *Imputación de crímenes de los subordinados al dirigente. Un estudio comparado*. ProFis-GTZ-Embajada de la República Federal de Alemania, 2009
- *De la prueba en derecho*. Biblioteca jurídica Dike. 1990 Medellín, Colombia.

Anexos

Anexo 1*

Línea jurisprudencial de la Corte Constitucional de Colombia sobre derechos de las víctimas en el proceso penal¹

Sentencia	Año	Problema jurídico	Decisión
T-275	1994	¿La víctima puede acceder a la justicia penal militar (JPM) para buscar la verdad?	Sí puede para evitar errores en la investigación
C-293	1995	¿La parte civil (PC) puede intervenir desde la investigación previa?	Solo puede apelar el auto inhibitorio y conocer desde ese momento las pruebas practicadas, porque la PC tiene pretensiones indemnizatorias
C-277	1998	¿En la sentencia anticipada se puede abstener el juez penal a pronunciarse sobre las pretensiones indemnizatorias de la PC?	El juez penal no puede abstenerse de su función de propender por el restablecimiento del derecho de las víctimas en el proceso penal abreviado de sentencia anticipada
C-163	2000	¿La PC que quiera intervenir en el proceso penal debe renunciar a acudir a otras vías administrativas o civiles?	Sí, el afectado tiene derecho a reclamar la reparación integral en el proceso penal o abstenerse de hacerlo y acudir a otras vías
C-1149	2001	¿La PC en la JPM solo está facultada para buscar la verdad?, ¿no tiene derecho a pretensión indemnizatoria?	Las víctimas tienen derecho no solo a establecer la verdad sino también a la justicia y a la reparación en los procedimientos adelantados por la JPM

* Cuadro elaborado por Gloria Guzmán, complementa el artículo de su autoría *Derechos de las víctimas de violaciones de derechos humanos en el proceso penal*.

¹ El texto de las sentencias se puede consultar en la página www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/

T-1267	2001	¿El apoderado de la PC puede apelar una sentencia absolutoria sin repercusiones en el principio de la <i>reformatio in pejus</i> ?	La víctima puede apelar la absolución y obtener una condena en segunda instancia, porque es un sujeto procesal en pie de igualdad con los demás sujetos
C-1184	2001	¿Puede la PC interesarse en el juez natural que debe juzgar un delito en la JPM o la justicia ordinaria?	A la PC también se le garantiza el debido proceso, la legalidad, el derecho a la defensa y al juez natural
C-178	2002	¿El procedimiento del Código Penal Militar vulnera los derechos de las víctimas?	Si, los términos tan cortos y la no diferenciación de etapas de investigación y juicio van en detrimento de los derechos de las partes para establecer la justicia, la verdad y la reparación integral de perjuicios
C-228	2002	¿Las pretensiones de la PC son meramente indemnizatorias?, ¿la PC solo puede tener acceso al proceso desde la etapa de instrucción o investigación?	CAMBIO DE JURISPRUDENCIA: Se aparta del precedente que declaró exequible la norma, mediante la C-293 de 2005. La víctima tiene una protección amplia en el proceso penal, a que se conozca la verdad de lo sucedido, a la justicia y a la reparación. El principio de la dignidad humana impide que la reparación sea solo económica. La PC tiene derechos desde la investigación previa
C-578	2002	¿Se revisa la constitucionalidad del estatuto de la Corte Penal Internacional?	Es exequible para evitar impunidad y hacer efectivos los derechos de las víctimas

C-805	2002	¿Puede estar excluida la PC del procedimiento de control de legalidad de la medida de aseguramiento?	A la PC le interesan las decisiones que se adopten respecto de las medidas de aseguramiento o cautelares, por ejm. retención preventiva de la libertad del procesado
C-875	2002	¿Es constitucional exigir que la PC intervenga a través de abogado?, ¿el amparo de pobreza se puede extender a la PC si no cuenta con recursos para designar abogado?	La PC debe intervenir a través de abogado. La víctima cuando participa en el proceso penal lo puede hacer de manera individual, o por actor popular, y las dos figuras cuentan con la posibilidad del amparo de pobreza.
C-916	2002	¿El límite de 1,000 salarios legales para indemnización de daños morales es inconstitucional?	La reparación de las víctimas debe ser integral y el daño moral tiene índole compensatoria que puede tener el límite fijado en la ley
T-556	2002	¿Es inamovible una preclusión y archivo de una investigación penal basada en un desistimiento de una víctima desinformada?	El proceso penal no es una ritualidad vacía de contenido sino un escenario democrático. No se administra justicia si se le pone fin sin reparar el daño causado a la víctima
C-04	2003	¿La acción de revisión solo puede proceder en los casos enunciados en la ley (sentencia ejecutoriada proferida con base en pruebas falsas o determinada por un delito del juez o frente a condenas y hechos nuevos que la desvirtúen)?	La acción de revisión procede también en preclusión, cesación de procedimiento y absolución cuando aparece un hecho nuevo con el fin de evitar la impunidad en casos de violaciones graves a DIDH y DIH, señalados por una instancia internacional o cuando determinen la falta de investigación seria e imparcial

C-451	2003	¿A la investigación previa que tiene carácter reservado no tienen acceso las víctimas?	No se puede excluir a la víctima en la etapa inicial de la indagación previa
C-570	2003	¿Es inconstitucional que la acción civil ejercitada dentro del proceso penal prescriba a la par de la respectiva acción penal?	No es razonable que el juez penal dicte condena en perjuicios, si la acción penal está prescrita. La víctima en el proceso penal tiene prerrogativas que puede pretender de manera parcial a la verdad, a la justicia y a la reparación integral
C-775	2003	¿El restablecimiento y la reparación del derecho cuando aún no hay una condena violaría la presunción de inocencia?	Las medidas cautelares adoptadas dentro del proceso penal son constitucionales
C-899	2003	¿Es legítimo que la acción penal se pueda extinguir por indemnización integral de perjuicios?	El proceso penal no es retaliatorio y su finalidad no consiste exclusivamente en sancionar al infractor
C-014	2004	¿Es constitucional que la víctima no pueda impugnar el fallo absolutorio cuando se trata de faltas disciplinarias que constituyen violaciones al DIDH o al DIH?	Los mismos derechos que tienen las víctimas en el proceso penal los tienen los afectados en procesos disciplinarios que se adelantan por infracciones graves al DIH o violación al DIDH, salvo el de la reparación
C-1154	2005	¿El archivo de diligencias es un acto que debe ser sometido al control de legalidad del juez en el nuevo sistema penal acusatorio (SPA)?	El archivo de diligencias lo debe hacer el fiscal sobre la base de tipicidad objetiva y se debe notificar a las víctimas y denunciante, quienes controlan la actividad fiscal para evitar impunidad. Si hay controversia entre fiscal y víctima, cabe la intervención del juez de control de garantías

C-1177	2005	¿La inadmisión de denuncias es constitucional en el SPA?	Sí, siempre que se adopte por parte del fiscal, sea motivada y comunicada al denunciante y al Ministerio Público
C-591	2005	¿La conciliación puede ser adelantada por el mismo fiscal, como ente acusador, y ser prerequisite de la acción penal?	El fiscal puede hacerlo en delitos querellables en los que el contenido de justicia solo afecta a la víctima que concilia
C-979	2005	¿Es constitucional la reglamentación, a través del ente acusador de la Fiscalía General de la Nación, de los mecanismos de justicia restaurativa?	Sí, siempre que se proteja los derechos de las víctimas en los trámites de justicia restaurativa (mediación, conciliación, etc.) respecto de criminalidad de menor potencialidad lesiva
C-047	2006	¿Es inconstitucional la facultad de las víctimas de apelar la sentencia absolutoria?	Reitera derechos de las víctimas a conocer la verdad, a que se haga justicia y a que se le repare
C-370	2006	Revisión de constitucionalidad de la Ley de Justicia y Paz ²	Exequibilidad condicionada respecto de estándares internacionales: verdad y reparación. El derecho a la verdad incluye la posibilidad de las sociedades de conocer su propia historia, de elaborar un relato colectivo relativamente fidedigno sobre los hechos y de tener memoria de tales hechos. La víctima debe saber que públicamente se reconoce su dolor, y si lo desea, conocer las condiciones en las cuales se cometió el delito

² Ley N° 975 de 2005, transicional para condenar con penas de hasta ocho años de prisión, los crímenes cometidos por integrantes de grupos armados al margen de la ley.

C-454	2006	¿Es razonable que en el SPA colombiano las víctimas sean meros intervinientes, sin que tengan la calidad ni las facultades de las demás partes?	Las víctimas tienen los mismos derechos que el procesado y el fiscal, salvo contar con una teoría del caso diferente al fiscal y contrainterrogar en juicio. La víctima puede acceder a la justicia desde las primeras diligencias. Sus pretensiones son mayores a la mera expectativa indemnizatoria.
C-575	2006	Alcance del concepto de víctimas en la Ley de Justicia y Paz y del concepto de responsabilidad civil para efectos de reparación	Reconocimiento de víctimas colectivas, grupos o comunidades que han sido afectados por hechos delictivos cometidos por las personas vinculadas a grupos armados organizados al margen de la ley, inclusive de miembros de las fuerzas armadas. Todos los miembros del grupo armado responden solidariamente por los daños causados a las víctimas por otros miembros del grupo al cual pertenecieron.
C-516	2007	¿Es constitucional que se defina a la víctima como la que ha sufrido un daño directo como consecuencia del delito?	Las víctimas pueden intervenir en trámites de preacuerdos y negociaciones ante el juez y fiscal, aunque no cuentan con un poder de veto. La víctima incluye como titular de verdad, justicia y reparación a todos los que padecieron un daño real, cierto y concreto con el delito.

C-828	2010	¿Es razonable que se extinga la acción penal por muerte del procesado, en detrimento de los derechos de las víctimas?	Los fines del proceso penal no se reducen a la investigación y sanción de los autores del delito, sino también a la materialización de los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación. La corte pondera derecho de defensa y el <i>indubio pro reo</i> con los derechos de las víctimas y decide que se corra traslado a ellas de las pruebas practicadas, allegadas para que se busquen otras vías administrativas y civiles en las que se garanticen sus derechos.
-------	------	---	---

Anexo 2*

Relación de memoriales públicos a nivel nacional y variables de análisis¹

Nº	Memorial público	Cod.	Región	Provincia	Distrito / Localidad
1	Siembra de 500 árboles en la Alameda de la Paz	EP	Amazonas	Chachapoyas	Chachapoyas
2	Placa y Parque de la Paz	EP	Áncash	Huaraz	Independencia/ Barrio de Nicrupampa
3	Placa en memoria de las víctimas del conflicto	PS	Áncash	Santa	Chimbote
4	Placa en memoria del padre Sandro Dordi	PS	Áncash	Santa	Santa
5	Mural por 15 años de impunidad de la desaparición de 9 campesinos de Santa	MP	Áncash	Santa	Santa / Molino de Santa
6	Monumento La Hermita en memoria del padre Sandro Dordi	MM	Áncash	Santa	Santa / Pampa Vinzos - rinconada
7	Plaza de la Memoria (Mural / monumento y placa destruidos)	MP	Apurímac	Abancay	Abancay / Villa Ampay

* Cuadro actualizado y reelaborado por Victor Manuel Quinteros, complementa el artículo de su autoría *Diagnóstico sobre memoriales públicos y reparación de víctimas de desaparición forzada*. La versión original del cuadro está contenida en el libro de Felix Reátegui, *Los sitios de la memoria, procesos sociales de conmemoración*, editado por el IDEHPUCP, 2010.

¹ Relación actualizada a julio de 2011.

8	Mural en memoria de las víctimas del conflicto (masacre de Chaupiorcco)	MP	Apurímac	Abancay	Chaupiorcco
9	Mausoleo para las víctimas de Chaupiorcco	MC	Apurímac	Abancay	Chaupiorcco
10	Plazoleta de la Verdad, Justicia y Reconciliación	EP	Apurímac	Andahuaylas	Andahuaylas / El Chumbao
11	Plaza y monumento El Ojo que Lloro	MM	Apurímac	Aymaraes	Toraya / Comunidad campesina de Llinque
12	Paloma por la Paz	MM	Apurímac	Aymaraes	Andahuaylas / El Chumbao
13	Entierro de restos de nueve víctimas en La Cabaña	MC	Apurímac	Chincheros	Ongoy / La Cabaña
14	Parque en homenaje a los periodistas muertos en Uchuraccay	EP	Arequipa	Arequipa	Arequipa
15	Museo de la Memoria (Paz y Esperanza, Fondo Contra Valor Perú Alemania, Municipalidad Distrital de Totos)	CM	Ayacucho	Cangallo	Totos
16	Monumento en homenaje a las víctimas de la violencia en Totos	MM	Ayacucho	Cangallo	Totos

17	Museo de la Memoria Anfasep (CNDDHH, Mimes, GTZ, otros)	CM	Ayacucho	Huamanga	Ayacucho
18	Parque y escultura de la memoria Anfasep	MM	Ayacucho	Huamanga	Ayacucho
19	Monumento y plaza en homenaje a los periodistas víctimas de la violencia política	MM	Ayacucho	Huamanga	Ayacucho
20	Placa recordatoria CVR	PS	Ayacucho	Huamanga	Ayacucho/ Plaza de Armas
21	Piedra en la Plaza Mayor: homenaje de las Fuerzas Armadas a los miembros de los comités de autodefensa	MM	Ayacucho	Huamanga	Ayacucho/ Plaza Mayor
22	Mural con poema de Edith Lagos	MP	Ayacucho	Huamanga	Ayacucho/ Residencia universitaria - Universidad Nacional San Cristóbal de Huamanga
23	Renombramiento de avenida (Av. 26 de enero, fecha de la muerte de los periodistas en Uchuraccay)	VP	Ayacucho	Huamanga	Ayacucho/ Urbanización Mariscal Cáceres
24	Escultura Mujer, Paz	MM	Ayacucho	Huamanga	Ayacucho / Frente al hospital de la ciudad

25	Cruz de La Hoyada - Cabitos	MM	Ayacucho	Huamanga	Zona colindante al cuartel Los Cabitos
26	La plaza y placa 21 de mayo de 1983 a los mártires fallecidos en esa fecha	EP	Ayacucho	Huancasancos	Sacsamarca
27	Cruz de los desaparecidos en cementerio	MC	Ayacucho	Huancasancos	Sacsamarca
28	Mausoleo por las víctimas de la violencia	MC	Ayacucho	Huancasancos	Santiago de Lucanamarca
29	Pirámide a las víctimas de Lucanamarca	MM	Ayacucho	Huancasancos	Santiago de Lucanamarca
30	Renominación de pasajes, jirones y avenidas de Huanta	VP	Ayacucho	Huanta	Huanta
31	Casa de la Memoria Yuyana Wasi (APROHVIPH, Instituto de Diálogo y Propuestas, Municipalidad Provincial de Huanta)	CM	Ayacucho	Huanta	Huanta
32	Mausoleo para los periodistas fallecidos	MC	Ayacucho	Huanta	Huanta / Cementerio de la ciudad
33	Gruta en memoria del periodista Hugo Bustíos	MM	Ayacucho	Huanta	Huanta / Comunidad de Quinrapa

34	Placa Por Justicia, Verdad, Reparaciones y Paz	PS	Ayacucho	Huanta	Huanta / Exterior del estadio
35	Murales estadio de Huanta (Jaime Ayala y otros)	MM	Ayacucho	Huanta	Huanta / Comunidad de Quinrapa
36	Mural Madre Esperanza	MP	Ayacucho	Huanta	Huanta
37	Arco con inscripción «Al pueblo que luchó por la paz»	MM	Ayacucho	Huanta	Iguaín / Centro poblado de Villa Florida
38	Centro de memoria de Putacca (ONG Paz y Esperanza, Comuneros)	CM	Ayacucho	Huamanga	Vinchos/ Comunidad de Putacca
39	Murales - Putacca	MP	Ayacucho	Huanta	Vinchos/Comunidad de Putacca
40	Tótem de la memoria	MM	Ayacucho	Huanta	Vinchos/ Comunidad de Putacca
41	proyecto mural “Alegoría a Putis”	MP	Ayacucho	Huanta	Santillana / Putis
42	Mausoleo a las víctimas de la violencia en Putis	MC	Ayacucho	Huanta	Santillana / Rodeo
43	Casa del recuerdo de Pampachacra (comunidad de Pampachacra, CMAN)	CM	Ayacucho	Huanta	Comunidad Pampachacra
44	Monumento en memoria de las víctimas de la violencia de Anco	MM	Ayacucho	La Mar	Anco

45	Placa recordatoria en memoria de las víctimas del distrito de Cayara	PS	Ayacucho	Víctor Fajardo	Cayara / Comunidad de Cayara
46	Murales	MP	Ayacucho	Vilcashuaman	Accomarca
47	Casa de la memoria de Huamanquiua (AFDEH, Instituto de Diálogo y Propuestas y el Fondo de Pequeños Proyectos Christian Aid)	CM	Ayacucho	Fajardo	Huamanquiua
48	Mausoleo	MC	Cusco	Chumbivilcas	Santo Tomás / Cementerio Santo Tomás
49	Parque de la Memoria en homenaje a las víctimas	EP	Huancavelica	Angaraes	Chincho / Chincho
50	Camposantos	MC	Huancavelica	Angaraes	Santo Tomás de Pata
51	Renombramiento de calles	VP	Huancavelica	Huancavelica	Huancavelica
52	Casa de la Memoria (Adfada, Municipalidad Provincial de Huancavelica)	CM	Huancavelica	Huancavelica	Huancavelica
53	Placa recordatoria	PS	Huancavelica	Huancavelica	Huancavelica / Universidad de Huancavelica
54	Monumento y placa recordatoria	MM	Huancavelica	Huancavelica	San José de Acobambilla/ Plaza principal

55	Mástil y bandera blanca en memoria de las víctimas de Colpa	MM	Huánuco	Ambo	Colpas / Plaza central de Colpas
56	Mural de la CVR Después del Silencio y la Verdad	MP	Huánuco	Huánuco	Huánuco / Exteriores Universidad Nacional Hermilio Valdizán
57	Busto y placa en memoria del docente Carlos Gallardo Malpartida	MM	Huánuco	Huánuco	Huánuco / Universidad Hermilio Valdizán
58	Placa recordatoria y mural La Paz es Hija de la Justicia	MP	Huánuco	Leoncio Prado	Rupa Rupa / Muro externo de la Universidad Nacional Agraria de la Selva
59	Parque de la Paz y Reconciliación	EP	Huánuco	Leoncio Prado	Rupa Rupa / Tingo María
60	Nichos en el cementerio	MC	Ica	Chumbivilcas	Santo Tomás/ Cementerio
61	Parque de la Reconciliación	EP	Ica	Ica	Ica
62	Monumento a Saúl Cantoral	MM	Ica	Nazca	Marcona
63	Parque de la Memoria	EP	Junín	Angaraes	Chincho / Chincho
64	Obelisco y plazoleta	MM	Junín	Concepción	San José de Quero / Centro poblado San Pedro de Sulcán

65	Casa de la Memoria (CEIDHU, Municipalidad Distrital de Chilca)	CM	Junín	Huancayo	Chilca
66	Parque Mártires del Periodismo	EP	Junín	Huancayo	Huancayo / Sala consistorial de la Municipalidad Provincial de Huancayo
67	Parque de la Reconciliación y la Paz	EP	Junín	Huancayo	Huancayo / Universidad Nacional del Centro del Perú
68	Plaza de los Chasquis	EP	Junín	Jauja	Acolla
69	Plazuela de la Dignidad Huamachuquina	EP	La Libertad	Sánchez Carrión	Sánchez Carrión
70	Casa de la Memoria en Huamachuco (Asociación de Víctimas de la Violencia Política - AVP-Sánchez Carrión)	CM	La Libertad	Sánchez Carrión	Huamachuco
71	Placa y Parque por la Paz	EP	La Libertad	Trujillo	Trujillo / San Andrés

72	Murales de la Brigada Muralista	MP	Lima	Lima	Distintas intervenciones el centro histórico, El Agustino, Villa El Salvador, Comas, Carabaylo, San Juan de Lurigancho, San Juan de Miraflores y Huaycán	TG	VG
73	Monumento de los Mártires de Huaycán	MM	Lima	Lima	Ate / Huaycán	GI	MD
74	Placa recordatoria - víctimas de la violencia en la Carretera Central (Ate)	PS	Lima	Lima	Ate / Vitarte	GI	MD
75	Monumento en memoria de los familiares de Jicamarca	MM	Lima	Lima	Ate / Huachipa / Jicamarca / Villa Esperanza	GI	M
76	Mausoleo en memoria de las víctimas de La Cantuta	MC	Lima	Lima	Cercado de Lima / Cementerio El Ángel	GI	MD
77	Monolito a los Mártires de Uchuraccay	MC	Lima	Lima	Cercado de Lima / Cementerio El Ángel	GI	M
78	Óvalo de la Paz en El Agustino	EP	Lima	Lima	El Agustino	TV	VG

79	Obelisco en el Patio de Honor de Palacio de Gobierno en memoria de los defensores de la democracia (funcionarios públicos y líderes sociales)	MM	Lima	Lima	Lima / Palacio de Gobierno	GI	M
80	Alameda y monumento El Ojo que Llorá	MM	Lima	Lima	Jesús María	TG	VG
81	Placa en memoria de las y los religiosos fallecidos durante el CAL. Confer	PS	Lima	Lima	Jesús María	GI	M
82	Museo de la Dircote	CM	Lima	Lima	Lima	TE	GS
83	Estela y pileta en homenaje a las víctimas del atentado en la calle Tarata	MM	Lima	Lima	Miraflores	GI	M
84	Terreno del Museo Casa de la Memoria	CM	Lima	Lima	Miraflores	TG	VG
85	Renombramiento de calle en memoria del coronel Juan Valer Sandoval	VP	Lima	Lima	Pueblo Libre	TI	M
86	Monumento Juan Valer Sandoval	MM	Lima	Lima	Pueblo Libre	TI	M
87	Obelisco a los mártires de la pacificación	MM	Lima	Lima	San Borja	GI	M

88	Muestra fotográfica Yuyanapaq	MF	Lima	Lima	San Borja	TG	VG
89	Cenotafio de los Héroes del Cuartel del Ejército	MM	Lima	Lima	San Borja	GI	M
90	Plaza y cruz No Matarás en memoria del asesinato de 8 presos y la religiosa Juana Sawyer	MM	Lima	Lima	San Juan de Lurigancho	GI	M
91	Monumento a las víctimas (S JL) - Piedra Grande	MM	Lima	Lima	San Juan de Lurigancho	GI	MD
92	Mausoleo y placas en memoria de las víctimas de La Cantuta	MM	Lima	Lima	San Juan de Lurigancho / Universidad Enrique Guzmán y Valle	GI	MD
93	Árbol, escultura y placa en memoria de César y Cecilia Cortez Arens	MM	Lima	Lima	San Miguel / Pontificia Universidad Católica del Perú	GI	M
94	Plaza de la Memoria (motivo conmemorativo en cemento)	MM	Lima	Lima	San Miguel / Pontificia Universidad Católica del Perú	GI	MD
94	Plaza de la Memoria (motivo conmemorativo en cemento)	MM	Lima	Lima	San Miguel / Pontificia Universidad Católica del Perú	GI	MD

95	Monumento a Marielena Moyano	MM	Lima	Lima	Villa El Salvador	TI	M
96	Monumento en honor a la verdad para la reconciliación y la esperanza (Villa María del Triunfo, Villa El Salvador y San Juan de Miraflores)	MM	Lima	Lima	Villa María del Triunfo	GI	MD
97	Cenotafio PNP	MC	Lima	Lima	Chorrillos / Campo Santo	GI	M
98	Mural del cenotafio a los héroes y mártires de la PNP	MM	Lima	Lima	Surquillo / Complejo Policial Walter Rosas León	GI	M
99	Parque Héroes de la Paz (monumento a víctimas Chavín de Huántar)	MM	Lima	Lima	Surquillo	GI	M
100	Monumento Paloma de la Paz	MM	Pasco	Daniel Carrión			
101	Monumento Paloma de la Paz	MM	Pasco	Oxapampa			
102	Monumento Paloma de la Paz	MM	Pasco	Pasco			
103	Plaza de la Paz	EP	Piura	Ayabaca	Ayabaca / Plaza Mayor de Ayabaca		
104	Placa y estela de la memoria en homenaje a los caídos en Huarmaca	MM	Piura	Huanca-bamba	Huarmaca / caserío de Hualquiuro		

105	Pedestal, placa recordatoria y 8 árboles plantados en memoria de las 3 víctimas del caserío de Ingano Grande	PS	Piura	Huancabamba	Sondorillo
106	Placa y estela del recuerdo	MM	Piura	Piura	Piura / Parque del Reloj Solar
107	Óvalo, monumento y placa recordatoria en memoria de los muertos y desaparecidos del Alto Mayo	MM	San Martín	Moyobamba	Habana / Plaza de Armas
108 ²	Plaza por la Paz	EP	Ucayali	Coronel Portillo	Yarinacocha

² Fueron registrados un total de 108 memoriales. Sin embargo, a esta cifra se sumarían los memoriales públicos anunciados en conmemoración a las nueve víctimas de “El Santa”, cuyos restos fueron hallados en agosto de 2011. Las víctimas de “El Santa”, campesinos del lugar, fueron detenidas por miembros del grupo de aniquilamiento “Colina” el 2 de mayo de 1992, y desde esa fecha no se tuvo conocimiento de su paradero.

Detalle de códigos y variables

Cod.	Tipo de memorial público
MF	Muestras fotográficas
MP	Murales públicos
MM	Monumentos
MC	Memoriales en cementerios
EP	Espacios públicos
PS	Placas
CM	Casas de la memoria, museos
VP	Vía pública (nombre de avenidas)

Memoriales de Lima por objeto de conmemoración	
Cod.	Categoría
TG	Temática general
TV	Valores (paz, memoria)
TI	Individuo
GI	Grupo de individuos
TE	Tema específico

Memoriales de Lima por tipo de afectación	
Cod.	Categoría
VG	Violencia en general
GS	Sobre grupos subversivos
M	Muertos
MD	Muertos + desaparecidos
D	Desaparecidos

Colaboradores

JOSÉ ALEJANDRO GODOY

Bachiller en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP) y diplomado en Periodismo Político y Análisis Cultural por la Universidad Antonio Ruiz de Montoya. En el IDEHPUCP se desempeñó como investigador en el proyecto Justicia y Derechos Humanos en el Perú: Asesoría, Capacitación y Seguimiento para una Eficaz Judicialización de las Violaciones de Derechos Fundamentales, entre octubre de 2008 y noviembre de 2009, y entre abril de 2010 y mayo de 2011. Actualmente se desempeña como asistente de la Dirección de Proyectos del mismo instituto y es columnista en *Diario 16*.

GLORIA GUZMÁN

Abogada por la Universidad Externado de Colombia. Con especialización en Derecho Comercial por la Universidad Externado de Colombia y en Derecho Penal y Criminología por la Universidad Autónoma de Colombia. Titular del Juzgado 56 Penal del Circuito con competencia nacional para el juzgamiento de casos de violaciones de derechos humanos contra personas sindicalizadas. Fue fiscal de la Unidad Nacional de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario de la Fiscalía General de la Nación de Colombia. Docente universitaria y consultora internacional en temas de derechos humanos.

INGRID DÍAZ

Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Ha sido profesora adjunta de Derecho Penal en la Facultad de Derecho de la referida casa de estudios. En la actualidad, es alumna del Máster en Derecho Penal de la Universidad de Salamanca (España).

LUIS HUERTA

Abogado, magíster en Derecho Constitucional y candidato a doctor por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Es profesor de Derecho Constitucional y Derecho Procesal Constitucional en la PUCP y la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Ha sido asesor principal de

la Comisión de Constitución y Reglamento del Congreso de la República del Perú, asesor jurisdiccional del Tribunal Constitucional, comisionado de la Adjuntía en Asuntos Constitucionales de la Defensoría del Pueblo y consultor de la Oficina de Control de la Magistratura del Poder Judicial. Actualmente es procurador público especializado en materia constitucional del Ministerio de Justicia.

SALOMÓN LERNER FEBRES

Presidente ejecutivo del IDEHPUCP. Doctor en Filosofía y licenciado especial en Derecho Europeo por la Universidad de Lovaina (Bélgica). Fue rector de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP) entre 1994 y 2004, y actualmente es rector emérito de la misma casa de estudios. Presidió la Comisión de la Verdad y Reconciliación del Perú (CVR) y fue vicepresidente de la Comisión de Alto Nivel para la Gestión e Implementación del Lugar de la Memoria.

YVAN MONTOYA

Doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca (España). Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Es profesor del Departamento de Derecho de esa casa de estudios. Fue coordinador de la Maestría en Derecho Penal de la PUCP y jefe de la Unidad de Extradiciones de la Procuraduría Ad Hoc para los casos Fujimori-Montesinos. Es miembro del IDEHPUCP y actual coordinador del Proyecto Anticorrupción del referido instituto.

VÍCTOR MANUEL QUINTEROS

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Con estudios de Maestría en Ciencia Política por la misma casa de estudios y Diploma de Postítulo en Derechos Humanos y Procesos de Democratización por la Universidad de Chile. Fue coordinador ejecutivo del IDEHPUCP y coordinador del proyecto Justicia y Derechos Humanos en el Perú: Asesoría, Capacitación y Seguimiento para una Eficaz Judicialización de las Violaciones de Derechos Fundamentales. Fue observador permanente para el Centro Internacional para la Justicia Transicional (ICTJ), del juicio por derechos humanos seguido contra el expresidente Alberto Fujimori. Actualmente es coordinador del Observatorio Anticorrupción de la Procuraduría Pública Especializada en Delitos de Corrupción del Ministerio de Justicia.

TEMAS DE DERECHO PENAL Y VIOLACIÓN DE
DERECHOS HUMANOS
se terminó de imprimir
en Gráfica Columbus S.R.L.
Pedro Ruiz Gallo 292, Lima 5
Telf.: 423 4433 - 999 014 694