

JUDICIALIZACIÓN DE VIOLACIONES DE DERECHOS HUMANOS

APORTES SUSTANTIVOS Y PROCESALES

VÍCTOR MANUEL QUINTEROS
COORDINADOR

JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS
DERECHOS HUMANOS JUSTICIA Y DERECHOS
HUMANOS JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS
JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS JUSTICIA
DERECHOS HUMANOS JUSTICIA Y DERECHOS
HUMANOS JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS
JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS JUSTICIA
DERECHOS HUMANOS JUSTICIA Y DERECHOS
HUMANOS JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS
JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS JUSTICIA
DERECHOS HUMANOS JUSTICIA Y DERECHOS
HUMANOS JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS
JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS JUSTICIA
DERECHOS HUMANOS JUSTICIA Y DERECHOS
HUMANOS JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS
JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS JUSTICIA
DERECHOS HUMANOS JUSTICIA Y DERECHOS
HUMANOS JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS
JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS JUSTICIA
DERECHOS HUMANOS JUSTICIA Y DERECHOS
HUMANOS JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS



PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

JUDICIALIZACIÓN DE VIOLACIONES DE DERECHOS HUMANOS

APORTES SUSTANTIVOS
Y PROCESALES

VÍCTOR MANUEL QUINTEROS
COORDINADOR



PONTIFICIA **UNIVERSIDAD CATÓLICA** DEL PERÚ

Judicialización de violaciones de derechos humanos: aportes sustantivos y procesales
Víctor Manuel Quinteros | coordinador

Colaboraron en la edición: Inés Martens y José Alejandro Godoy

Primera edición: marzo de 2010

Tiraje: 1000 ejemplares

© Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo (AECID), 2010
Av. Jorge Basadre 460, Lima 27 - Perú
Teléfono: (51 1) 202-7000
Fax: (51 1) 221-2301
www.aecid.pe

© Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP), 2010
Tomás Ramsey 925, Lima 17 - Perú
Teléfono: (51 1) 261-5859
Fax: (51 1) 261-3433
www.pucp.edu.pe/idehpucp

© Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), 2010
Los Cedros 269, Lima 27 - Perú
Teléfono: (51 1) 215-6969
Fax: (51 1) 421-2304
www.pnud.org.pe

Cuidado de la edición: Rocío Reátegui
Diseño de cubierta e interiores: Renzo Espinel y Luis de la Lama

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 2009-15460

Impreso en el Perú - Printed in Peru

Índice

Presentación	11
SALOMÓN LERNER FEBRES	

Introducción	13
VÍCTOR MANUEL QUINTEROS	

PRIMERA PARTE

TALLERES: «HERRAMIENTAS JURÍDICAS PARA EL PROCESAMIENTO PENAL DE VIOLACIONES DE DERECHOS HUMANOS»	21
---	----

Verdad y justicia

Comisiones de la verdad y justicia transicional	25
FÉLIX REÁTEGUI	

Derecho penal constitucional

Relaciones de coordinación interpretativa entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema, con especial incidencia en los procesos penales	43
ROGER RODRÍGUEZ	

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	55
LUIS HUERTA	

El derecho penal constitucional: interpretación y aplicación	63
ROBERTO PEREIRA	

Derecho penal sustancial

La imputación de responsabilidad individual
en comportamientos macrocriminales 79
YVAN MONTOYA

Tipos penales de tortura y desaparición forzada: características
y concurso de delitos 89
YVAN MONTOYA

Apuntes sobre la tipificación del delito de desaparición forzada
de personas en el Perú 99
IVÁN MEINI

Derecho procesal penal

Algunos apuntes sobre la prueba en el proceso penal 111
LUIS VARGAS

La actividad probatoria en procesos por violaciones
de derechos humanos: el juicio contra Alberto Fujimori 119
JULIO ESPINOZA

Elementos para la investigación de crímenes de sistema
en el sistema penal peruano 127
CAMILO BERNAL

SEGUNDA PARTE

ARTÍCULOS DE ANÁLISIS 147

Caso Chavín de Huantar

La autoría mediata por dominio de organización en el caso Chavín
de Huantar: la ausencia de individualización de los ejecutores 151
YVAN MONTOYA

El caso Chavín de Huantar y algunos problemas pendientes
de la justicia militar policial en el Perú 165
ROBERTO PEREIRA

Caso Los Laureles

El concepto <i>desaparición forzada</i> en el delito de desaparición forzada de personas	187
IVÁN MEINI	
Tratamiento de la prueba en el delito de desaparición forzada: especial referencia a la prueba indiciaria	207
LUIS VARGAS	
ANEXOS	221
ANEXO 1	
Cuadros informativos de casos presentados por la CVR al Poder Judicial y al Ministerio Público	223
ANEXO 2	
Cuadro de seguimiento de casos presentados por la CVR al Poder Judicial y al Ministerio Público	229
COLABORADORES	239

Presentación

El Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP) nació en el 2004, como producto del compromiso de esta casa de estudios con el trabajo de la Comisión de la Verdad y Reconciliación (CVR). En sus más de cinco años de funcionamiento, el IDEHPUCP se ha constituido en un importante referente académico sobre temas fundamentales para la vigencia de los derechos humanos y el fortalecimiento del Estado de derecho en nuestro país. Desde sus inicios, uno de sus principales objetivos ha sido colaborar en el seguimiento e implementación de las recomendaciones de la CVR, entre ellas, las relacionadas con el fortalecimiento de las instituciones encargadas de la investigación y judicialización de las violaciones de derechos humanos acontecidas durante las décadas del conflicto armado interno (1980-2000).

Conocida la magnitud de los hechos acontecidos en los años de violencia en el Perú (1980-2000), no cabía duda del largo y accidentado camino que debía recorrerse para superar sus graves secuelas y de que para mirar hacia el futuro y avanzar como país era necesario revisar nuestro pasado y reivindicar en su dignidad y derechos a aquellas personas que los vieron vulnerados. Es por ello que como institución comprometida con esta labor consideramos fundamental aportar, desde una mirada académica, en la consolidación de capacidades de los operadores de justicia encargados de la importante y compleja tarea de descifrar la verdad de los hechos y determinar las responsabilidades que —en cada caso— permitan a los agraviados alcanzar justicia.

En ese sentido, el proyecto «Justicia y derechos humanos en el Perú: asesoría, capacitación y seguimiento para una eficaz judicialización de las violaciones de derechos fundamentales», cuya etapa final está marcada por esta publicación, es una de las iniciativas que concretan nuestros constantes esfuerzos por colaborar con el proceso de implementación de las recomendaciones de la CVR en el ámbito judicial, siempre a través de la especialización y perfeccionamiento de jueces y fiscales, desde la perspectiva técnica y académica que corresponde a toda entidad universitaria.

Luego de la ejecución de este proyecto nos sentimos satisfechos por haber reafirmado los canales de mutua colaboración con el Ministerio Público y el

Poder Judicial, pero al mismo tiempo somos conscientes de que aún existe un largo camino por recorrer y un arduo trabajo pendiente por parte de todas aquellas instituciones involucradas con la judicialización de los casos. Estamos convencidos de que solo un esfuerzo conjunto, profesional y comprometido permitirá la consecución de resultados positivos y una respuesta efectiva a la siempre postergada exigencia de verdad y justicia encarnada por las miles de víctimas del conflicto.

Como producto final de la labor realizada, presentamos el libro *Judicialización de violaciones de derechos humanos: aportes sustantivos y procesales*, publicación que recoge las principales ponencias de los talleres de capacitación desarrollados durante el proyecto, así como una selección de artículos que analizan temas de vigente interés en materia de procesamiento penal de violaciones de los derechos humanos.

Al concluir el proyecto, queremos expresar nuestro agradecimiento a la Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo (AECID) y al Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) —organizaciones que canalizaron su cooperación a través del Fondo Fiduciario España-PNUD «Hacia un Desarrollo Integrado e Inclusivo en América Latina y El Caribe»—, por la confianza depositada en nuestra institución. Sin su valioso aporte no hubiese sido posible concretar el trabajo que hoy les presentamos.

SALOMÓN LERNER FEBRES
Presidente ejecutivo del IDEHPUCP
Lima, octubre de 2009

Introducción

Transcurridos seis años desde la entrega del *Informe Final* de la Comisión de la Verdad y Reconciliación (CVR)¹ y estando pendiente —aún— el cumplimiento integral de sus recomendaciones, incluidas las de justicia por graves violaciones de derechos humanos, las condiciones propias de un contexto de transición democrática en nuestro país no pueden considerarse superadas.

Al hablar de transición democrática nos referimos concretamente al proceso iniciado en noviembre de 2000, época en la que el ex presidente Alberto Fujimori huyó del Perú luego de ser descubierta la red de corrupción que operó impunemente durante su gobierno, y en el marco de la cual, una vez instaurado el Gobierno de Transición Democrática liderado por el ex presidente Valentín Paniagua, el nuevo régimen emprendió la fundamental tarea de recuperar la democracia y superar la debilidad institucional heredada del autoritarismo vigente hasta aquel entonces.

Este contexto determinó la creación de la CVR como una respuesta oficial a la necesidad de esclarecer las causas y consecuencias del conflicto armado interno que enfrentó a agentes del Estado y grupos terroristas entre 1980 y el 2000, y al mismo tiempo una creciente demanda de justicia frente a la impunidad de numerosas violaciones de derechos humanos atribuidas a ambos actores, siendo el Ministerio Público y el Poder Judicial las instituciones encargadas de asumir su investigación y juzgamiento.

El 28 de agosto de 2003, al presentar su *Informe Final*, la CVR estimó en más de 69.000 el número de muertes ocurridas durante el conflicto, declaró al Partido Comunista del Perú-Sendero Luminoso (PCP-SL) el principal perpetrador de crímenes y violaciones contra los derechos humanos y, como producto de un riguroso análisis, definió el patrón sistemático y generalizado

¹ La CVR fue creada por el Gobierno peruano con el encargo de esclarecer el proceso, los hechos y 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 de proponer iniciativas destinadas a afirmar la paz y la concordia entre los peruanos.

en el que se enmarcaron —*en ciertos lugares y momentos del conflicto*— los crímenes atribuidos a los agentes estatales. Sin duda, el panorama descrito por este *Informe* suponía la judicialización de un número considerable de casos, lo que significó todo un desafío para el sistema de justicia en términos de organización y especialización, atendiendo a la naturaleza compleja de los casos y las dificultades probatorias inherentes al tiempo transcurrido desde que fueron perpetrados los crímenes. Frente a ello, la respuesta oportuna del Estado fue la creación, desde el 2004, de un subsistema conformado por salas, juzgados y fiscalías especializadas con competencia exclusiva —en un primer momento— para conocer delitos de terrorismo y violaciones de derechos humanos.

Cinco años después de la creación del subsistema especializado deben reconocerse importantes avances en la judicialización de los casos, lo que se expresa en algunos procesos con sentencia definitiva y la producción de una interesante jurisprudencia; sin embargo, debe considerarse también que la gran cantidad de casos pendientes de resolver, la mayor parte de ellos en etapas de instrucción e investigación preliminar, representa un claro indicador de la gran demanda de justicia aún vigente en esta materia y de que el trabajo de los órganos especializados, como la Sala Penal Nacional y los juzgados y fiscalías especializadas, aún está lejos de concluir.

El Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP), entidad académica representativa del compromiso de la Pontificia Universidad Católica del Perú con las recomendaciones de la CVR, no ha sido ajeno a este proceso y asumió su acompañamiento de modo paralelo al inicio de sus actividades. De esta manera, en sus más de cinco años de presencia institucional, ha apostado por el fortalecimiento de las capacidades de los miembros del Poder Judicial y del Ministerio Público, encargados del procesamiento penal de violaciones de derechos humanos, lo que se concretó en sucesivos proyectos, como el denominado «Capacitación en acceso a la justicia y procesamiento de violaciones de derechos humanos», ejecutado en el 2004 y el proyecto «Fortalecimiento de la política de procesamiento de violaciones de derechos humanos», ejecutado entre el 2005 y el 2007, iniciativas a partir de las cuales, el IDEHPUCP ha logrado convertirse en un referente técnico y académico en la materia, manteniendo desde el 2005 un seguimiento permanente al trámite de aquellos casos investigados por la CVR,² cuyos hallazgos y resultados fueron aportados al Ministerio Público y el Poder Judicial simultáneamente a la entrega de su *Informe Final*.

² Al concluir su trabajo, la CVR entregó los resultados de 47 investigaciones, 45 fueron presentadas al Ministerio Público y 2 al Poder Judicial.

La presente publicación, titulada *Judicialización de violaciones de derechos humanos: aportes sustantivos y procesales*, hace parte del proyecto «Justicia y derechos humanos en el Perú: asesoría, capacitación y seguimiento para una eficaz judicialización de las violaciones de derechos fundamentales», iniciativa apoyada por el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) y la Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo (AECID), cuya ejecución por parte del IDEHPUCP, entre octubre de 2008 y noviembre de 2009, significó la continuidad de los dos proyectos anteriores, tanto en la capacitación de magistrados, como en el seguimiento de casos investigados por la CVR y la difusión —por medio de la web— de información especializada en materia de procesamiento penal de violaciones de derechos humanos.

Es a través de este último proyecto, que el IDEHPUCP ha procurado seguir contribuyendo —desde una perspectiva académica— con el trabajo desarrollado por los órganos del subsistema especializado, incluyendo, esta vez, a los magistrados y personal auxiliar de otros órganos no especializados que conocen procesos afines, como es el caso de aquellos que forman parte del subsistema penal anticorrupción, donde se ventilan casos vinculados con la red de corrupción que operó durante el régimen del ex presidente Fujimori, como los crímenes atribuidos al grupo de aniquilamiento Colina, entre otros.

Aun cuando el trabajo desplegado por los órganos especializados ha merecido justificados reconocimientos por sentencias como la dictada contra Abimael Guzmán Reinoso y otros dirigentes del PCP-SL, otras —sentencias—, como consecuencia natural del escrutinio social a la labor jurisdiccional, no han generado el mismo nivel de consenso en la opinión pública, lo que demuestra la necesidad de seguir creando y promoviendo espacios de debate y formación académica que, además de profundizar en las materias de vigente interés, respondan a nuevos desafíos y dificultades, tal como ocurre con el tratamiento de la prueba aplicada a casos de naturaleza compleja en sus distintas etapas, lo que involucra su recopilación en fase preliminar, hasta su presentación, actuación, sustentación y valoración en fase judicial, tarea que compromete a todos los actores del proceso (representantes del Ministerio Público, Poder Judicial y la parte civil).

El proyecto «Justicia y derechos humanos en el Perú» complementó la capacitación integral en materia de derechos humanos impartida en los proyectos previos y profundizó en la temática propia del derecho penal aplicado a dicha especialidad, lo que motivó que los talleres de capacitación incluyeran módulos de derecho penal constitucional, derecho penal sustancial y derecho procesal penal, siendo el dictado de esta última materia, pertinente para aproximar el aporte del IDEHPUCP a las cuestiones probatorias antes anotadas, en particular, el tratamiento de la prueba indiciaria, aspecto desarrollado con amplitud por la Sala Penal Especial de la Corte Suprema, en el marco del juicio seguido

contra el ex presidente Alberto Fujimori por graves violaciones contra los derechos humanos, pieza jurisprudencial —por lo demás— de imprescindible estudio y debate.

Entre las actividades desarrolladas por el proyecto se incluyen cuatro talleres de capacitación dirigidos a magistrados especializados y personal auxiliar de las regiones Junín, Ayacucho y Lima; el sostenimiento y ampliación de un Grupo de Interés —virtual— constituido principalmente por más de trescientos operadores del sistema de justicia; el seguimiento de los casos investigados por la CVR; la elaboración de crónicas judiciales y artículos analíticos a partir de la observación de los juicios Chavín de Huántar y Los Laureles; la difusión de información relacionada con el procesamiento penal de violaciones de derechos humanos a través de la página web del proyecto; la distribución mensual de boletines especializados³ entre el Grupo de Interés y la red institucional del IDEHPUCP; y, finalmente, la presente publicación: *Judicialización de violaciones de derechos humanos: aportes sustantivos y procesales*.

Este último producto incluye, en su primera parte, una selección de diez ponencias escogidas de las cuatro versiones del taller «Herramientas jurídicas para el procesamiento penal de violaciones de derechos humanos», las que a su vez han sido distribuidas en cuatro bloques, según la afinidad y especialidad de los temas abordados.

De esta manera, el primer bloque, «Verdad y justicia», incluye un artículo de Félix Reátegui que aborda la temática de graves violaciones de derechos humanos desde la perspectiva de la justicia transicional. El segundo bloque, «Derecho penal constitucional», introduce, desde diferentes perspectivas, una dimensión propiamente jurídica que vincula y armoniza la aplicación del derecho penal sustantivo y procesal, con la vigencia de preceptos constitucionales y compromisos internacionales en materia de derechos humanos, a este bloque pertenecen las ponencias de Roger Rodríguez, Luis Huerta y Roberto Pereira. Al tercer bloque, «Derecho penal sustancial», pertenecen los artículos de Yvan Montoya, quien aborda temas de parte general como los diversos tipos de responsabilidad aplicables a comportamientos macrocriminales (coautoría, autoría mediata, responsabilidad del superior, entre otros) y de parte especial, al profundizar en el análisis de la tipificación del delito de tortura e introducir reflexiones preliminares sobre la tipificación del delito de desaparición forzada de personas, tema, este último, desarrollado con mayor amplitud por Iván Meini. Finalmente, el cuarto bloque, «Derecho procesal penal», incluye los aportes de

³ Durante el curso del proyecto fueron distribuidos 12 boletines especializados, los que incluían una selección de extractos de jurisprudencia nacional e internacional y de doctrina especializada en materia de procesamiento penal de violaciones de derechos humanos.

Luis Vargas, quien desarrolla el tema de la prueba y su especial actuación y valoración en casos de violaciones de derechos humanos; de Julio Espinoza, quien profundiza en la aplicación de la prueba indiciaria a partir del análisis de la sentencia dictada contra el ex presidente Alberto Fujimori; y, por último, de Camilo Bernal, cuya ponencia aborda aspectos relacionados con la organización, estándares y métodos de investigación requeridos para el análisis de crímenes de sistema, tema enriquecido con referencias puntuales a la experiencia colombiana en dicha materia.

La segunda parte del libro, compila cuatro artículos de análisis elaborados sobre la base de las crónicas judiciales, producidas a partir de la observación de los juicios orales de los casos Chavín de Huántar⁴ y Los Laureles,⁵ ambos investigados por la CVR.

Con relación al caso Chavín de Huántar, se presentan los artículos de Yvan Montoya, quien profundiza en la aplicación de la autoría mediata por dominio de la organización y su impacto dogmático y procesal ante la imposibilidad de individualizar a los ejecutores directos del delito, y de Roberto Pereira, quien desarrolla aspectos problemáticos relacionados con la justicia militar policial.

A propósito del caso Los Laureles, se presentan los artículos de Iván Meini, quien aborda aspectos problemáticos vinculados al concepto de *desaparición forzada* desde la perspectiva del derecho penal material, y de Luis Vargas, quien se ocupa de los aspectos probatorios, en particular de la prueba indiciaria, aplicados a delitos de desaparición forzada de personas.

Finalmente, la tercera parte, «Anexos», presenta cuadros informativos sobre el estado de las investigaciones y procesos penales abiertos a partir de los casos investigados por la CVR. Estos cuadros incluyen datos específicos sobre aquellos casos que cuentan con sentencia definitiva o de primera instancia, número de casos según etapa procesal, número de casos con sentencia definitiva o de primera instancia, número de condenas según rango de penas, número de condenas según agente perpetrador, y, finalmente, un cuadro general —en versión resumida— con información procesal actualizada sobre cada uno de los casos.⁶

Con la presente publicación, concluyen las actividades del proyecto «Justicia y derechos humanos en el Perú: asesoría, capacitación y seguimiento

⁴ Referido a la ejecución extrajudicial de tres miembros del grupo subversivo Movimiento Revolucionario Túpac Amaru (MRTA), durante el rescate de los rehenes en la residencia del embajador de Japón en el Perú. Hecho ocurrido el 22 de abril de 1997.

⁵ Se refiere a la desaparición forzada de tres personas en la base contrasubversiva 313, ubicada en la ciudad de Tingo María (Huánuco). Las desapariciones ocurrieron en mayo y noviembre de 1990.

⁶ La versión completa del cuadro de seguimiento de casos CVR puede consultarse en <www.pucp.edu.pe/idehpucp>, página web del IDEHPUCP.

para una eficaz judicialización de las violaciones de derechos fundamentales», iniciativa que expresa el compromiso permanente y contribución efectiva del IDEHPUCP, con el fortalecimiento de capacidades de los operadores de justicia especializados y el sostenimiento de un subsistema de justicia eficaz en materia de investigación y juzgamiento de graves crímenes contra los derechos humanos. El libro *Judicialización de violaciones de derechos humanos: aportes sustantivos y procesales* hace parte de tal contribución al documentar los aportes académicos del proyecto y facilitar su consulta tanto a sus beneficiarios directos, como a todo magistrado, profesional, estudiante o persona interesada en conocer, profundizar o tomar como referente los temas allí desarrollados.

El proyecto recibió el invaluable apoyo de diversas personas e instituciones. En primer lugar, son depositarios principales de nuestra gratitud la Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo (AECID) y el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), gracias a cuyo aporte, a través del Fondo Fiduciario España-PNUD «Hacia un Desarrollo Integrado e Inclusivo en América Latina y El Caribe», fue posible el desarrollo de cada una de las actividades programadas.

Del mismo modo, merecen un agradecimiento especial quienes participaron como expositores en los talleres, algunos de ellos autores de los artículos analíticos de la segunda parte del libro. Su fundamental aporte, además de su disposición y compromiso con las actividades y objetivos del proyecto, redundó en el éxito y elevado nivel académico de las jornadas de capacitación. Ellos son Félix Reátegui, Roger Rodríguez, Luis Huerta, Roberto Pereira, Iván Meini, Luis Vargas, Julio Espinoza, Camilo Bernal e Yvan Montoya, correspondiendo a este último un reconocimiento especial por su colaboración como asesor jurídico-penal del proyecto.

Al equipo de trabajo del IDEHPUCP, corresponde el mérito de la efectiva ejecución del proyecto, fueron cruciales en ese sentido, la dedicación y esforzado trabajo de Inés Martens y José Alejandro Godoy, y la gestión logística y administrativa a cargo de Aída Ugarte. En dicho marco, debe destacarse también el permanente respaldo brindado por Salomón Lerner Febres y Miguel Giusti,⁷ presidente ejecutivo y director del IDEHPUCP, respectivamente.

Por último, es importante expresar nuestro agradecimiento a las personas e instituciones que en distintos momentos colaboraron con las actividades del proyecto, como Pablo Talavera y los integrantes de la Sala Penal Nacional, Víctor Cubas y los integrantes de las Fiscalías Penales Nacionales y Fiscalías Penales Supraprovinciales, Pastor Barrientos y los integrantes de la Corte Superior

⁷ Miguel Giusti fue director del IDEHPUCP hasta septiembre de 2009.

de Justicia de Junín, Carlos Cárdenas y los integrantes del Ministerio Público de Junín, Marcial Jara y los integrantes de la Corte Superior de Justicia de Ayacucho, y Zózimo González y los integrantes del Ministerio Público de Ayacucho. Hacemos extensivo el mismo agradecimiento a Iván Sequeiros, Rosa Bendezú, Paola Conco, Nereyda López, Fiorela González, Cynthia Aragón, Vladimir León y Jorge Abrego.

VÍCTOR MANUEL QUINTEROS
Coordinador del Proyecto
Lima, octubre de 2009

Primera parte

Talleres: «Herramientas jurídicas para el procesamiento penal de violaciones de derechos humanos»

Verdad y justicia

Comisiones de la verdad y justicia transicional

FÉLIX REÁTEGUI

En la presente ponencia, desarrollaré el tema «Comisiones de la verdad y justicia transicional», marcando con ello una diferencia con la dimensión específicamente jurídica y judicial que caracteriza a los tópicos que van a ocuparnos en los siguientes días. La temática que propongo desarrollar plantea la siguiente pregunta: ¿qué es lo que se suele hacer, qué es lo que se trata de hacer, qué es lo que se considera posible hacer para ofrecer algún grado o algún tipo de justicia a las personas que han sido víctimas de masivas y, muchas veces, atroces violaciones de derechos humanos en sociedades que han atravesado períodos de violencia armada o que han atravesado períodos de régimen dictatorial fuertemente represivo?

Ustedes habrán notado de inmediato que, cuando hablo del grado de justicia y los tipos de justicia que cabe proveer a las víctimas, no estoy hablando solamente de la dispensada por el Poder Judicial vía una sentencia, sino que me refiero a varias otras formas que pueden ser puestas en marcha por un Estado que reconoce la existencia masiva de víctimas y de violaciones de derechos humanos. Por lo tanto, el tema que me convoca se vincula en parte con el funcionamiento de un Poder Judicial, pero lo excede y se refiere a puntos que van más allá de lo hecho por el sistema de administración de justicia.

En el Perú, como en muchas sociedades que han atravesado períodos de violencia armada interna o de autoritarismo, el contexto es concreto y amplio al mismo tiempo: la existencia de decenas de miles de violaciones de derechos humanos que no han sido judicialmente procesadas, así como la existencia de decenas de miles de familiares de las víctimas de esas violaciones de derechos humanos que no han recibido reparaciones ni el reconocimiento de los hechos tal como ocurrieron por parte del Estado, la sociedad o los medios de comunicación. Entonces, es un horizonte en el cual hay decenas de miles de personas que viven cotidianamente afectadas en lo material, pero también en lo subjetivo, por una experiencia de injusticia permanente.

Contra la existencia de ese horizonte de problemas, los sistemas del Estado pueden seguir actuando como si se vivieran tiempos normales, o como si dichos problemas no existieran. Cuando ello ocurre y los órdenes del Estado —llamémoslos administración de justicia, administración de la economía o lo

que fuere— siguen actuando como en tiempos ordinarios, la paz es ficticia o por lo menos incompleta: se refiere solo al cese de la violencia armada, pero no a una vivencia de justicia al alcance de los miles de personas afectadas que quedan atrás.

Para construir una paz verdadera y durable —que incluya una experiencia social de justicia— es necesario hacerse cargo de la violencia previa, la enorme cantidad de personas afectadas y los rencores incubados en la sociedad, los cuales no se desvanecen simplemente porque se cierre los ojos ante ellos, sino que, probablemente, pueden agravarse en el caso de ser ignorados. Estos problemas podrían ser procesados institucionalmente en la medida en que se generen los canales para reconocer ese pasado y para hacer algo para que ese reconocimiento se exprese en términos diversos, incluido el judicial.

1. «Justicia transicional» o «Justicia de transiciones»

Ese es el tema del cual se ocupa la justicia transicional o, en términos más apropiados, «la justicia en las transiciones». Se refiere al tipo y los grados de justicia que podemos proveer a las víctimas en una sociedad que se halla en transición desde la violencia hacia la paz y/o desde el autoritarismo hacia la democracia. La justicia transicional es un campo de reflexión y prácticas en las cuales convergen el derecho, la psicología, la sociología, la antropología, la historia, etcétera. Se trata de un estudio multidisciplinario cuyos componentes diversos buscan converger para alumbrar ese momento de violencia o de autoritarismo, para entender qué es lo que ocurrió, a qué se ha llegado y qué es lo que se tiene que hacer a partir de dicha situación.

Las respuestas a estas interrogantes dan lugar a una serie de mecanismos de justicia transicional, los cuales pueden expresarse en organismos creados por el Estado o por la comunidad internacional para atender las secuelas de ese pasado violento. Entre esos mecanismos, uno sumamente conocido hoy en día, pero que solamente es uno entre varios, son las llamadas *comisiones de la verdad*, a las cuales me referiré más adelante. Por ahora, solo quiero dejar sentado que las comisiones de la verdad son uno de los mecanismos que se pueden poner en práctica para actuar en materia de justicia en transiciones.

A continuación dividiré mi exposición en tres puntos: el primero de ellos es la ubicación de la justicia transicional dentro de las transiciones políticas. En segundo lugar, voy a considerar el alcance de la justicia transicional, es decir, qué tipos y qué grados de justicia puede propiciarse una sociedad que transita desde la violencia y el autoritarismo; por qué algún tipo de justicia y

por qué no toda la justicia. Al considerar este tema me referiré a las dificultades que hay para hacer justicia plena y la necesidad de buscar algunos medios alternativos de justicia, así como el hecho de que la justicia haya devenido en una obligación legal de los Estados frente a las víctimas. En tercer lugar, voy a mencionar cuáles son los mecanismos de justicia transicional que han existido históricamente.¹

1.1. Transiciones políticas y justicia transicional

Comencemos por el primer tema, el de las transiciones políticas y la justicia transicional. Cuando hablamos de justicia transicional o justicia de transiciones nos referimos a un fenómeno que ocurre en un momento muy singular, específico en diversas sociedades: una transición. Antes nos referíamos a una transición política, tema que estudia muy intensamente la ciencia política, pero cuando hablo de transiciones políticas me refiero a un momento en el cual en una sociedad existe un gobierno dictatorial o autoritario —que puede ser militar o civil— fuertemente represivo de los derechos, y que en un cierto momento decide abandonar el poder y dejar que los partidos políticos civiles restauren el juego de las elecciones democráticas. Eso es lo que ocurre en una transición: los agentes de una dictadura se van y en su lugar entran los partidos políticos y organizaciones de la sociedad civil que restauran la competencia libre y legal por el poder.

La pregunta es la siguiente: *¿por qué el actor autoritario y dictatorial acepta abandonar el poder y por qué es posible que los actores civiles políticos partidarios puedan entrar a competir libremente por el poder?* La premisa empírica de dicha pregunta es que ese actor acepta abandonar el poder pacíficamente —si fuera de modo armado, no habría, en rigor, una pregunta política que hacerse—; esa premisa está de algún modo motivada por las experiencias históricas a las que me referiré muy escuetamente a continuación.

- En América Latina, durante la década de 1970, prácticamente todos los países de la región vivían bajo regímenes dictatoriales y, a finales de la década de 1970 e inicios y mediados de la década de 1980, todos esos países, sobre todo aquellos que tenían las dictaduras militares más férreas, experimentan un tránsito pacífico de la dictadura a la democracia: Argentina, Brasil, Uruguay, más tarde Chile, Ecuador y así sucesivamente.

¹ Históricamente, en este caso, representa los últimos treinta a treinta y cinco años aproximadamente.

- La segunda experiencia es la de Europa entre 1989 y 1990, cuando en el transcurso de un año y medio se derrumban las dictaduras comunistas que habían quedado ejerciendo el dominio sobre la Europa central y del este después del fin de la Segunda Guerra Mundial (Alemania oriental, Bulgaria, Yugoslavia, Hungría, Albania, Polonia) y dan paso a la restauración de regímenes democráticos en esta parte de Europa. Estos regímenes democráticos son imperfectos, vacilantes, precarios, algunos más robustos que otros, pero son una restauración de la competencia libre por el poder.
- El tercer caso es algo más difuso y es el referido a las diversas dictaduras que sucedieron a la descolonización de las naciones africanas desde la década de 1960. Como es sabido, el contexto de la Guerra Fría (1947-1989) propició que tanto los Estados Unidos cuanto la Unión Soviética respaldaran, en resguardo de sus intereses estratégicos, regímenes autoritarios en África.

Volvamos a la pregunta: *¿en qué circunstancias un actor autoritario acepta abandonar pacíficamente el poder y dejar que sus opositores asuman el gobierno?* Desde una perspectiva de análisis político, esta interrogante es respondida atendiendo a las variables estratégica o netamente tácticas, es decir, desde el punto de vista de los intereses en juego de los actores. Se observa, aquí, cómo es que la tensión entre dichos intereses da como resultado una transición, usualmente como producto de una negociación. Para entenderlo así es necesario esquematizar la actuación de los actores: su interés es perdurar en el poder, pero puede llegar un momento en que, por más deseos que tengan de prolongar su dominio, los actores autoritarios se den cuenta de que las bases de su poder están siendo socavadas y de que tarde o temprano serán derrotados por las fuerzas de oposición. Aquí entra en acción una lógica de acción racional según la cual se busca perder lo menos posible. En el caso de los gobiernos autoritarios, su interés es salir del poder sin que se les someta a juicio por violaciones de los derechos humanos o sin tener que rendir cuentas por los actos de corrupción en que podrían haber incurrido. Es allí donde aparece como una salida la negociación con miras a dejar el poder —y acordar términos favorables para su salida del poder— en el momento en que aún se tiene fuerza.

Veamos el caso argentino. La dictadura férrea y poderosa que se instaló en 1976, en 1982 y 1983 tiene una serie de reveses: hiperinflación, una derrota militar sin atenuantes en la Guerra de las Malvinas y cambios en el discurso sobre derechos humanos en Estados Unidos, que había sido su principal apoyo. Cuando la dictadura militar se da cuenta de ello, se percata de que será derrotada.

Esta dinámica se repite en diversas sociedades en las cuales se instaura la negociación entre actores autoritarios y actores civiles y democráticos, quienes discuten sobre una agenda de demandas y propuestas. Uno de ellos es la impunidad bajo alguna forma legal o institucional como la amnistía, así como algunas otras garantías de no persecución por temas de corrupción o violaciones de derechos humanos. La pregunta para el análisis político es: ¿por qué negociar este tipo de prerrogativas? En este caso, prima en los partidos políticos la incertidumbre sobre la derrota política de la dictadura, por lo que, entre la disyuntiva de la obtención de la democracia entendida como elecciones libres y el sometimiento de los actores autoritarios a una rendición judicial de cuentas, se opta por la primera.

Esa clase de decisiones se tomaron, por ejemplo, en Uruguay y en Chile en el contexto de sus respectivas transiciones a la democracia. Para el primer presidente de la transición uruguaya, Julio María Sanguinetti, era claro que una exigencia muy fuerte de someter a la justicia a los militares que habían sido responsables de graves violaciones de derechos humanos podía significar un bloqueo para la democracia. Así, el Gobierno estuvo de acuerdo con dar una amnistía o, como se dijo entonces, en abandonar las pretensiones punitivas del Estado respecto de las violaciones cometidas. En el caso de Chile, Augusto Pinochet tuvo tiempo de preparar cuidadosamente su salida después de diecisiete años de dictadura. Esa preparación incluyó una autoamnistía dada por el Gobierno de facto, la cual tuvo que ser aceptada por el Gobierno civil que vino a continuación. Durante varios años, la democracia chilena hubo de coexistir con una serie de mecanismos e instituciones heredadas de la dictadura y, de hecho, creadas por esta como una forma de protegerse contra una futura persecución judicial por los delitos cometidos.

Así, en las transiciones, se puede llegar a acuerdos que nos pueden parecer inmorales desde el punto de vista de los derechos humanos, pero que responden a una cierta actitud de realismo o de pragmatismo, con una mirada puesta en algo que se considera un bien mayor: los actores políticos asumen que si se quiere un régimen democrático, probablemente se tenga que hacer muchos sacrificios. Eso ha determinado que en la historia moderna la forma de resolver situaciones de conflicto interno sea en una mesa de diálogo, con el perdón mutuo de los delitos o crímenes cometidos, como un precio que se paga por la estabilidad futura.

Poco a poco, sin embargo, se ha tomado conciencia de que dichos acercamientos pragmáticos a la negociación política, y los regímenes resultantes de estos, dan lugar a un problema, y es que muchas veces las negociaciones entre los actores políticos se hacen sobre temas que, en principio, no son

negociables para los principales involucrados. Ese es, precisamente, el caso de la justicia sobre violaciones de derechos humanos. Para el familiar de una víctima, el paradero o destino final del afectado no puede formar parte de una transacción, por muy racional y estratégico que sea el razonamiento de los políticos a favor de tal negociación. Así, en dichas negociaciones se instaura una estabilidad política, pero sobre la base de desconocer y postergar los intereses no negociables de un sector grande de la población.

Desde ese punto de vista, las transiciones políticas y estratégicamente negociadas son sólidas hasta cierto punto, pero se revelan como inestables a largo plazo, pues mediante ellas se estaría intentando construir una democracia sobre la base de la negación de los derechos de un sector de la población.

Por otro lado, paulatinamente en la comunidad internacional ha ido creciendo y adquiriendo forma institucional lo que podríamos denominar una sensibilidad o una moralidad humanitaria. Un hito fundamental en la maduración de esta sensibilidad fue el fin de la Segunda Guerra Mundial y el consiguiente juzgamiento de los principales responsables de los crímenes cometidos por el nazismo. Es entonces cuando se consolida la idea según la cual existen crímenes tan graves que no pueden ser olvidados ni quedar exentos de procesamiento judicial. Así, se va tomando conciencia de que después de una conflagración bélica o un proceso de autoritarismo intenso queda un contingente de víctimas de violaciones de derechos humanos, quienes son titulares de una serie de derechos legalmente protegidos y que tienen que ser obligatoriamente atendidos.

Esto debilita la idea de una democracia construida sobre la base de la negación de los derechos de las personas, con lo que las transiciones políticas hoy en día deben cumplir con estándares legales y éticos al mismo tiempo que con requerimientos de equilibrio político. Los mecanismos de la justicia transicional expresan, precisamente, la fuerza de esa demanda.

1.2. ¿Por qué justicia transicional?

Nuestro segundo punto es por qué hablamos de justicia transicional. Para responder a esta pregunta hay que tener en cuenta que hay distintos tipos de transiciones, dependiendo de lo ocurrido en cada país. Por ejemplo, en Uruguay, como mencioné anteriormente, se dio una amnistía bastante amplia, que años después fue llevada a referéndum para saber si se mantenía o no. En ese referéndum ganó el respaldo a la amnistía, en un país que ya tenía veinte años de democracia recuperada. Ello nos hace ver que cada transición es distinta.

El contraejemplo que se suele citar en torno a la necesidad de memoria y justicia es el de España. Este país sufrió una guerra civil entre 1936 y 1939, con numerosas violaciones de derechos humanos de parte de ambos bandos, el de los militares rebeldes y el de los republicanos que ocupaban legalmente el poder. En 1939 se instala la dictadura de Francisco Franco, que dura hasta 1975, y en cuyos diez primeros años se produce una persecución criminal masiva contra los republicanos. La dictadura acaba cuando Franco muere y, dado que no se sabía lo que iba a ocurrir, las fuerzas políticas se pusieron de acuerdo en un pacto de olvido en 1975. La democracia española se erigió sobre la base de un acuerdo de amnesia y se dio una Constitución que ha durado treinta años. En los últimos cinco años comenzaron a sentirse una serie de inquietudes subterráneas en las nuevas generaciones que no se sienten cómodas con el olvido y en el 2008 se dio una Ley de Memoria Histórica, lo que ha activado un proceso de recuperación de la memoria, así como una denuncia de Baltazar Garzón para judicializar las violaciones de derechos humanos ocurridas durante el franquismo, a pesar de que la mayoría de sus responsables han fallecido. La experiencia española podría querernos decir que una sociedad puede escoger el olvido y la impunidad, e incluso construir la democracia sobre dicha base, pero en algún momento la necesidad de justicia va a regresar. Ello da para especular mucho.

Volvamos a la pregunta. *¿Por qué justicia transicional? ¿Por qué algo de justicia y no toda la justicia?* Una de las razones es que, en realidad, es imposible hacer justicia penal y reparaciones inmediata y plenamente en una sociedad que ha atravesado procesos masivos de violencia y violaciones de los derechos humanos.

Una primera razón es la necesidad de equilibrio que hemos mencionado a lo largo de los ejemplos que hemos dado. Por más que estemos convencidos de la necesidad de satisfacer los derechos de las víctimas, se debe preservar el orden institucional reconquistado y eso plantea un equilibrio difícil de mantener.

Otra cuestión tiene que ver con el carácter masivo de los crímenes, lo que hace que no puedan ser procesados pronta y oportunamente por ningún sistema judicial, menos aún por aquellos países que han sufrido este tipo de fenómenos, naciones que son —normalmente— pobres, en vías de desarrollo y sin los recursos institucionales o económicos para atender estos procesos, considerando la antigüedad de los crímenes. En el caso del Perú, hablamos de crímenes que han sido cometidos hace veinticinco años, lo que supone enormes dificultades para producir la evidencia necesaria, a lo que se suman problemas institucionales.

Nos podríamos hacer la misma pregunta en torno a las reparaciones. Pensemos en la situación de las víctimas en el Perú. Como sabemos, tradicionalmente las

reparaciones se obtienen por vía judicial. Si consideramos que en el Perú hubo alrededor de setenta mil víctimas fatales, podemos tener una idea del largo tiempo que tomaría el Poder Judicial para acreditar por la vía de una sentencia el derecho de todas las víctimas a recibir alguna forma de reparación.

Esto nos lleva a decir que, en el caso de la justicia transicional, además de los mecanismos judiciales, se deben poner en marcha otros mecanismos complementarios, destinados a solucionar situaciones extraordinarias. En el caso peruano, hablamos de decenas de miles de personas que vienen de los estratos históricamente más excluidos y empobrecidos de la población.

1.3. Los mecanismos de la justicia transicional

Por tanto hay necesidad de buscar formas de defender los derechos de las víctimas, lo que nos lleva a hablar, muy rápidamente, de los mecanismos de justicia transicional. Estos mecanismos tienen que ver con los derechos antes mencionados: derecho a la verdad, derecho a obtener justicia, derecho a las reparaciones y garantías de no repetición.

Comenzaremos señalando que el proceso comienza por la exposición pública y el reconocimiento de la verdad, por lo que las comisiones de la verdad son el mecanismo más conocido en materia de justicia transicional. Las comisiones son organismos estatales públicos que se suelen crear para dar un registro autorizado del pasado, sobre la base de una verificación científica y una legitimidad social, que da luces sobre aspectos de la violencia que habían sido ocultados. Lo primero que rescata una comisión de la verdad es un relato incómodo, en el que aparecen como principales protagonistas las víctimas, recordando que se encuentran allí.

Los enemigos de las comisiones de la verdad suelen plantear como objeción al trabajo de estas una cierta pregunta de semblante filosófico: qué es la verdad y cómo puede un agente o un sujeto atribuirse la facultad de dictaminar sobre ella. Por ello es necesario tener en cuenta que las comisiones de la verdad probablemente no expongan un recuento de lo sucedido que quede ajeno a todo debate, pero, como ha señalado Michael Ignatieff, ellas reducen el margen de las mentiras que pueden existir sin ser cuestionadas en una sociedad. Una de estas mentiras, en el caso de países como Perú, Guatemala o El Salvador, es la esgrimida por los perpetradores de los crímenes —estatales o no estatales— al sostener que la cantidad de víctimas que causaron es el resultado de excesos o de errores. Las comisiones de la verdad han logrado demostrar cómo la conducta reiterada de los actores armados en estos casos impide hablar de excesos y sí, en algunos casos, de conductas sistemáticas o generalizadas.

Las comisiones también se erigen en plataformas para la demanda de derechos, tratan de establecer responsabilidades penales o de generar los caminos para establecer responsabilidades penales, además de propiciar cambios institucionales y legislativos para afrontar el legado de la violencia.

Los otros mecanismos tienen que ver con justicia, reparaciones, y garantías de no repetición. En la justicia penal hay una variedad de mecanismos, como por ejemplo el establecimiento de sistemas centralizados para el conocimiento de violaciones de derechos humanos. Además, hay tribunales internacionales y tribunales mixtos, lo cual va de la mano con la promoción de la aplicación de instrumentos internacionales para el procesamiento de violaciones de derechos humanos y la asunción de doctrinas para la atribución de responsabilidades penales que vayan más allá del hallazgo de la conexión material entre perpetrador y crimen, lo cual debe permitir un juzgamiento más efectivo, sabiendo que muchos de estos casos se explican en contextos de aparatos organizados de poder para delinquir.

En lo relativo a reparaciones, nos hallamos ante programas de origen administrativo y de carácter masivo, que exigen a la víctima de demostrar la validez de su reclamo según los estándares exigibles tradicionalmente en una corte de justicia. Además, son programas que no se agotan en lo meramente económico, sino que abarcan elementos simbólicos y una serie de vías por las que se trata de reponer los diversos tipos de bienes jurídicamente protegidos de las víctimas.

Por último, las garantías de no repetición cobran la forma de reformas institucionales. Se trata de cambios que el Estado hace para desmontar los mecanismos por los cuales estalló la violencia y aquellos por los cuales se pudieron vulnerar derechos fundamentales manteniendo un manto de impunidad. Se recomiendan así, por ejemplo, cambios en la administración de justicia, con la finalidad de evitar violaciones al debido proceso; en los aparatos de seguridad y defensa del orden interno, así como en los sistemas educativos y la forma como la autoridad civil del Estado establece su presencia en el territorio nacional.

En última instancia, estos temas se conectan con un problema distinto pero fuertemente conectado con aquellos, como es el del desarrollo. Al hablarse del contexto institucional, económico, judicial y político en el que se presentó la violencia y la vulnerabilidad de la vida humana, se hace necesario, en efecto, plantearse preguntas sobre los procesos de desarrollo que deberían reducir la inseguridad. Ello es un tema sobre el que los practicantes de la justicia transicional se muestran cada vez más conscientes, aunque también hay la sensación de que son problemas que exceden los alcances de los mecanismos transicionales.

2. Las comisiones de la verdad: una mirada desde la experiencia latinoamericana

He dicho que las comisiones de la verdad, como la que tuvimos en el Perú, son un mecanismo entre varios posibles de justicia de transiciones y sirve principalmente a uno de los derechos de las víctimas que es el derecho a la verdad. Los derechos de las víctimas como mencioné antes son el derecho a la verdad, justicia y reparaciones, y las comisiones de la verdad están —en principio— vinculadas con el cumplimiento y la garantía de ese derecho a la verdad. Sin embargo, en la práctica ellas se han vuelto cada vez más complejas y multidimensionales, de manera tal que hoy día sería difícil decir que el trabajo de una comisión está solamente relacionado con la restitución de la verdad histórica o con el fomento de la memoria pública, sino que, como es evidente para nosotros en el caso peruano, tiene la pretensión y el mandato legal de servir al cumplimiento de los otros derechos. Por lo tanto, está vinculada con el ejercicio de la justicia, con la provisión de la reparación a las víctimas y, ciertamente, con la proposición de reformas institucionales.

Hay que señalar también que las comisiones de la verdad son distintas en todo el mundo y son mecanismos relativamente recientes. Se suele decir que la primera comisión de la verdad que puede ser así llamada fue la que existió en Uganda a inicios de la década de 1970, después de la cual han existido muchas más.

En América Latina ya se tenía, antes del trabajo de la Comisión de la Verdad y Reconciliación peruana, una fuerte tradición de comisiones de la verdad, algunas de ellas de importancia paradigmática como la que hubo en Argentina en 1983, la que hubo en Chile en 1990 después del retiro del poder de Augusto Pinochet, las de El Salvador y Guatemala en los años noventa o fines de los noventa (en relación con las guerras civiles que allí se padecieron). La quinta comisión de la verdad propiamente dicha que hubo en América Latina habría sido la peruana.

¿Qué es una comisión de la verdad? Eso es muy difícil de definir por la gran heterogeneidad de estos mecanismos, pero sí se puede decir que las comisiones de la verdad comparten algunas características generales que mencionaré a continuación. En primer lugar, suelen ser entidades oficiales, es decir, estatales u originadas en acuerdos internacionales. No suelen ser puramente una instancia de la sociedad civil como lo son las organizaciones no gubernamentales (ONG) o las diversas formas de asociación civil. En gran medida, su razón de ser está ligada a su carácter oficial, es decir, con el hecho de haber sido constituidas por el Estado para llevar adelante averiguaciones sobre violaciones de derechos humanos. Ese tema es importante y hay que resaltarlo porque tiene que ver con

una discusión que se hizo hace algunos años aquí en Perú y que es el tema de la valoración, en el ámbito judicial, de los materiales recopilados y provistos por una comisión de la verdad. Si bien estos no son recogidos con arreglo al protocolo judicial forense, sin embargo, sí son producidos por un organismo que ha sido encargado por el Estado para que acopie esa información, y eso provee a sus informaciones un estatus especial.

En segundo lugar, las comisiones de la verdad comparten como característica el ser siempre organismos de existencia temporal. No son organismos que aparecen como instituciones corrientes del Estado, sino que son excepcionales, tienen un lapso de duración muy estricto y eso tiene una gran importancia simbólica y política. La idea de que las comisiones de la verdad duren un tiempo corto, o por lo menos un tiempo definido, entonces se asocia con la idea de que son instancias de ruptura, instancias que quieren crear o poner en acto un momento excepcional.

Un tercer elemento es que están enfocadas en el esclarecimiento del pasado. Su mandato es siempre investigar violaciones de derechos humanos ocurridas en el pasado y en un momento determinado. Toda comisión de la verdad suele tener un mandato preciso en el cual, entre otras cosas, se prescribe el marco temporal de sus investigaciones. No se le ordena que investigue el pasado abiertamente, sino que se le encomienda investigar crímenes y violaciones de derechos humanos cometidos entre ciertas fechas.

Por lo demás, no siempre es fácil determinar dicho marco temporal. Por ejemplo, en Colombia existe desde hace varias décadas un conflicto sumamente complejo, con muchos actores, respecto del cual las dudas comienzan desde el momento en que uno se pregunta cuándo comenzó. Ese es un tema muy difícil desde el punto de vista de la creación de una comisión de la verdad.

Las comisiones de la verdad están centradas en las víctimas y eso tiene, por lo menos, dos significados. Que estén centradas en las víctimas significa, en primer lugar, que su razón de ser es facilitar, promover y fomentar que se cumplan los derechos de estas. Entonces las comisiones de la verdad típicamente —aunque no de manera general y exhaustiva— toman como su principal materia de información los testimonios de las víctimas, porque además entienden que escuchar estos testimonios devuelve dignidad a las personas que han sido afectadas y tal vez no hay forma más poderosa de devolverles su dignidad que desde una comisión que funciona como ente estatal y que acude a las víctimas para pedir su palabra.

La metodología está centrada en las víctimas y eso también significa que en su funcionamiento se trata de tomar precauciones y crear mecanismos de protección para ellas, como la confidencialidad de algunos testimonios.

Otro elemento común a las comisiones de la verdad es que suelen producir reportes o informes finales, que siempre tienen que ser públicos. Y una última propiedad es que las comisiones de la verdad no son instancias judiciales. Las comisiones de la verdad investigan y reconstruyen casos, e inclusive pueden tratar de identificar al perpetrador, pero una comisión de la verdad —salvo en casos muy específicos como Sudáfrica— no tiene facultad para formular acusaciones penales, condenar, ni mucho menos absolver, respecto de aquello que ha investigado, pues no está investida de poderes judiciales.

Entonces ¿cuál es la relación de las comisiones de la verdad con el ejercicio de la justicia penal? ¿Pueden o no pueden, deben o no deben colaborar con el ejercicio de la justicia penal? Lo cierto es que durante una parte de la historia las comisiones de la verdad no han servido al ejercicio de la justicia penal, y a veces su razón de ser no ha sido promover que se judicialicen casos, por razones oficiales y formales. Justamente en algunos lugares el mandato de las comisiones no incluía, como parte de los arreglos institucionales y políticos de la transición, considerarlas un mecanismo para la judicialización, sino que más bien aparece como una suerte de mecanismo alternativo para dicho proceso. El caso más conocido de esa modalidad es el de la famosa Comisión de la Verdad de Sudáfrica.

La Comisión de la Verdad de Sudáfrica en realidad estaba compuesta por tres subcomisiones, una de las cuales era de amnistías. El arreglo en la transición sudafricana era un acuerdo de intercambio de verdad por justicia. En la medida en que un victimario que acudía a la comisión declarara de manera completa y sincera los crímenes de los cuales era responsable, se hacía acreedor a la posibilidad de una amnistía por parte de la Comisión de la Verdad.

Así, algunas comisiones de la verdad no están pensadas para servir a la acción judicial porque las correlaciones de fuerza existentes no lo permiten. En Chile, con la llamada Comisión Rettig ocurrió un proceso interesante. En 1978, o sea doce años antes de dejar el Gobierno, Pinochet dio una amnistía y, así, cuando se produce la transición se crea una comisión de la verdad que no estaba orientada a inducir procesamientos judiciales. De hecho, en Chile hubo un ambiente de relativa impunidad que se mantuvo grosso modo hasta 1998-1999, cuando, como todos sabemos, Pinochet fue detenido en Londres por pedido del juez español Garzón, y se desencadena un proceso tortuoso que terminó llevándolo un año después a Chile. Ahí se rompe el hielo de la impunidad en Chile y la justicia penal empieza a actuar utilizando materiales que la comisión había producido.

En El Salvador, por otro lado, hubo una comisión que recibió reportes de 22.000 violaciones de derechos humanos y que logró esclarecer 33 casos y que

reveló el patrón de masacres cometido por el Ejército salvadoreño durante la guerra civil de los años ochenta. Esta comisión presentó su informe final, y al día siguiente de su presentación el presidente de entonces declaró públicamente que para el Estado salvadoreño el informe no tenía ningún valor. Además, se dio una amnistía general para todos los militares involucrados en violaciones de derechos humanos. Un par de años después, en 1995, la Corte Suprema de El Salvador, cuya corrupción había sido descrita minuciosamente por esa Comisión de la Verdad, avaló la amnistía que había dado el presidente salvadoreño.

El caso de Argentina también es interesante. Probablemente, la Comisión Nacional sobre Desaparición de Personas es una de las más famosas mundialmente, entre otras razones, por el renombre de quien fue su presidente, el novelista argentino Ernesto Sábato. Pero tuvieron que pasar varios años antes de que se hiciera justicia con los materiales que había producido esta comisión, que investigó los casos de desapariciones de personas durante el gobierno de las juntas militares que transcurrió entre 1976 y 1983. Esto ocurrió debido a que durante el gobierno del presidente Carlos Saúl Menen hubo perdones y amnistías a militares, y muchos otros mecanismos de impunidad. Solamente después de algún tiempo comenzó a funcionar la justicia al declararse en el más alto nivel del aparato judicial que la desaparición forzada es un delito continuado, lo que permitió vencer la barrera de la prescripción.

2.1. Las comisiones de la verdad y su relación con la judicialización de casos

Para finalizar, mencionaré algunos elementos por los cuales podríamos decir que una comisión de la verdad colabora y se vincula con la judicialización de casos. Hay razones de tipo político pero también de otro carácter. Una de ellas es que una comisión de la verdad fortalece la demanda de justicia. Esto no está vinculado directamente con los tribunales sino más bien con el clima social que reclama de sus poderes públicos el ejercicio de sus funciones. En segundo lugar, las comisiones reconstruyen casos individuales con identificación de perpetradores. Y si bien no aportan prueba ni evidencia suficiente para emitir sentencia de acuerdo con los estándares judiciales, sí proveen muchos elementos para los casos que están abiertos, sobre todo proveen contexto interpretativo que contribuye a sustentar la tesis de la responsabilidad penal del acusado. Eso se ha visto reflejado en el reciente juicio a Alberto Fujimori. Una comisión de la verdad, por ejemplo, explica cómo es que hubo un aparato organizado de poder para delinquir. Eso es lo

que se estaba haciendo en el juicio a Slobodan Milosevic en el Tribunal Internacional sobre la antigua Yugoslavia.

Estas comisiones proveen elementos de contexto que permiten situar mejor el hecho criminal que se está evaluando. Esto es muy importante, pues demuestra las pautas de criminalidad y por lo tanto la generalidad o la sistematicidad de los crímenes, lo que ayuda a la tipificación de ciertos hechos como crímenes contra la humanidad.

Recalqué hace un momento que las comisiones no tienen atributos judiciales, y eso, que es una limitación, también es una enorme ventaja, porque al no ser organismos judiciales tienen una cierta flexibilidad para integrar doctrinas penales y marcos normativos progresistas, y proponer la integración de cuerpos legales en el mejor interés de la justicia. Como la comisión no es judicial y no está inserta dentro de la corporación de los tribunales, sí se siente autorizada y capaz de sentar un referente, ser un estímulo para que ciertas doctrinas penales más complejas, innovadoras y orientadas al servicio de las víctimas puedan ser adoptadas.

Sobre este tema, llamo la atención acerca de la necesidad de implementación jurídica de ciertas normas, que tomadas del derecho internacional han sido integradas constitucionalmente por un Estado a su legislación; pero que están allí como en un estado de latencia, porque la tarea de implementación jurídica no se ha realizado del todo.

Por último, una comisión de la verdad, en lo que concierne al ejercicio de la justicia penal, suele hacer recomendaciones de política judicial. Es decir, ante la masividad de los crímenes y la dificultad material para esclarecer algunos de ellos, consideran, por ejemplo, que se deben crear sistemas de procesamiento judicial especializados y concentrados que puedan rendir el mejor servicio posible a las víctimas. La dificultad reside, sin embargo, en que en ocasiones estas propuestas entran en colisión con la necesaria autonomía e independencia de los poderes judiciales. Pero a la vez hay que considerar que esas comisiones suelen actuar en momentos de transición, cuando la institucionalidad ha sido colapsada y cuando una institucionalidad nueva y más eficiente está por construirse, es decir, en momentos de creatividad institucional. Por eso, en algunos lugares se ha propuesto aprovechar el momento para proponer rediseños institucionales, precisamente, para que la defensa judicial de los derechos humanos o su protección judicial funcione mejor de lo que había funcionado durante la etapa de autoritarismo y de violencia. Todo eso, probablemente, parezca ser una expectativa muy alta, pero justamente la reforma amplia de las instituciones que imparten justicia, y que no pudieron impedir o sancionar

crímenes en el pasado, es una de las necesidades que puede señalar una comisión de la verdad.

3. La importancia de los juicios penales desde la mirada de la justicia transicional

Me interesa decir unas pocas palabras sobre por qué son tan importantes, desde la mirada de la justicia transicional, los juicios penales. Desde luego, una respuesta inmediata a esa pregunta sería que hacer juicios es algo que está así dispuesto por el derecho internacional. Tenemos, así, una respuesta que no ofrece demasiados problemas en cuanto a su racionalidad, pues hay una obligación de derecho internacional que se debe cumplir y es perseguir judicialmente las violaciones de derechos humanos. Sin embargo, hay otras razones por las cuales los juicios son importantes, necesarios y hasta indispensables.

Una primera razón es que en un escenario de transiciones, sobre todo cuando hemos tenido procesos de autoritarismo muy intenso o de violencia armada, lo que se tiene al día siguiente de la transición —por decirlo metafóricamente— es una sociedad en la cual las instituciones, y entre ellas las que custodian los derechos de las personas, se hallan sumidas en un descrédito muy profundo, además de haber sido materialmente afectadas por la violencia o por el autoritarismo. Una sociedad donde las instituciones se hallan tan desacreditadas y en las que los ciudadanos no tienen ninguna confianza es una sociedad en la cual el asentamiento de la democracia es siempre precario, por lo que se intenta fortalecer instituciones y crearlas allí donde no las hay. Sin embargo, esta tarea no es fácil.

Por lo tanto, en el mundo de la justicia transicional se considera que de todas las instituciones que puedan estar funcionando, aquella cuyo funcionamiento está mejor habilitado para romper la barrera de la incredulidad es la encargada de la justicia. El funcionamiento de la justicia suele ser el motor o la locomotora que arrastra a todas las otras instituciones, porque tiene que ver con lo básico, elemental y más palpable de la situación previa, que es ese estado de criminalidad impune que se hereda de la etapa previa a la transición. Entonces, la primera razón es que el funcionamiento de la justicia se vuelve indispensable para generar credibilidad en las instituciones.

Hay otra razón sobre la cual, sin embargo, no hay consenso en el mundo de la justicia de transición; se trata del hipotético papel disuasivo que pueden tener los juicios penales en los procesamientos judiciales. Al respecto no hay

una experiencia internacional que responda suficientemente sobre eso; es decir, no sabemos si el hecho de que los perpetradores sean procesados judicialmente y condenados, disuadirá a posibles futuros perpetradores de cometer actos parecidos. Lo que sí se afirma y lo que sí se sabe es que el hecho de que no haya justicia funciona como un incentivo para que se sigan cometiendo violaciones de derechos humanos.

Derecho penal constitucional

Relaciones de coordinación interpretativa entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema, con especial incidencia en los procesos penales

ROGER RODRÍGUEZ

1. Ideas preliminares

Las relaciones entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), el Tribunal Constitucional (TC) y la Corte Suprema (CS) en materia penal *iusfundamental* (y, en realidad, en todo ámbito) deben ser de cooperación interpretativa, antes que de conflicto interpretativo. Dicho de otra manera, no debe entenderse que la misión principal de la CIDH consiste en declarar la responsabilidad del Estado peruano en razón de la invalidez de una serie de sentencias del TC, de la CS o, en general, de cualquier otro órgano jurisdiccional interno, ni tampoco que la función del TC consiste en declarar la nulidad de resoluciones judiciales del Poder Judicial. Y ello no quiere decir, evidentemente, que este tipo de supuestos no se puedan presentar en determinadas oportunidades, sino que debe quedar claro que no es esa precisamente su función más relevante. Lo fundamental es establecer nexos interpretativos entre los criterios de la CIDH y los criterios de la jurisprudencia del TC y de la CS —por mencionar al interior del Poder Judicial al órgano jurisdiccional de mayor jerarquía—, para optimizar la protección de los derechos fundamentales.

La posibilidad de compatibilizar los criterios jurisprudenciales de estas instancias, sin necesidad de ingresar (salvo que la situación sea insalvable) en un conflicto de interpretaciones, se hace más patente una vez que se toma en cuenta que las particularidades del derecho de los Estados constitucionales permiten que en muchas ocasiones, a través de las técnicas de argumentación racional, se puedan generar relaciones de coordinación y complementariedad en la interpretación de los derechos fundamentales.

En épocas anteriores, se concebía a la Constitución como un compartimiento estanco respecto de la ley, a esta respecto del reglamento y así sucesivamente.

Ello, hoy en día, es algo que puede ser puesto en duda. La fuerza de irradiación de los derechos fundamentales reconocidos en las constituciones genera que no escape ninguna rama del ordenamiento a esa base ética que subyace a su reconocimiento jurídico.

En efecto, los derechos humanos son pretensiones éticas reconocidas jurídicamente. Por ello se dice que al justificar las decisiones sobre la base de los derechos humanos, la argumentación jurídica se convierte en una forma especial de argumentación moral. El problema es que la moral es altamente indeterminada. El costo de reconocer una moral a través de los derechos y de reconocer que esos derechos se irradian a todo el sistema jurídico, es que la indeterminación de esa moral se traslada al derecho. Ahora bien, desde luego, es un costo que bien vale la pena pagar si a cambio ya no se somete a dudas la fuerza jurídica de los derechos humanos.

2. Derechos fundamentales, indeterminación y excepciones a la aplicación de las normas jurídicas

Una de las formas en que se manifiesta la indeterminación generada por la fuerza vinculante de los derechos fundamentales es que no es siempre posible anticipar a qué casos son aplicables las normas jurídicas, ni siquiera aquellas semánticamente claras y estructuralmente completas.

Como ejemplo, recordemos la cláusula constitucional conforme a la cual «[n]o son revisables en sede judicial las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones en materia electoral» (artículo 142 de la Constitución). Es una cláusula sumamente clara y determinada, de estructura cerrada. Pareciera que si nos encontrásemos ante un caso individual subsumible en su caso genérico, es decir, si estuviésemos ante una concreta demanda judicial a través de la cual se pretendiese revisar una concreta resolución del Jurado Nacional de Elecciones (JNE) en materia electoral, ella, indefectiblemente, tendría que ser declarada improcedente. Sin embargo, si no se pierde de vista que los derechos fundamentales resultan vinculantes para todos los poderes públicos, ello ya no resulta tan claro, pues tratándose de una resolución manifiestamente violatoria de determinados derechos humanos, inmediatamente surgiría la duda de si no hay mejores razones para entrar a conocer el fondo del asunto en aplicación del artículo 200, 2 de la Constitución, conforme al cual el proceso de amparo «procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los [...] derechos reconocidos

por la Constitución» distintos a los protegidos por el hábeas corpus y por el hábeas data.

Recordemos el caso de un alcalde de la Municipalidad de Chiclayo al que el JNE vacó del cargo y canceló su documento nacional de identidad (DNI), por la causal de comisión de delito doloso declarado a través de resolución judicial firme, no solo a pesar de que dicha firmeza no existía, sino además a pesar de que la CS declaró la nulidad de la resolución condenatoria de primera instancia (STC 2730-2006-PA). En este caso, apreciamos una flagrante violación de los derechos fundamentales a la participación política, a la presunción de inocencia y a la identidad, y además no nos encontramos ante una situación en la que a través de la revisión de la resolución del JNE, la jurisdicción constitucional ponga en riesgo la seguridad jurídica de un proceso electoral. Por lo demás, no deja de ser singularmente llamativa la cancelación del DNI del alcalde vacado, ¿es que acaso un condenado pierde su derecho fundamental a la identidad? Acaso convenga recordar que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos recientemente condenó a Reino Unido por prohibir, como regla general, el ejercicio del derecho al voto de los presos (Caso *Hirst vs. Reino Unido*, 2005). Si un reo, en principio, no debe perder su derecho al voto, menos aún, desde luego, pierde su derecho a la identidad.

Ello no significa, sin embargo, que siempre que el JNE viole un derecho fundamental, su resolución puede ser declarada nula a través de un proceso de amparo. Normalmente, las resoluciones del JNE se emiten en épocas de procesos electorales. Los actos de los procesos electorales precluyen uno tras otro, y difícilmente podría sostenerse que la jurisdicción constitucional tiene capacidad para revisar una resolución del JNE que impide inconstitucionalmente la participación de una persona en un proceso electoral, si antes de sentenciarse el proceso constitucional, el proceso electoral ya ha culminado y la voluntad general se ha manifestado en las urnas.

Este ejemplo nos muestra que la indeterminación de los derechos fundamentales genera también una importante indefinición incluso allí donde parece existir una regla muy clara.

3. Los hechos en el derecho

Por otra parte, los hechos contribuyen a configurar el contenido normativo de las disposiciones jurídicas. Muchas veces, analizada la validez constitucional de una disposición en abstracto, y no a la luz de un caso concreto, llegamos a la conclusión de que es constitucional. Pero luego, al analizar si es o no

constitucionalmente aplicable a un caso que *prima facie* es subsumible en su supuesto normativo, pueden surgir una serie de dudas. Bajo el concepto de derecho de la tradición romano germánica, esta situación representa un profundo dilema para sus jueces, quienes suelen estar convencidos de que el razonamiento lógico es clave, determinante y casi siempre definitivo en el razonamiento jurídico.

Por ejemplo, veamos la siguiente disposición legal: «Prohibido el ingreso de animales a los locales públicos». La razón subyacente de una disposición como esta es la protección del derecho fundamental de la salud. Sometida esa norma a un proceso de inconstitucionalidad, donde no hay hechos de por medio, no sería declarada inconstitucional. Pero presentado el caso de un invidente que quiere entrar, por ejemplo, a un Mega Plaza con su perro lazarillo, del cual depende el libre desarrollo de su personalidad, surge la duda de si la norma (de cuya validez abstracta no se duda) le es aplicable o no. Seguramente, un juez constitucional llegaría a la conclusión de que es inconstitucional su aplicación a este caso concreto, a pesar de seguir siendo una disposición constitucional válida en abstracto. Solo se puede advertir la excepción a la aplicación de la norma a la luz del caso. Entonces, el caso, es decir, los hechos, han contribuido a la configuración constitucional normativa del dispositivo legal. Esto forma parte de un razonamiento práctico sobre la base de una interpretación constitucional que nuestra comunidad jurídica muchas veces no realiza y que es imprescindible si se toma en serio la fuerza vinculante de los derechos fundamentales.

En consecuencia, como quedó dicho, en un Estado constitucional, el principal costo de reconocer la fuerza vinculante de los derechos humanos es reconocer, a su vez, una profunda indeterminación del derecho, básicamente, por los dos motivos que hemos visto. Primero, el efecto de irradiación de los derechos; y, en segundo lugar, el reconocimiento de que los hechos contribuyen a advertir excepciones implícitas a la aplicación de las normas.

Un modo de reducir esa indeterminación es haciendo explícitas las razones en virtud de las cuales la decisión se decanta por una u otra opción interpretativa, dotando a ese razonamiento jurídico de una estructura coherente. La argumentación jurídica busca, desde una perspectiva formal, dotar de una estructura coherente al razonamiento jurídico, y desde una perspectiva material, abundar en las razones sustantivas convencionales en virtud de las cuales se ha adoptado una u otra decisión. Se trata de que se reconozca en esa argumentación una cuota importante de racionalidad, de forma tal que, incluso llegado el caso de que un ciudadano discrepe, sea perfectamente coherente la afirmación: «no

comparto esta decisión jurisdiccional, pero la argumentación a partir de la cual se llegó a ella, me parece racional».

Con ello se cumpliría con el criterio mínimo de objetivación para dotar de legitimidad a la decisión jurisdiccional. Esa es la base de la argumentación jurídica. Mientras la ley es básicamente una expresión de voluntad, una sentencia es básicamente una expresión de razón. La ley te dice lo que *debe ser* y la sentencia te dice lo que *debe ser y por qué debe serlo*. Esta es probablemente la razón más importante por la que en los Estados constitucionales la suprema interpretación del derecho recae en el Poder Jurisdiccional y no en el Poder Legislativo.

4. Precedentes y relaciones de coordinación jurisprudencial

Pues bien, si la fuerza vinculante de los derechos humanos genera una importante indeterminación en el derecho, no es posible pretender que los órganos jurisdiccionales de mayor rango impongan una visión unívoca de su contenido. En otras palabras, no podemos entender que la fuerza vinculante de una decisión de la CIDH, del TC o de la CS se proyecte de manera invariablemente relevante, porque los derechos humanos no tienen un contenido absoluto y uniforme. Sin perjuicio de su *vinculatoriedad*, tales derechos presentan un contenido variable toda vez que son objeto de interpretación a la luz de cada caso concreto. Ello no significa que los precedentes no sean vinculantes, sino tan solo que los jueces, como intérpretes, a la luz de cada caso en concreto, tienen la capacidad de contribuir también en la determinación de ese contenido.

En tal sentido, no cabe por ejemplo que el TC asuma la existencia de una suerte de proyección impositiva y absoluta del precedente vinculante al interior de los procesos penales, como tampoco cabe asumir una proyección impositiva de la ley sobre el criterio de los jueces, porque en realidad lo más importante no es analizar en abstracto si la ley es o no válida, sino analizar en concreto si debe o no ser aplicada. En similar sentido, la pregunta medular que deberían plantearse los jueces no es si un específico precedente es válido o inválido, sino más bien si es constitucionalmente aplicable o no a la luz de las circunstancias del caso que se está conociendo. Y la respuesta debería darse, precisamente, a partir de una comparación entre las propiedades relevantes del caso en que se instituyó el precedente y el caso que se está conociendo. Bajo esta premisa, existe un amplio margen para ejercer las competencias interpretativas de modo armónico y no conflictivo.

Pero es verdad que si los derechos fundamentales tienen un efecto de irradiación que se proyecta a todo el ordenamiento, de forma tal que toda disposición de este no pueda aplicarse si no es en armonía con el contenido de tales derechos, no es sencilla la tarea de mantener una delimitación competencial entre las distintas instancias jurisdiccionales, sobre todo si, al parecer, no puede ser puesta en tela de juicio la premisa de que la CIDH es la suprema intérprete de la Convención Americana, el TC el supremo intérprete de la Constitución, y la CS la suprema intérprete de la ley. Vamos a intentar, a partir de algunos ejemplos, demostrar cómo las relaciones interpretativas entre estos órganos pueden desenvolverse armónicamente, sin ver mermados sus respectivos ámbitos competenciales.

5. Complementación interpretativa: Corte Interamericana de Derechos Humanos y Tribunal Constitucional

Detengámonos primero en determinados supuestos en los que el seguimiento cabal de los criterios de la CIDH ha contribuido a fortalecer la plena vigencia de los derechos humanos en el Perú. El artículo 8.1 de la Convención dispone que «[t]oda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter». Sobre la base de una interpretación razonada de este artículo, la CIDH, en el caso Castillo Petruzzi (1999), estableció que «El traslado de competencias de la justicia común a la justicia militar [...] supone excluir al juez natural para el conocimiento de estas causas. En efecto, la jurisdicción militar no es la naturalmente aplicable a civiles que carecen de funciones militares y que por ello no pueden incurrir en conductas contrarias a deberes funcionales de ese carácter. Cuando la justicia militar asume competencia sobre un asunto que debe conocer la justicia ordinaria, se ve afectado el derecho al juez natural y, *a fortiori*, el debido proceso» (párrafo 128). Además de ello, la CIDH señaló que en el caso específico de militares que procesen a civiles por la comisión del delito de terrorismo se vulnera el derecho a un juez imparcial, dado que son las mismas Fuerzas Armadas las que tienen por función combatir a los grupos subversivos (párrafo 114); y se vulnera también el derecho a un juez independiente, dado que los jueces del Consejo Supremo de Justicia Militar son nombrados por el Ministro de Defensa y, a su vez, determinan los ascensos e incentivos de los demás magistrados militares. Si la justicia militar pertenece estructuralmente a otro

poder del Estado, como es el Ejecutivo, se desvanece la jurisdicción propiamente, y el principio de independencia desaparece (párrafo 130).

Por su parte, el artículo 173 de la Constitución establece «[e]n caso de delito de función, los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional están sometidos al fuero respectivo y al Código de Justicia Militar. Las disposiciones de este no son aplicables a los civiles, salvo en los casos de delito de traición a la patria y de terrorismo que la ley determina». De lo que cabe interpretar que, en principio, en contraposición a lo sostenido por la CIDH, el artículo reseñado permite el procesamiento de civiles por militares en los casos de terrorismo.

Con el fin de armonizar criterios, el TC, bajo una interpretación estrictamente literal del artículo 173 de la Constitución, estableció que lo que el artículo permite es que el Código de Justicia Militar pueda ser aplicado a los civiles procesados por el delito de terrorismo, pero que en ningún caso permite que dicho procesamiento pueda ser llevado a cabo por militares. Por ello, amparado en el deber de interpretar la Constitución a la luz de la Convención Americana de Derechos Humanos (4.ª disposición final de la Constitución), conforme con la interpretación que de esta realice la CIDH (artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional), el TC dejó establecido que no es posible interpretar el artículo 173 de la Constitución en el sentido de que militares puedan procesar a civiles, sino solo en el sentido de que jueces ordinarios pueden aplicar a estos el Código de Justicia Militar, cuando la ley así lo determine (STC 0010-2002-PI).

A partir de entonces se produjo una mutación constitucional (reforma de la Constitución sin modificar su texto) del artículo 173 constitucional. Este es un claro ejemplo de lo que significa armonizar a nivel interpretativo el orden jurídico interno a partir de la fuerza vinculante de las sentencias de la CIDH.

Ahora bien, es importante resaltar también que si bien la CIDH es la suprema intérprete de la Convención Americana, muchas veces deja en manos de los órganos internos de los Estados la determinación de los alcances de ciertas consecuencias que puedan derivar de sus sentencias, en un claro ánimo de equilibrar y ponderar los efectos de su decisión. Así por ejemplo, también en el caso Castillo Petruzzi, la CIDH declaró nulo el proceso penal en el que se les había condenado, por haber sido seguido ante la jurisdicción militar, y ordenó al Estado peruano que en un plazo razonable tramite un nuevo juicio que satisfaga las exigencias del debido proceso legal. Sin embargo, no se pronunció sobre la libertad de los acusados, pues entendió que ello correspondía a los tribunales internos.

Pero es posible también que decisiones emitidas por un tribunal interno contengan una interpretación más favorable de los derechos reconocidos por la Convención Americana, siendo vinculantes para la CIDH. Ello es así en virtud de que el artículo 29. b de la Convención establece que ninguna de sus disposiciones «puede ser interpretada en el sentido de limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho a la libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los estados partes o de acuerdo con otra Convención de la que sea parte un organismo del Estado». La CIDH ha interpretado este artículo de manera muy amplia, de forma tal que si cualquier ley o interpretación del ordenamiento realizada por un órgano interno es más favorable que los criterios estatuidos en la Convención o que aquellos que puedan haber sido establecidos por la CIDH en su jurisprudencia, esta debe atenerse a tales interpretaciones.

Esto también puede ser clarificado con un ejemplo. El caso Cinco pensionistas, resuelto por la CIDH en el 2003, da cuenta de cinco personas, ex trabajadores de la Superintendencia de Banca y Seguros, que fueron privados arbitrariamente de su pensión. Aunque en la Convención no está reconocido el derecho humano a la pensión, la CIDH interpretó que al privarse a estas personas arbitrariamente de sus pensiones se les había violado el derecho de propiedad, reconocido en el artículo 21 de la Convención. Ello en razón de que, a criterio del TC peruano (véase STC 0008-1996-PI, emitida cuando estaba en vigencia en el Perú la teoría de los derechos adquiridos en materia pensionaria), una vez que la persona cumple con los requisitos para adquirir una pensión «incorpora a su patrimonio» tanto el monto de la pensión actual recibida como el de aquellas que necesariamente (en virtud del derecho adquirido) se recibirán en el futuro. La CIDH reconoce que si no hubiese sido este el criterio del TC, probablemente hubiese tenido que rechazar la demanda, por no estar el derecho a la pensión reconocido en su parámetro de control. Es el criterio del TC el que la lleva a admitirla y estimarla sobre la base de la afectación del derecho fundamental a la propiedad, sí reconocido.

Es tomando en cuenta ejemplos como los hasta ahora aludidos que el TC ha advertido que no es posible establecer «una relación de jerarquización formalizada entre los tribunales internacionales de derechos humanos y los tribunales internos», sino «una *relación de cooperación en la interpretación pro homine de los derechos fundamentales*» (STC 2730-2006-PA, F. J. 15).¹

¹ Las cursivas son del original.

6. Complementación interpretativa: Tribunal Constitucional y Corte Suprema

Las relaciones interpretativas entre el TC y la CS no tienen por qué ser muy distintas a la manera como han sido planteadas entre la CIDH y el TC. El TC es el supremo intérprete de la Constitución, como la CIDH lo es de la Convención, pero no es el supremo intérprete de la ley en el marco de lo constitucionalmente posible, como no lo es la CIDH en el marco de lo convencionalmente posible.

Por ejemplo, en la STC 5854-2005-PA, el TC estableció el precedente en virtud del cual cuando una resolución del JNE viola un derecho fundamental la demanda de amparo contra ella resulta procedente. Este precedente fue establecido en el caso de una persona que había sido vacada en el cargo de alcalde de la Municipalidad de Canchaque (Piura), pero, como de alguna manera ha sido adelantado ya, no sería aplicable para declarar la nulidad de una resolución del JNE que impide inconstitucionalmente a una persona participar en un proceso de elección popular si antes de resolverse el amparo el proceso electoral ha concluido, pues en ese caso la reposición de las cosas al estado inmediatamente anterior al de la afectación acarrearía una inconstitucionalidad mayor que aquella generada por la resolución del JNE.

Es por ello que en la misma sentencia, luego de establecer el precedente, el TC señala que «en ningún caso la interposición de una demanda de amparo contra el JNE suspende el calendario electoral, el cual sigue su curso inexorable. Toda afectación de los derechos fundamentales en que incurra el JNE, devendrá en irreparable cada vez que precluya cada una de las etapas del proceso electoral o en que la voluntad popular, a la que hace alusión el artículo 176° de la Constitución, haya sido manifestada en las urnas. En dichos supuestos, el proceso de amparo sólo tendrá por objeto determinar las responsabilidades a que hubiera lugar, de conformidad con el artículo 1° del CPConst.» (punto 3 de la parte resolutive de la STC 5854-2005-PA). De esta manera, el TC se anticipa a un posible problema en la aplicación de su precedente en un caso futuro. Este razonamiento alerta a los jueces para que no apliquen el precedente de modo mecánico, sino tomando en cuenta las particulares circunstancias del caso que están conociendo.

Debe tenerse en cuenta que el TC vincula cada vez que señala que un determinado sentido interpretativo de una ley es inconstitucional y, por tanto, no puede aplicarse en ese sentido en el futuro. Pero si existen, cuando menos, dos sentidos interpretativos de la ley, que son constitucionalmente posibles, el TC no puede imponer uno de ellos. La determinación sobre la aplicación de

alguno de dichos sentidos corresponde al juez del Poder Judicial, y singularmente a la CS como suprema intérprete de la ley.

Veamos un ejemplo. En caso de conflicto normativo, hay cuando menos tres momentos que pueden tomarse en cuenta para determinar cuál es la ley aplicable cuando un reo solicita el beneficio de semilibertad: la vigente en la fecha en que se cometió el delito, la vigente en la fecha en que se dictó la sentencia condenatoria y la vigente en la fecha en que se solicita el beneficio. A mi juicio, más de uno de ellos ingresa dentro del marco de lo constitucionalmente posible con excepción del último en caso de que no resulte más favorable para el reo. Sin embargo, en una ocasión en la que el TC debió determinar la aplicación en el tiempo de distintas normas que de manera distinta regulaban los beneficios de semilibertad por razones de trabajo o educación, impuso la aplicación de la norma vigente en el momento en que se solicitan, sin importar que sea más perjudicial para el reo en comparación con las que estaban vigentes en fechas anteriores (STC 1594-2003-PHC). En este caso, tengo la sensación de que el TC no solo impuso una interpretación a pesar de que había más de una interpretación constitucionalmente aceptable, sino que optó justamente por la que no lo era. Este es un ejemplo del modo en que puede reducirse indebidamente el campo de actuación del Poder Judicial, perjudicando el ámbito de armonización de interpretaciones.

Pero también han existido casos en los que el TC ha modificado sus criterios, adaptándose a interpretaciones más favorables para el contenido del derecho derivadas de sentencias del Poder Judicial. Por ejemplo, hasta el 2004, a diferencia de lo que venía sosteniendo en una multiplicidad de sentencias el Poder Judicial, el TC tenía establecido que el Consejo Nacional de la Magistratura no tenía el deber de motivar sus resoluciones. A fines del 2004, luego de la entrada en vigencia del Código Procesal Constitucional, el TC ha modificado este criterio. Definitivamente, las resoluciones del Poder Judicial resultan más persuasivas que las del propio TC, cuando se encuentran mejor argumentadas y son más favorables al contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales.

También se han presentado casos en los que el TC ha utilizado criterios de la CS como parámetro de control para juzgar la validez de determinadas resoluciones del Poder Judicial. Así, por ejemplo, en el acuerdo plenario 1-2006/ESV-22, la CS ha establecido una serie de criterios para que una sentencia condenatoria pueda estar sustentada en prueba indiciaria:

Que, respecto al indicio, (a) éste —hecho base— ha de estar plenamente probado —por los diversos medios de prueba que autoriza la ley—, pues de lo contrario

sería una mera sospecha sin sustento real alguno, (b) deben ser plurales, o excepcionalmente únicos pero de una singular fuerza acreditativa, (c) también concomitantes al hecho que se trata de probar —los indicios deben ser periféricos respecto al dato fáctico a probar, y desde luego no todos lo son—, y (d) deben estar interrelacionados, cuando sean varios, de modo que se refuercen entre sí y que no excluyan el hecho consecuencia —no sólo se trata de suministrar indicios, sino que estén imbricados entre sí— [...] que, en lo atinente a la inducción o inferencia, es necesario que sea razonable, esto es, que responda plenamente a las reglas de la lógica y la experiencia, de suerte que de los indicios surja el hecho consecuencia y que entre ambos exista un enlace preciso y directo.

Pues bien, uno de los aspectos relevantes de la STC 0728-2008-PHC es que el TC utilizó como parámetro de juicio este criterio de la CS, siendo un modo implícito de reconocer que, en el marco de lo constitucionalmente posible, es la CS la que vincula.

Además, la CS puede, a través de sus precedentes, concretar las interpretaciones del TC. Es decir, sin apartarse del criterio general, la CS puede precisar los supuestos de aplicación de una determinada disposición que ha sido considerada constitucional por el TC. Así, en la STC 0014-2006-PI, el TC ha considerado constitucional que la reincidencia pueda considerarse un agravante para determinar el aumento del *quantum* de la pena, pero ha sido la CS la que ha señalado qué criterios deben utilizarse para considerar a alguien como reincidente. En efecto, en el acuerdo plenario 1-2008/CJ-116, la CS ha establecido que:

[s]e puede calificar de reincidente a quien por la repetición de hechos delictivos revela la inclinación a cometerlos, por lo que el plus de punición se orienta a la reforma de aquella inclinación delictiva. Los requisitos para la calificación de reincidencia son: 1) Haber cumplido en todo o en parte una condena a pena privativa de libertad. No está comprometido el cumplimiento total o parcial de otra clase de pena. Se trata de una sentencia condenatoria ejecutoriada a pena privativa de libertad de carácter efectiva [...]

De esta manera, es la CS la suprema intérprete de la ley, dentro del marco de lo constitucionalmente posible. Ciertamente, está vinculada por el TC cuando este interpreta directamente la Constitución y por la CIDH cuando esta interpreta directamente la Convención Americana, pero es ella quien decide, dentro de las interpretaciones válidas, cuál es la que gobernará mejor el caso que está conociendo.

7. Reflexión final

Probablemente, el rol que juega el Poder Judicial en la protección de los derechos fundamentales sea el más importante, pues es el protector primero y natural de estos derechos. Cabe recordar que un caso es conocido por la CIDH después de mucho tiempo de haberse suscitado el daño, y algo similar sucede con el TC, el cual conoce el asunto, cuando menos, luego de haberse recorrido dos instancias en el Poder Judicial. El mayor interés del justiciable que ve vulnerados sus derechos fundamentales está cifrado en la protección que pueda dispensarle prontamente el Poder Judicial, y no tanto en lo que puedan decidir el TC o la CIDH luego de algunos años.

El efecto vinculante de los derechos fundamentales no debe impedir una adecuada distribución de competencias interpretativas por parte de la CIDH, el TC y el Poder Judicial. Bien entendida, la distribución competencial es plenamente complementaria y armónica. El sentido unitario del Estado Constitucional es perfectamente compatible con la existencia de diversos órganos encargados de interpretar complementariamente el contenido de los derechos, correspondiendo a todos, *in suo ordine*, el aseguramiento de la plena vigencia de los derechos humanos.

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

LUIS HUERTA

El objetivo del presente ensayo es presentar una breve introducción a la relación que existe entre el derecho constitucional y el derecho penal, a propósito de la judicialización de los casos de violaciones de derechos humanos ocurridas en nuestro país durante el conflicto armado interno. Para tal efecto, explicaremos los aspectos generales relacionados con el valor normativo de la Constitución, el valor de los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos (convencionales y no convencionales) en el ordenamiento interno, para finalmente abordar los mecanismos de incorporación de decisiones del Tribunal Constitucional y la Corte Interamericana de Derechos Humanos en las resoluciones de los órganos del sistema judicial penal.

1. Relación entre el derecho constitucional y el derecho penal

Para apreciar esta relación, es importante identificar en qué supuestos se concreta o manifiesta. En atención a las materias que forman parte de su objeto de estudio, el derecho constitucional se vincula con diferentes ramas del derecho, lo que da lugar a que en no pocas ocasiones, se suscite la duda sobre aquello que debe ser resuelto a través de los tribunales especializados en materia constitucional y las materias que son propias de la judicatura ordinaria.

Respecto a los temas que forman parte del derecho penal, el análisis jurídico-constitucional se hace presente al momento de evaluar los supuestos de hecho que han sido previstos por el legislador como posibles de dar lugar a una responsabilidad penal, así como de las respectivas sanciones a imponer. Así, por ejemplo, el Tribunal Constitucional peruano se ha pronunciado sobre la constitucionalidad de diversos tipos penales, algunos de los cuales han sido declarados inconstitucionales (traición a la patria, apología del terrorismo,

etcétera) y otros interpretados de conformidad con la Constitución (como ocurrió en el caso del delito de terrorismo). También apreciamos esta relación en el derecho procesal penal, sobre todo al momento de analizar temas como las medidas limitativas de derechos fundamentales y el respeto a las garantías del debido proceso en el marco de un proceso penal.

Junto con estas materias, hay una que no es muy frecuente que aparezca en el análisis de la relación entre el derecho constitucional y el derecho penal, cual es la obligación por parte del Estado de investigar y determinar las responsabilidades a que hubiere lugar por violaciones de derechos humanos. En este sentido, se debe recordar que de conformidad con el artículo 44 de la Constitución, el Estado tiene la obligación de garantizar los derechos humanos. Se trata de uno de los artículos más importantes del texto constitucional, que sirvió al Tribunal Constitucional, especialmente en el período 2003-2006, para realizar un importante desarrollo jurisprudencial, lo que permitió contar con decisiones muy bien fundamentadas con relación a este tema. Asimismo, debe hacerse referencia a las normas internacionales, en particular al artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La importancia de esta norma queda reflejada en el hecho de que en el primer fallo emitido por la Corte Interamericana —caso Velásquez Rodríguez (1988)— fueron precisados los alcances de las obligaciones del Estado en materia de violaciones de derechos humanos. Los criterios jurisprudenciales de la Corte se han mantenido de manera uniforme hasta nuestros días.

Por lo expuesto, el análisis de los derechos fundamentales debe tener un doble enfoque. No solo como derechos subjetivos, sino también como derechos que dan lugar a un conjunto de obligaciones del Estado a su favor, lo que es relevante para comprender por qué el Estado debe investigar y determinar las responsabilidades a que hubiere lugar cuando se produzcan violaciones de derechos humanos. En los procesos penales sobre estos temas, los jueces y tribunales especializados deberán tener en claro que durante su desarrollo, las decisiones que emitan deberán ser conformes con tales obligaciones, derivadas de la Constitución y los tratados.

2. Cumplimiento de las obligaciones del Estado en materia de derechos humanos por medio de las instituciones jurídicas propias del derecho penal y procesal penal

Cuando un operador jurídico tiene que analizar una controversia relacionada con los procesos judiciales por violaciones de derechos humanos, y debe emplear

instituciones jurídicas propias del derecho penal y procesal penal, pueden ocurrir dos situaciones. La primera es que se prioricen los formalismos en la aplicación de las normas, sobre la base de una interpretación tradicional o conservadora de estas, sin un análisis sobre sus alcances a partir de lo dispuesto por la Constitución. La segunda es que las normas del derecho penal y procesal penal sean interpretadas de conformidad con la Constitución y los tratados, a fin de que el Estado cumpla con sus obligaciones de garantía y respeto de los derechos humanos. En nuestro país, ambos enfoques todavía conviven, incluso se podría decir que hay temas que fueron vistos por el Tribunal Constitucional peruano de acuerdo con el segundo enfoque (en especial, en el período 2004-2006), pero que hoy son interpretados de acuerdo con el primero —más conservador—. A quienes compartimos una forma de ver el derecho puede incomodarnos que exista otra, pero debemos reconocer que ambos enfoques están presentes en nuestra cultura jurídica, lo cual no impide que fijemos una posición clara sobre este tema. En este sentido, la respuesta del derecho penal y procesal penal frente a las obligaciones del Estado en materia de derechos humanos será insuficiente si se opta por la posición que calificamos como tradicional, por el contrario es la segunda posición la que favorece el cumplimiento de dichas obligaciones.

Una hipótesis que permitiría explicar el enfoque tradicional del derecho penal y procesal penal radica en la falta de comprensión y reconocimiento de la fuerza vinculante de la Constitución, de lo que se deriva su observancia obligatoria. En los hechos, cuando se tiene que resolver un caso concreto, se opta por dejar de lado esta importante fuente, es decir no se le tiene como punto de partida para la solución de problemas de índole constitucional, como la interpretación de derechos fundamentales o la determinación específica de las obligaciones del Estado.

La comprensión cabal de las obligaciones del Estado en materia de derechos humanos implica también considerar otra premisa importante, cual es reconocer la fuerza vinculante de los fallos del Tribunal Constitucional, lo cual obedece a su carácter de intérprete supremo de la Constitución, característica que no se deriva de la mención que sobre este tema realiza el artículo 1 de su ley orgánica, sino de su reconocimiento como órgano constitucional autónomo y a partir de las competencias que le han sido asignadas en el artículo 202 de la Constitución. Dado que el Tribunal es un organismo especializado, pierde su razón de ser cuando sus fallos sobre temas constitucionales están desarrollados con un enfoque distinto al constitucional, como si de cuestiones ordinarias se tratara. De allí que en la actualidad se hable de la crisis del Tribunal, porque los fundamentos de sus últimas decisiones reflejan un análisis de los problemas

constitucionales a partir de una visión del derecho ajena a la hermenéutica constitucional. Es en este escenario, cuando el Tribunal no cumple sus funciones adecuadamente, que se hace mucho más importante la labor de tutela de derechos fundamentales a cargo del Poder Judicial, a través de las diferentes competencias que le han sido asignadas, como, por ejemplo, conocer en primera y segunda instancia las demandas de amparo y hábeas corpus.

En momentos como el actual, en que la institución de la jurisprudencia vinculante del Tribunal ha entrado en serio debacle, por lo que el propio órgano de control viene haciendo, se hace necesario recordar los avances que dio en su momento en materia de judicialización de violaciones de los derechos humanos.

Al respecto, el primer fallo importante sobre este tema fue dado en enero de 2003, con la sentencia sobre la legislación antiterrorista, que produjo un giro importante en la justicia constitucional nacional, tanto por los temas que fueron desarrollados como por la fundamentación y el análisis constitucional presente en dicha sentencia, cuyo mérito hay que reconocer, y que además fue emitida en el proceso de transición democrática por el que atravesaba el país. Otra sentencia relevante es la del caso Genaro Villegas Namuche, del 2004, por medio de la cual el Tribunal reconoció el derecho a la verdad como un nuevo derecho fundamental.¹ Esta decisión se ubica, por su trascendencia, como una de las sentencias más importantes emitidas por el Tribunal, pues constituyó el marco jurisprudencial que se requería para el desarrollo de los procesos de judicialización de violaciones de derechos humanos.

En la sentencia en mención, para reconocer el derecho a la verdad, se aplicó el artículo 3 de la Constitución, conocida como la *cláusula abierta de derechos fundamentales*, tomándose como referencia los principios de dignidad de la persona y la forma republicana de gobierno; asimismo, se especificó que este derecho tenía dos dimensiones, individual y colectiva, referidas a las víctimas y a la sociedad, respectivamente.

Otras sentencias relevantes del Tribunal Constitucional se relacionan con los procesos de hábeas corpus iniciados por los miembros del Grupo Colina, en que se recogieron las normas internacionales y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en temas específicos como los plazos de detención, el principio *ne bis in idem* y, en general temas relacionados con las obligaciones del Estado sobre el procesamiento de violaciones de derechos humanos.²

¹ STC 2488-2002-HC (caso Genaro Villegas Namuche), publicada el 22 de marzo de 2004.

² Se puede consultar al respecto la STC 2798-04-HC (caso Gabriel Orlando Vera Navarrete), publicada el 10 de febrero de 2005, y la STC 4587-2004-AA (caso Santiago Martín Rivas).

Todo este conjunto de sentencias configuraba la construcción de una auténtica y novedosa jurisprudencia contra la impunidad, basada en el adecuado conocimiento y comprensión que tuvo el Tribunal Constitucional sobre las obligaciones del Estado en materia de derechos humanos y el impulso de la interpretación de la Constitución de conformidad con el derecho internacional, prevista en la cuarta disposición final y transitoria de la Constitución. Dicha interpretación no se hacía de modo referencial, sino de manera sustantiva, es decir, tomándose como referencia estos conceptos a fin de resolver el caso concreto puesto a su conocimiento.

Por ello, la resolución emitida por el Tribunal Constitucional a finales del 2008, relacionada con el caso El Frontón,³ implica un retroceso, que, afortunadamente, no todos los miembros del Tribunal comparten, lo que se refleja en sus votos singulares. Es en estos votos donde se pueden encontrar buenos ejemplos de cómo resolver este tipo de controversias. Nuevamente, nos enfrentamos a la contraposición de una visión formal de los problemas constitucionales (reflejado en el voto en mayoría) con una perspectiva distinta, que implica el manejo de los fundamentos de las instituciones jurídicas, la forma en que son reconocidas en las fuentes del derecho (legislación, jurisprudencia, etcétera) y lo que ocurre con ellas en la realidad. El voto singular del doctor César Landa en el caso El Frontón se enmarca en esta perspectiva y parte de una premisa esencial: la existencia de una permanente situación de impunidad permitida por el Estado peruano frente a violaciones de derechos humanos, que recoge lo descrito en el *Informe Final* de la Comisión de la Verdad y Reconciliación sobre el funcionamiento del sistema judicial peruano durante el período de lucha contra el terrorismo.⁴ En este sentido, el magistrado Landa analiza la prescripción en casos de violaciones de derechos humanos, a partir de las obligaciones del Estado y la protección de otros derechos, como el derecho a la verdad.

En síntesis, el caso El Frontón era importante a fin de dar respuesta a una controversia relacionada con el cumplimiento de las obligaciones del Estado en casos de violaciones de los derechos humanos. Afortunadamente, no se revocó la tendencia jurisprudencial del Tribunal Constitucional a la que se ha hecho referencia, basada en una vinculación entre el derecho internacional y

³ Resolución recaída en el expediente 3173-2008-PH (caso Teodorico Bernabé Montoya), publicada el 15 de diciembre de 2008.

⁴ Véase COMISIÓN DE LA VERDAD Y RECONCILIACIÓN. *Informe Final*. Lima: CVR, 2003, t. III, «La actuación del sistema judicial durante el conflicto armado interno», pp. 173-196.

el derecho constitucional, relacionada con el proceso de internacionalización de los derechos humanos.⁵

3. Aplicación del derecho internacional por los tribunales nacionales

El proceso de internacionalización de los derechos humanos tiene un punto de partida muy concreto: los Estados no ofrecen suficientes garantías para la protección de los derechos humanos, por lo que es necesario desarrollar un sistema internacional de tutela de tales derechos. Ello ha implicado contar con instrumentos declarativos, tratados internacionales, órganos internacionales de protección, tribunales internacionales, entre otros, desde los que se dan pautas para lograr una mejor garantía de los derechos humanos. Este es el principal fundamento para que se cuente con normas constitucionales que reconocen los tratados como parte del derecho interno, la jerarquía constitucional de los tratados sobre derechos humanos —precisada por el Tribunal Constitucional a través de su jurisprudencia— y la interpretación de los derechos humanos de conformidad con el derecho internacional. Estas normas reconocen la importancia del proceso de internacionalización de los derechos humanos, y han sido empleadas de forma sustantiva por el Tribunal Constitucional en sus sentencias.

En esta línea, es importante recordar que Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre la vinculatoriedad de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a partir de lo dispuesto en la cuarta disposición final y transitoria de la Constitución, que indica que los derechos de la persona se interpretan de conformidad con las normas internacionales sobre derechos humanos. Esta es una norma imperativa para el operador jurídico, de allí que el Tribunal considere que las resoluciones de la Corte Interamericana poseen fuerza vinculante, no solo en la parte resolutive sobre el caso concreto,

⁵ Sagüés aborda esta materia al explicar los alcances del denominado principio de interacción, según el cual «el juez [nacional o supranacional] debe desde luego aplicar en sus sentencias el derecho internacional y supranacional tuitivo de los derechos humanos, pero [igualmente el] juez de la jurisdicción internacional [debe] tener en cuenta, y en su caso efectivizar en sus sentencias, las reglas del derecho nacional que puedan aplicarse al caso, complementarias o mejoradoras de las internacionales». SAGÜÉS, Néstor Pedro. «La interpretación de los derechos humanos en las jurisdicciones nacional e internacional». En José F. Palomino Manchego (coord.). *Derechos humanos y Constitución en Iberoamérica. Libro-Homenaje a Germán Bidart Campos*. Lima: Grijley, 2002, p. 38.

sino respecto a los fundamentos del fallo, independientemente de si el caso concreto se relaciona con el Estado peruano, dado que la Corte es el intérprete de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La aplicación de la jurisprudencia vinculante del Tribunal Constitucional y de la Corte Interamericana no solo se limita a los procesos constitucionales de defensa de derechos fundamentales (amparo, hábeas corpus y hábeas data), sino que también se aplica a los demás procesos, por lo que su observancia no solo es obligatoria para los jueces constitucionales sino para todos los órganos jurisdiccionales del país.

Desde esta perspectiva, lo ideal es que exista un consenso a favor de la investigación y sanción de las violaciones de los derechos humanos, comprendiendo que el análisis jurídico sobre estas materias ha evolucionado, a partir tanto de la vinculación del derecho constitucional con el derecho penal y procesal penal, como del proceso de internacionalización y desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos. El reto es que cada magistrado asuma su propia respuesta, su propia posición y también su propia conducta ética frente a las situaciones que plantea la realidad en materia de judicialización de los casos de violaciones de los derechos humanos.

El derecho penal constitucional: interpretación y aplicación

ROBERTO PEREIRA

En primer lugar, muy buenas tardes a todos y todas. En segundo lugar, quiero agradecer al IDEHPUCP, por la invitación a participar en este importante espacio de reflexión e intercambio de ideas con actores fundamentales de la administración de justicia penal, magistrados y magistradas.

Me han encargado plantear algunas ideas en torno a las relaciones entre la Constitución y el derecho penal. A tales efectos, he dividido mi exposición en cuatro partes. La primera explorará el contenido del concepto o la expresión *derecho penal constitucional*. La segunda abordará los problemas que genera la vinculación que entiendo conceptualmente necesaria entre el derecho penal y el derecho constitucional. La tercera sección estará vinculada a las consecuencias derivadas de la decisión constituyente de abrir el sistema de fuentes al derecho internacional, a través del cual se incorporan al ordenamiento jurídico el derecho internacional de los derechos humanos (DIDH) y el derecho penal internacional, tornando compleja la aplicación del derecho penal. La cuarta parte de mi exposición está relacionada con la aplicación de los instrumentos y jurisprudencia nacional e internacional, así como con el control jurisdiccional que se hace de estos instrumentos.

1. El derecho penal constitucional. La necesaria vinculación entre el derecho constitucional y el derecho penal

Del propio valor normativo de la Constitución, se deriva que el derecho penal se encuentra necesariamente vinculado a parámetros constitucionales, dado que el texto fundamental contiene un conjunto de normas, de distinta naturaleza, que regulan varios aspectos del derecho penal. De esta manera, en el texto constitucional se advierte la existencia de normas que aluden al derecho penal sustantivo, como los discutidos mandatos de incriminación al legislador o afirmaciones constitucionales sobre determinadas conductas que deberían constituir delito. Por ejemplo, cuando la Constitución establece que es delito toda conducta que clausure un medio de comunicación social, ahí existe un

claro mandato de incriminación al legislador para que proteja el bien jurídico libertad de expresión.

También encontramos normas de carácter procesal, como aquellas que reconocen los derechos vinculados al debido proceso, normas de ejecución penal como aquella que establece que la finalidad resocializadora, reeducadora y de reinserción social del régimen penitenciario, normas de competencia como la relacionada con la justicia militar, entre otras. Finalmente, hay aspectos orgánicos, vinculados con la organización de las instituciones que conforman el sistema de administración de justicia: formas de elección, estatuto jurídico, número de miembros de los órganos. A este conjunto de normas constitucionales, la doctrina lo ha denominado *derecho penal constitucional* o el *Programa Penal de la Constitución*.

Ahora bien, afirmada esta vinculación y evidenciada en sede normativa, convendría hacerse entonces algunas preguntas. Así, ¿cuáles son las consecuencias de esta comprobación? Una primera consecuencia importante pero a la vez problemática está relacionada con la naturaleza y estructura de las normas constitucionales. En efecto, estas normas, como todos los dispositivos legales, son obligatorias y vinculantes. Sin embargo, el modo de interpretación y aplicación no es el mismo que suele presidir la interpretación y aplicación de las normas penales. Y esto es así, debido a que la Constitución contiene fundamentalmente tipos de normas que difieren de las que suelen contener los códigos penales o las leyes penales especiales. De este modo, el nivel o la intensidad de la vinculación entre estos dos ámbitos del ordenamiento jurídico dependerá del tipo de material normativo o de normas con las que nos enfrentamos.

2. Los principios y las reglas. Algunos problemas de interpretación y aplicación del derecho penal constitucional

Como sabemos, los ordenamientos jurídicos están compuestos por distintos tipos de normas. Así, encontramos reglas, que son los dispositivos normativos más usuales, que se caracterizan por tener supuestos de aplicación más o menos definidos que ante su verificación corresponde la aplicación de la consecuencia jurídica que contienen. Sin embargo, el ordenamiento jurídico también está conformado por principios, es decir, enunciados que no responden a una estructura formal o nítida de *supuesto-consecuencia* y que tienen un contenido de textura abierta, como declaraciones y afirmaciones. Resulta de especial importancia tener en cuenta estos dos tipos de normas, dado que la mayor parte

de los derechos fundamentales y normas constitucionales se expresan en forma de principios y no de reglas.

Las reglas tienen supuestos o condiciones de aplicación delimitadas con cierta precisión, lo que no ocurre con los principios, que hacen referencia, por ejemplo, a conceptos indeterminados, lo que genera cierta complejidad al momento de interpretarlos y ciertamente de aplicarlos. Las normas penales se expresan fundamentalmente a través de reglas, como lógica consecuencia del principio de legalidad y en concreto de sus exigencias de *taxatividad* y *determinación*. De este modo, el método de aplicación de estas normas será el de la subsunción.

En cambio, cuando nos encontremos frente a normas constitucionales de contenido penal, estaremos fundamentalmente en el ámbito de los principios, por tanto, en lugar de subsumir una conducta o un hecho en el supuesto de la norma, lo que corresponderá hacer es aplicar el método de la ponderación. La ponderación consiste en identificar el contenido normativo de los principios que se encuentran en juego —o de una regla que se vincula o contradice un principio—, para luego verificar los criterios o parámetros que se tendrán en cuenta para preferir un principio a otro o a una regla.

a) Los casos en los que se opera solo con principios

Hay casos típicos del derecho penal en los que se tiene que operar directamente con principios. Por ejemplo: los delitos contra el honor, cometidos a través de un medio de comunicación masivo, en el que se contraponen el derecho al honor y la libertad de expresión. La regla del Código Penal no nos dice cuáles son las condiciones de aplicación de un derecho frente al otro, lo que nos lleva a tener que ponderar dos principios: la *libertad de expresión* y el *honor*. En este ámbito, en sede nacional, las discrepancias sobre los criterios que se deben tener en cuenta para que prevalezca un principio en desmedro del otro —dependiendo de los casos— ha tratado de ser resuelto a través del acuerdo plenario 3-2006/CJ-116 de la Corte Suprema de Justicia de la República (Corte Suprema).

Dicho acuerdo establece que, frente a hechos de relevancia pública o cuando la opinión se refiera a un funcionario público o persona de relevancia pública —siempre y cuando no exista una desproporción con los calificativos empleados— estamos en el ámbito del ejercicio legítimo de la libertad de expresión, por lo que el derecho al honor cederá en esos casos en su pretensión de aplicación. Asimismo, tratándose de la difusión de hechos, si estos resultan inexactos, la responsabilidad penal solo se imputará si se comprueba que el periodista no cumplió con determinados deberes de diligencia en la verificación

de la verosimilitud de los hechos o la fuente de información. Estos criterios deberán ser evaluados y ponderados en cada caso concreto. Por tanto, el operador jurídico penal tendrá, en este tipo de casos, una mayor exigencia en el deber de motivación y justificación de sus decisiones, dado que tiene que operar con un material jurídico que plantea un reto interpretativo mayor que el que plantean las reglas.

Otro ejemplo en el que el operador jurídico tiene que actuar solo con principios es en la determinación de la pena. Este caso es aún más complicado, de ahí que en la práctica jurisdiccional se aprecia que los criterios aplicables —entre ellos los de prevención general y especial— simplemente se invocan pero no se suelen motivar ni se indica cómo se vinculan con el caso particular que se analiza. A su turno, contribuye con esta situación el hecho de que la dogmática jurídico penal se haya quedado en su elaboración teórica en la categoría de la *culpabilidad*, siendo escasos los esfuerzos por sistematizar la punibilidad o lo que es lo mismo, el *quantum* de la respuesta penal.

En el ámbito de la determinación de la pena se suele observar que hay un serio problema de arbitrariedad judicial. Así, la imposición de penas con montos iguales o similares, se suele justificar, indistintamente, desde la *prevención especial* en unos casos y en otros desde la *prevención general*. Y esto obedece en buena medida al hecho de que se aplican estos principios de manera directa, abriendo una puerta amplia a la arbitrariedad, al dotarlos de variados contenidos. Así, no se suele hacer el esfuerzo de ponderarlos y solo después de ello se establece una regla para el caso concreto. La aplicación de los principios no es directa, sino el resultado de una ponderación que concluye en una regla aplicable para el caso que se quiere resolver.

En nuestro medio encontramos algunos casos en los que se ha hecho este esfuerzo de ponderación en la determinación de la pena. Se trata de las sentencias dictadas contra el magistrado Enrique Palacios Villar¹ —en el que se determina qué principios prevalecen sobre otros— y el ex presidente Alberto Fujimori. En este último caso, la Sala Penal Especial dedica un capítulo a la determinación de la pena, para armonizar los principios de prevención general y especial, a fin de aplicar la pena concreta correspondiente.

Otro ejemplo de la operación entre principios nos lo proporciona el acuerdo plenario 2-2006/CJ-116 de la Corte Suprema, en el que, por mayoría, se optó por el *principio de combinación* de normas penales frente a un conflicto de

¹ El magistrado Enrique Palacios Villar fue juzgado por delito de tráfico de influencias, luego de ser detenido en el momento en que recibía, en las oficinas de la Corte Suprema de Justicia, dinero (400 soles) de parte de un litigante.

aplicación de normas penales en el tiempo. Así, conforme al principio de combinación, cuando se presenta un conflicto de esta naturaleza, el operador jurídico puede escoger, de cada dispositivo legal en conflicto, lo más beneficioso para el reo, creándose una nueva norma que es aplicada gracias al *principio de favorabilidad*. Sin embargo, conviene hacer notar que a su vez, este último principio entra en conflicto con el principio de legalidad penal,² en sus expresiones de seguridad jurídica y separación de poderes.

b) Los casos en los que se aplica una regla y un principio

Por otro lado, hay casos en los que sí existe una regla para el caso que debemos resolver, pero esta contiene —uno o varios— supuestos de aplicación que no deberían estar incluidos en ella, dado que colisionan con uno o más principios. Es decir, nos encontramos frente a lo que alguna doctrina califica como un problema de *sobreinclusión*. ¿Cómo se resuelve este problema? Excluyendo dichos supuestos de aplicación de la regla para no afectar el principio. Por ejemplo, el indulto y el derecho de gracia son facultades reconocidas al presidente de la República en la Constitución, que también autoriza al Congreso de la República a dictar leyes de amnistía. Sin embargo, se excluyen de la aplicación de estas reglas los casos de autores o partícipes y de hechos consistentes en graves violaciones de derechos humanos, porque vulneran principios esenciales para el Estado constitucional de derecho vinculados a la dignidad de la persona humana, al respeto de los derechos humanos y a la obligación de perseguir y sancionar este tipo de crímenes.

Así pues, el operador jurídico debe excluir algunos supuestos de aplicación para armonizar la regla con los principios en juego, esta práctica no ha sido ajena, por ejemplo, a la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Barrios Altos, donde estableció que las leyes de amnistía no podían estar referidas a casos calificados como violaciones de los derechos humanos. También en sede nacional encontramos algunos ejemplos de este tipo en decisiones del Tribunal Constitucional, así como de cortes y juzgados penales.

Otro caso donde el operador jurídico penal se enfrenta a este tipo de conflicto lo encontramos en la penalización de relaciones sexuales consentidas con menores entre 14 y 18 años de edad. Al respecto, la Sala Penal Permanente y Transitoria de la Corte Suprema emitió dos acuerdos plenarios, el primero de ellos, el 07-

² La mayoría de magistrados supremos escogieron el primer principio, pero otros magistrados de la Corte Suprema consideraron que la valoración de la *favorabilidad* debió hacerse respecto de la ley penal en su conjunto y no de disposiciones particulares, y que el juzgador no podía comportarse como legislador.

2007/CJ-116, en el que ponderó los principios de proporcionalidad e igualdad y concluyó que no era posible aplicar una pena tan drástica en estos supuestos, por lo que los excluyó de las consecuencias jurídicas previstas y consideró aplicable el marco de pena conminada de otros delitos sexuales. Es decir, las referidas salas resolvieron el problema en el ámbito de la aplicación de la pena.

Sin embargo, el segundo de los acuerdos, el 04-2008/CJ-116, fue más allá e indicó que mantener relaciones sexuales consentidas con menores entre 14 y 18 años no era típico e invocó los principios de proporcionalidad, dignidad, libertad y el reconocimiento de la relevancia de la manifestación de voluntad para personas comprendidas en este grupo etéreo. En mi opinión, la Sala Penal Permanente y Transitoria de la Corte Suprema hizo un control de constitucionalidad encubierto, ante la necesidad de no aplicar una regla manifiestamente absurda.

En derecho penal, mediante la denominada *interpretación teleológica* se puede también llegar a este tipo de soluciones, para excluir un supuesto de hecho que colisiona con principios constitucionales —que por lo general son derechos fundamentales—. Ahora bien, esto no es fácil porque, en primer lugar, hay que identificar cuáles son los principios constitucionales que se están vulnerando o comprometiendo, los aspectos de su contenido que se están afectando y hasta qué punto se puede excluir el supuesto de hecho de la regla, para salvaguardar la vigencia de los principios defendidos. Estas exigencias explican, en buena medida, que las posiciones discutidas en los acuerdos plenarios antes citados fueran variando desde una visión conservadora a una posición compatible con los principios que constituyen el soporte ético —axiológico— del ordenamiento jurídico. Sin duda, la interpretación teleológica implica necesariamente una ponderación a partir de dichos principios.

c) Los casos en los que se aplican principios implícitos

Un tercer grupo de casos problemáticos es el que requiere de la invocación de principios implícitos. En efecto, otra dificultad que plantea trabajar con normas penales constitucionales —y, por ende, con principios— es que en el derecho constitucional se admite la existencia de los denominados *principios implícitos*, a la par de los *principios explícitos*, a los que ya hemos hecho alusión. Como indicamos, los principios explícitos requieren que se determine su contenido para poder hacer la ponderación respectiva y, justamente, la claridad de dicho contenido es clave para este tipo de tarea.

Por mencionar un ejemplo, el principio de legalidad se vulnera de modo abierto en el Perú, porque su contenido no es determinado adecuadamente. Se

piensa, mayoritariamente y de manera poco crítica, que este principio solo se fundamenta en la necesidad de seguridad jurídica (ley previa, ley cierta, ley escrita y ley estricta), pero se ignora su vinculación con el principio de separación de poderes. De este modo, a partir de este olvido o desconocimiento, en el Perú se legisla penalmente desde el Poder Ejecutivo, (el propio Código Penal fue dictado mediante un decreto legislativo). En Europa es claro que el Poder Ejecutivo no puede legislar en materia penal, porque se trata de una materia que tiene que ver con la limitación de la libertad.

Veamos ahora el tema de los principios implícitos, es decir, aquellos que no están expresamente previstos en la Constitución. Un ejemplo de este tipo de principios, admitidos por el Tribunal Constitucional, es el *ne bis in idem*, que con posterioridad a su invocación por el Tribunal Constitucional, fue incorporado en la ley de Procedimiento Administrativo General y en el nuevo Código Procesal Penal. ¿Qué hizo el Tribunal Constitucional para incorporarlo jurisprudencialmente en nuestro ordenamiento jurídico? Conectó una serie de principios explícitos de la Constitución para señalar la existencia de un principio que prohíbe la persecución y sanción penal múltiples, simultánea o sucesivamente (*ne bis in idem*). Otro ejemplo es el *principio de culpabilidad*, derivado de la cláusula de Estado democrático de derecho y de la dignidad de la persona, construyéndose desde allí la capacidad de culpabilidad y la exigencia de dolo o culpa. Nada de esto está contenido de manera expresa en la Constitución.

Otro principio implícito construido por el Tribunal Constitucional es el *derecho a la verdad*, que consiste en las obligaciones de investigar, juzgar y sancionar lo ocurrido en una violación de derechos humanos. Asimismo, encontramos el principio implícito de *intervención indiciaria*, por el cual se analiza si hay elementos razonables de cargo que justifiquen a nivel indiciario la restricción de algún derecho fundamental. Este último principio se deriva de la razonabilidad y subsidiariedad en la intervención del Estado para restringir derechos fundamentales.

Todos estos grupos de casos evidencian que el trabajo con normas constitucionales con contenido penal nos plantea, de modo general, un esfuerzo de ponderación entre principios o entre un principio y una regla. De modo particular, en el caso de los principios explícitos, la labor del operador jurídico implica identificar su contenido y, para el caso de los principios implícitos, derivarlos o identificarlos basándose en el contenido de la Constitución. En otros casos, también se recurre a las técnicas de invalidación de supuestos de hecho que colisionan principios y de adaptación de contenidos a determinados principios explícitos.

3. El derecho internacional de los derechos humanos y el derecho penal internacional en el sistema de fuentes y su relación con el derecho penal interno

Un tercer bloque de ideas que quería compartir con ustedes tiene que ver con la apertura de la Constitución a fuentes normativas internacionales, lo que genera un conjunto de problemas frente a la aplicación de la ley penal. Como sabemos, el artículo 55 de la Constitución indica que los tratados internacionales suscritos por el Perú en vigor son normas de derecho interno, por lo que el operador jurídico no puede desconocerlas ni dejar de aplicarlas. Por otro lado, el artículo 205 del texto constitucional señala que, en materia de derechos humanos, en caso de que la vulneración de algún derecho fundamental no sea rectificadas en sede nacional, se puede recurrir a los órganos de protección y control de estas normas en el ámbito internacional. Sin duda, esto configura un cuadro que complejiza más las relaciones normativas, como veremos.

En primer lugar, conviene llamar la atención de que existe una multiplicidad de instrumentos jurídicos internacionales. Los tratados sobre derechos humanos, desde finales de la Segunda Guerra Mundial, han proliferado, existiendo tratados universales, regionales, de carácter general y también vinculados a cuestiones específicas. Pero la cuestión se amplía también a normas internacionales de derecho penal relacionadas con delitos específicos como la tortura, la desaparición forzada, así como con una amplitud de delitos, como es el caso de la Estatuto de Roma que creó la Corte Penal Internacional. Este instrumento no solo es un catálogo de incriminación de conductas en el ámbito internacional, sino que también se vincula con la persecución penal y configura en estricto un sistema de persecución penal internacional.

Ahora bien, estos tratados, al igual que la Constitución, se expresan fundamentalmente a través de normas con forma o estructura de principios, lo que nos plantea las mismas dificultades antes anotadas sobre las normas constitucionales con contenido penal. Otro problema está en identificar el nivel de vinculación u obligatoriedad que implican para el Estado y en general para todos los operadores jurídicos. Por ejemplo, las convenciones contra el genocidio y contra la desaparición forzada obligan a tipificar ambos delitos en la legislación interna, pero no imponen un contenido determinado de injusto, simplemente establecen una pauta. Entonces, para valorar cada caso específico hay que identificar el contenido normativo de cada disposición del tratado, es decir, verificar ante qué tipo de norma nos encontramos, qué nos señala, cuáles son las obligaciones que estipula o si simplemente impone al Estado llegar a un determinado estado de cosas, otorgándole amplios márgenes de decisión para elegir los medios.

Por lo demás, en el caso del Estatuto de Roma que crea la Corte Penal Internacional debe tenerse en cuenta que es un tratado de derechos humanos en un doble sentido. Así; por un lado, reprime y sanciona penalmente graves violaciones de los derechos humanos y; por otro lado, contempla un conjunto de garantías para el imputado de tales afectaciones. Por ello, hay que tener especial cuidado al verificar el contenido de las normas de este tratado y sobre todo su extensión.

Otro aspecto crucial es determinar cuál es el rango interno de estos tratados. La doctrina nacional y el Tribunal Constitucional han establecido que se trata de normas con rango constitucional, por lo que deben ser preferidas a la ley, salvo que esta última contenga una disposición más favorable que la contenida en el tratado de derechos humanos. Pero ¿qué ocurre cuando hay un conflicto entre el tratado y la Constitución? La Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado sobre este diferendo en el caso La última tentación de Cristo contra Chile, indicando que debe primar el tratado —en este caso, la Convención Americana sobre Derechos Humanos— sobre la Constitución. En ese caso, se cuestionó que la Constitución chilena tuviese una regla que permitía la censura previa.

En el caso contrario, es decir, cuando el tratado es menos favorable que la Constitución, es esta norma la que debe aplicarse. Un supuesto que plantea problemas es cuando la *favorabilidad* no es clara. Es decir, cuando se plantea la pregunta más (menos) favorable ¿a quién? Así, a diferencia del DIDH donde la *favorabilidad* siempre será predicada si el derecho que se alega está siendo afectado por el Estado, en el caso del derecho penal, la *favorabilidad* puede ser predicada tanto respecto de la víctima de la violación del derecho de que se trate como del imputado por esa violación, en tanto que soporta una pretensión penal.

En sus primeros años de labor jurisdiccional, la Corte Interamericana conoció casos relativamente sencillos, en el sentido de que estaba muy clara la condición de víctima. Pero posteriormente, en casos como los de Barrios Altos y Lori Berenson, tuvo que hacer un ejercicio de ponderación y motivación especiales, dado que la *favorabilidad* no era tan fácil de decidir.

Otro aspecto problemático es el que se plantea en relación con la naturaleza del DIDH y el derecho penal. Así, en el DIDH, tanto las normas como las decisiones de los tribunales internacionales tienen la tendencia a maximizar la protección de los derechos fundamentales, lo que se traduce en la imputación al Estado de obligaciones activas de protección y rebajando los estándares probatorios, así por ejemplo, es posible imputar responsabilidad internacional al Estado a partir de presunciones ante su silencio. Esta no es la lógica del derecho penal, que debe estar presidido por el principio de intervención mínima y cuyos estándares de valoración para atribuir responsabilidad son más

elevados (exigencia de relación de causalidad, imputación objetiva, elementos subjetivos, ausencia de causas de justificación, etcétera).

De allí que se debe tener sumo cuidado en trasladar de manera mecánica las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a las decisiones jurídico penales nacionales. Sin duda, nos pueden servir como elementos contextuales —como en el caso Fujimori—, pues no todo lo probado en este tipo de procesos internacionales puede trasladarse como criterio de valoración en el ámbito del derecho penal, dado que los estándares de prueba y atribución de responsabilidad son distintos.

También existen otros temas en los que hay cierta discusión sobre la vinculación entre el derecho penal y el derecho internacional. Así, la cadena perpetua se admite en el Estatuto de la Corte Penal Internacional, mientras que se discute su aplicación en el interior de los Estados. La imprescriptibilidad se admite en el derecho penal internacional, al igual que criterios de atribución penal como la empresa criminal conjunta (*joint criminal enterprise*), instituciones que enfrentan no pocas críticas en el derecho interno. Estas situaciones nos muestran tendencias en pugna, lo que implica la necesidad de aplicar técnicas de ponderación que nos permitan llegar a soluciones razonadas y proporcionadas. Esto se conecta con el hecho de que el Estatuto de la Corte Penal Internacional haya sido el fruto de la negociación entre Estados de tradiciones jurídicas e intereses distintos, por lo que en muchos aspectos no resulta ser un cuerpo sistemático, dado que implica concesiones primero para su firma y luego para su posibilidad de máxima aplicación en el derecho interno.

También tiene que tomarse en consideración la existencia de disparidad terminológica en el propio derecho internacional y entre este y el derecho penal interno. Por ejemplo, en el ámbito del DIDH es posible encontrar hasta cinco términos bastante parecidos para designar cosas iguales o similares, así: *graves violaciones de derechos humanos*, *delitos contra los derechos humanos*, *delitos contra la humanidad*, *delitos de lesa humanidad* y *crímenes de guerra*. Estas cinco expresiones son utilizadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos de modo indistinto y lo mismo ocurre en sede nacional, a mi juicio por contagio metodológico.

Hacer una distinción terminológica es importante en este ámbito, dado que, cuando la Corte Interamericana califica un hecho como *delito de lesa humanidad* o de *grave violación de los derechos humanos*, inmediatamente supone la aplicación de un estatus jurídico particular que consiste, entre otras cosas, en la imprescriptibilidad, la prohibición de amnistías y endurecimiento de determinadas reglas. Si bien en la doctrina hay intentos por hacer una diferenciación terminológica, al revisar la jurisprudencia nos encontramos ante una confusión impresionante: hay casos en los que no se demuestra o prueba que los hechos bajo juzgamiento se dieron en contextos *sistemáticos* o

generalizados y aun así se califican como graves violaciones de derechos humanos y delitos de lesa humanidad.

Sin embargo, el Estatuto de Roma que crea la Corte Penal Internacional tiene un concepto de delito de lesa humanidad que incorpora los elementos de *sistematicidad* y *generalidad*. Esta disparidad deberá ser resuelta por los tribunales internacionales y nacionales para dotar a sus decisiones de uniformidad y seguridad jurídica. La nobleza de los fines, la importancia de los bienes jurídicos que se persigue proteger o la gravedad de las conductas que se procuran sancionar no legitiman que se siga actuando de ese modo.

Otra disparidad conceptual la encontramos en la definición de los tipos de injusto penales. En nuestra legislación, el delito de genocidio hace referencia como objeto de la acción a un *grupo social*, categoría que no se encuentra en la definición de la Convención para Prevenir y Sancionar el delito de Genocidio. Determinar qué es un *grupo social* es un problema dado que se trata de un término centralmente indeterminado. Otra disparidad, en este mismo tipo de injusto penal, es que se incorpora como objeto de la conducta típica al *grupo étnico*, que es distinto de la definición de *grupo racial* que se encuentra prevista en la Convención. Advertimos que el legislador nacional no ha tomado en cuenta la norma internacional para tipificar este delito, lo cual plantea problemas frente a la vigencia del principio de *complementariedad* entre el sistema de protección interno y el internacional.

Otro delito en el que se detectan problemas es el de desaparición forzada. Un sector respetable de la doctrina considera que es un delito de estructura omisiva, que consiste en negar la información sobre la privación de libertad o paradero de una persona. Sin embargo, el tipo de injusto nacional no contempla esta estructura, lo que genera consecuencias importantes. ¿Se puede recurrir a la interpretación de estos tipos penales nacionales con lo previsto en el derecho internacional? En principio sí, pero depende respecto de qué ámbitos y sobre todo cumpliendo con una especial carga de motivación sobre las razones, y no simplemente mencionado decorativamente los artículos respectivos de las normas internacionales y las decisiones jurisprudenciales de los tribunales internacionales.

4. El control jurisdiccional de los tratados internacionales y la vinculación a las decisiones de los tribunales internacionales y nacionales

Solo presentaré muy brevemente algunas cuestiones al respecto. En primer lugar, la controversia sobre la fuerza vinculante de la jurisprudencia

internacional, y para ello debemos tener en cuenta en qué sentido nos referimos a la palabra *vinculante*. ¿Se trata de una vinculación absoluta? ¿O más bien relativa? ¿Existen algunas condiciones o presupuestos para exigir la vinculatoriedad o se verifica respecto de todo el material jurisprudencial? ¿Podemos estar ante la obligación de no desvincularnos de una decisión, pero a la vez tener la posibilidad de apartarnos de ella, siempre y cuando motivemos adecuadamente las razones de tal alejamiento?

Al respecto, hay ciertos problemas con el Tribunal Constitucional, dado que no es disciplinado con su jurisprudencia y no establece con precisión cuál es el contenido normativo de sus decisiones, lo que genera confusiones. Lo mismo ocurre con la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Por tanto, en estos casos, hay que identificar si el Tribunal Constitucional o la Corte Interamericana de Derechos Humanos han definido el contenido normativo de su resolución. Si no lo hubieren hecho, es labor del juez revisar la sentencia e identificar dicho contenido para definir su fuerza vinculante. Finalmente, cuando se incorpora un precedente vinculante deben tenerse en cuenta los distintos estándares empleados para la toma de decisiones en cada tribunal o corte.

Para concluir, veamos el caso de la imprescriptibilidad de violaciones de derechos humanos. Siempre se invoca la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para sustentar la imprescriptibilidad en sede interna, pero, si se revisan con más cuidado que apasionamiento y activismo las sentencias de este alto tribunal, advertiremos que adolecen de un importante déficit de argumentación en su motivación. Así, en primer lugar, hacen una discutible equiparación entre instituciones como la amnistía, el indulto, la prescripción y los impedimentos procesales para juzgar violaciones de los derechos humanos.

Sin duda, esto es problemático porque el criterio de equiparación no puede ser el que todas esas figuras impidan el juzgamiento de violaciones de los derechos humanos. Eso es incurrir en petición de principio, ya que efectivamente todas estas figuras tienen, como función o resultado, evitar el juzgamiento, interrumpirlo o evitar el cumplimiento de la pena para todos los casos en los que se aplican. De manera tal que lo central está en determinar cuándo tales instituciones jurídicas impiden o frustran de manera ilegítima o injustificada el juzgamiento de violaciones de los derechos humanos o el cumplimiento de penas impuestas por este tipo de injustos típicos.

Con seguridad, esto supone una especial carga de motivación que no ha sido satisfecha hasta el momento y que tiene que ser asumida por el juez nacional. Esto implica que se presenten y sobre todo fundamenten las razones por la

cuales un determinado delito es imprescriptible, sobre todo teniendo en cuenta que en nuestro ordenamiento rige una regla expresa en el Código Penal que establece la prescripción de todos los delitos, con diferencia en los plazos, en el modo de computarlos y en el momento en que dicho cómputo se inicia ciertamente.

Dada la actual discusión al respecto en sede jurisdiccional y ante el recule del Tribunal Constitucional ante el problema, resulta más que pertinente que el tema sea resuelto a través de un acuerdo plenario de la Corte Suprema. Queda entonces una tarea pendiente.

Derecho penal sustancial

La imputación de responsabilidad individual en comportamientos macrocriminales

YVAN MONTOYA

Trataré como tema general la imputación individual en comportamientos macrocriminales. Me centraré en la gama de modalidades de encuadramiento dogmático para atribuir, bajo algún título, responsabilidad a los intervinientes en un delito, llámese autor, instigador o cómplice, como se señala en la dogmática nacional o llámese responsabilidad del superior o por pertenencia a una empresa criminal conjunta, figuras contempladas en el derecho penal internacional. Voy a determinar en qué casos es conveniente aplicar este tipo de figuras. Pero, antes de dicho examen, es necesario que delimitemos conceptualmente las diversas calificaciones que se hacen de los hechos que involucran graves violaciones de los derechos humanos. Esta calificación es clave para saber la utilidad de una u otra calificación y para que podamos así procesar mejor este tipo de casos.

1. La diversa calificación de hechos que constituyen violaciones de derechos humanos en la legislación peruana

Comencemos por los delitos comunes que se encuentran regulados en la legislación peruana y que se han aplicado a este tipo de casos. En el Código Penal de 1924 tenemos algunos delitos comunes que tuvieron continuidad en el Código actual, de 1991: homicidio, homicidio calificado, lesiones, secuestro. Por tanto, no existe problema alguno con la aplicación de estos tipos penales para casos producidos durante el conflicto armado interno en el Perú.

Un segundo rubro de calificación está en los crímenes de lesa humanidad, que se agrupan como una de las modalidades de crímenes internacionales tipificados en el Estatuto de la Corte Penal Internacional (CPI). Este instrumento, vigente para el país, nos obliga a adaptar nuestra legislación penal y es un referente interpretativo, pero sus tipificaciones no pueden ser usadas directamente en el ámbito interno. ¿Qué características tienen estos crímenes que los diferencian de los delitos comunes? Básicamente, un elemento

contextual: una práctica generalizada o sistemática en la que se realizan los casos individuales de crímenes de lesa humanidad (tortura, desaparición forzada de personas, etcétera). En el Perú, hay tipos penales como la tortura o la desaparición forzada que están vigentes, pero no cuentan con el elemento sistemático o generalizado. Esta situación genera algunos límites para aplicar los tipos penales contemplados en el Estatuto de Roma, dado que, por respeto al núcleo esencial del principio de legalidad, no podría utilizarse de manera automática la calificación de lesa humanidad para sancionar a un individuo, pero sí pueden emplearse algunos efectos a los hechos sobre los cuales se pueda hacer dicha calificación. Esta calificación genera ciertas ventajas a los hechos que son objeto de investigación y juzgamiento interno como por ejemplo jurisdicción universal, imprescriptibilidad y falta de obstáculos procesales, así como la posibilidad de su procesamiento ante tribunales internacionales (CPI). Sin embargo, existen problemas con la posible aplicación retroactiva del Convenio sobre Imprescriptibilidad de Crímenes de Lesa Humanidad y del Estatuto de Roma. Ello nos hace concluir que una conducta que reúna estas características no podrá tipificarse como crimen de lesa humanidad, pero sí puede recibir los beneficios de dicha calificación.

Una tercera calificación son los «delitos contra la humanidad», que se encuentran en el título IV de la segunda parte de nuestro Código Penal. Según nuestro legislador, se incluye aquí el genocidio, la desaparición forzada y la tortura, principalmente. La ventaja de contar con estos tipos penales es su propia existencia (mayores penas y ventajas sobre figuras comunes parecidas), sin embargo, han entrado en vigencia en distintos momentos, lo que ocasiona problemas para la aplicación de la ley en el tiempo, así como para el tema de la prescripción. Es decir, estos tipos penales no se aplican para hechos ocurridos con anterioridad a la entrada en vigencia de estos tipos penales, salvo el caso de la desaparición forzada de personas.

Una cuarta clasificación son los delitos comunes que implican graves violaciones de los derechos humanos. Este es un rubro, que según la legislación, recae sobre la competencia de los Juzgados y Fiscalías Penales Supraprovinciales, especializados en temas de derechos humanos. La ventaja de esta calificación es que podemos incluir aquí hechos ocurridos antes de la vigencia del Código Penal de 1991 o de la inclusión de las figuras contenidas en el capítulo IX sobre delitos contra la humanidad y que, además, no interesa que se hayan producido en un contexto de práctica sistemática o generalizada de violaciones de derechos humanos. Para este tipo de casos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado en diversa jurisprudencia que no pueden invocarse la prescripción, ni autoamnistías, ni ningún otro obstáculo que impida la persecución, investigación y eventual sanción de los

involucrados en estos hechos. De la misma opinión es el Tribunal Constitucional en el caso Villegas Namuche, por ejemplo.

2. Modalidades de imputación en comportamientos macrocriminales

Ahora sí, entremos en materia. Es necesario comenzar por diferenciar la criminalidad organizada a secas de la macrocriminalidad. Esta última es una especie singular dentro de la amplia variedad de modalidades de la criminalidad organizada. La macrocriminalidad involucra a organizaciones de grandes dimensiones, con capacidad de incidir en conductas delictivas graves, con apoyo frecuente del poder estatal, con una jerarquía rígida —e incluso vertical—. La criminalidad organizada común, sin bien aglutina una pluralidad de agentes, está ajena a la magnitud y permanencia de la organización, a la estructura rígida o a la perpetración de graves crímenes. Esta distinción tiene incidencia inmediata sobre la coautoría del jefe de banda; sin embargo, para efectos de esta exposición, me centraré en la macrocriminalidad.

Pasemos a analizar las formas de imputación en comportamientos macrocriminales en el ámbito del derecho penal internacional. Estas figuras nacieron en los tribunales penales de Núremberg, así como en los casos de Rwanda y la ex Yugoslavia y están plasmados en el Estatuto de Roma. Deseo abordarlos puesto que la sentencia del caso Fujimori hace una distinción entre la autoría mediata y la responsabilidad del superior, la cual es de difícil asimilación en el derecho penal interno, dado que no existe una norma en nuestro ordenamiento penal que ampare esta última figura de modo expreso.

a) Responsabilidad del superior

La responsabilidad del superior es una figura basada en el incumplimiento de determinadas funciones de control para impedir las conductas ilícitas de sus subordinados. Tuvo un desarrollo consuetudinario en Núremberg, posteriormente se aplicó en el caso Yamashita en el Tribunal para Criminales de Guerra en Japón, ha pasado por los Tribunales Especiales Internacionales para la ex Yugoslavia y Rwanda y en el Estatuto de Roma. Según el artículo 28 de dicho estatuto, serían cuatro los requisitos objetivos que deben cumplirse: a) posición de superior (militar o civil), que sería una cuestión formal; b) mando o autoridad y control efectivo, que sería una cuestión material; c) producción de crímenes cometidos por los subordinados, sobre los cuales el

imputado es superior y tiene potestad de mando o autoridad y control efectivo; y d) ausencia de control del superior, es decir, que no controle o desarrolle actividad alguna para evitar los hechos delictivos.

A estos elementos objetivos se suma un elemento subjetivo para que se cumpla con la imputación por responsabilidad del superior: «debería saber o hubiera conocido». Una primera modalidad se presenta cuando el superior sabe que se cometerán hechos ilícitos y no genera ningún control sobre ellos. Otra modalidad es que los hechos se cometan sin que el superior sepa de ellos, pero al tener la posición superior y el mando, se le atribuyen normativamente, siendo un supuesto culposo. Según Kai Ambos, esta figura es un supuesto de omisión pura de garante —lo de garante es añadido mío— dado que hay un superior que tiene un deber especial sobre una fuente de peligro, que es su aparato de subordinados. Entonces la responsabilidad del superior es por la ausencia de control de este sobre sus subordinados que han cometido delitos, pero no precisamente por la comisión de dichos delitos. No es, en la versión de Kai Ambos, una figura de comisión por omisión.

En la sentencia del caso Fujimori —adelanto una primera impresión vinculada con el tema de la autoría mediata—, se señala que la responsabilidad del superior es un supuesto de omisión pura y que por el contrario la autoría mediata es una figura que supone una modalidad comisiva, por lo que no estaría dentro de este supuesto. Yo tengo mis reparos en torno a esta afirmación, dado que sí es posible la modalidad omisiva en la autoría mediata. Sin embargo, para muchos la autoría mediata es una modalidad comisiva por lo que su regulación no permitiría cubrir la figura de la responsabilidad del superior dado que es una figura de omisión pura.

b) Empresa criminal conjunta

La empresa criminal conjunta es otra forma de imputación en el derecho penal internacional y supone un plan o acuerdo entre varias personas. Se trata de la intervención en una empresa común o una asociación criminal final, por medio de la cual se cometen delitos, no siendo necesario que todos tengan la intención de cometerlos. Lo clave aquí es la intención de formar parte de la empresa criminal que se dedica a cometer delitos, y se pueden diferenciar tres niveles. En los términos de Ambos, la figura de la empresa criminal conjunta 1 y 2 se acercan más a la institución de derecho penal nacional que denominamos coautoría, porque exigen que la intervención en la empresa común esté amparada o basada en un plan o acuerdo común de todos los intervinientes, lo que implica que se les impute la responsabilidad por los actos concretos realizados.

Este también es el matiz de diferencia con el delito de asociación ilícita para delinquir, que no requiere que se hayan efectuado actos concretos.

Por el contrario, la empresa criminal conjunta 3 sí se acerca a un injusto penal de organización, es decir, a la imputación por pertenencia a una asociación ilícita para delinquir porque no exige que los hechos criminales que se hayan producido se deduzcan directamente del acuerdo o del plan común, sino que pueden deducirse de manera muy indirecta. En este caso, la figura es relevante para los excesos de coautor, permitiendo su incriminación cuando el delito realizado esté desvinculado de alguna manera del plan común.

Para la configuración de la empresa criminal conjunta hay que tener en cuenta dos presupuestos: a) La intención de participar y de favorecer el objeto criminal general de esta, sea individual o colectivo. Aquí se incluyen todas las modalidades de esta figura. La diferencia con la coautoría se encontraría en los casos del tercer nivel de la empresa criminal conjunta, que no podrían ser subsumidos en la coautoría. b) La previsibilidad de la posible comisión de hechos que no integran directamente el objeto del fin criminal común.

c) Autoría mediata por dominio de la organización

En el ámbito del derecho penal, hay otras formas de vinculación, bastante conocidas por su empleo en la jurisprudencia nacional. La primera de ellas es la autoría mediata por dominio de la organización.

Los antecedentes de la autoría mediata se remontan a Welzel, quien nos describía supuestos de autoría mediata, cuando el dominio del hombre de atrás sobre el instrumento radicaba en los supuestos de coacción o error. Roxin le dio un desarrollo mayor, sobre todo al introducir sus criterios para distinguir la autoría de la participación y plantear para los delitos dolosos la autoría mediata a partir de la teoría del dominio del hecho. Así, agrupa las distintas modalidades de autoría, como la autoría directa, la autoría mediata y la coautoría.

La autoría directa es el dominio directo sobre el hecho, la autoría mediata es el dominio a través de otro del suceso delictivo o el dominio de la voluntad, y la coautoría es el dominio funcional del hecho basado en la distribución de funciones. Roxin desarrolló sobre todo la autoría mediata, y añadió a los casos pensados por Welzel una figura singular con características peculiares relevantes. Rompe con las figuras anteriores en las que el instrumento era una persona que tenía un déficit determinado o se encontraba bajo error o coacción, por lo que el sujeto de adelante no era responsable por algún tipo de causa. En la modalidad de autoría mediata por dominio de la organización, el hombre de adelante no es una persona bajo error o bajo coacción.

En la versión original de la autoría mediata de Roxin, se presuponían tres elementos: un aparato de poder con estructura jerárquica y a disposición del hombre de atrás, la fungibilidad —o sustituibilidad— de los ejecutores (lo que para Roxin constituía el fundamento del dominio del hecho), y la desvinculación de la organización de los patrones y valores que marcan el ordenamiento jurídico.

Ante este planteamiento, se han presentado críticas de distinta índole, de las cuales reseñaré las más relevantes. Algunas proponen alternativas a la autoría mediata y otras discrepan sobre dónde radica el fundamento del dominio del hecho. Una primera crítica, hecha por quienes no aceptan la tesis de la autoría mediata, es el respeto al principio de responsabilidad por el propio hecho o autorresponsabilidad, que señala que si existe un ejecutor que es plenamente responsable, se rompe la posibilidad de hablar de un dominio sobre él, dado que no es un instrumento, asimilándose estos casos a la figura de la coautoría o instigación. Una réplica consiste en preguntarnos qué se entiende por instrumentalizar, lo que no es solo aprovechar los déficits cognitivos de una persona, sino que también puede ser mirada desde la perspectiva de cómo se integran los ejecutores en un aparato de poder. Bajo la perspectiva de la fungibilidad, la instrumentalización se produce porque el sujeto es parte en un engranaje sustituible y que determina su irrelevancia para asegurar la comisión del hecho delictivo, lo que no necesariamente es semejante a déficit cognitivo.

Otra posición es la esgrimida por autores que aceptan el modelo de la autoría mediata, pero que sí critican la posición de Roxin sobre el fundamento del dominio del hombre de atrás, basado en la fungibilidad o posibilidad de sustituir al ejecutor. Algunas de las críticas sostienen que el criterio de la fungibilidad no sirve como criterio para fundamentar el dominio del hombre de atrás. Lo único que explica es el dominio del resultado pero no la conducta de los ejecutores. Por otro lado, se sostiene que la fungibilidad no se corresponde con la naturaleza de las organizaciones criminales actuales dado que este tipo de organizaciones no cuentan con una amplia pluralidad de agentes quienes, además, tienen una alta capacitación y preparación para realizar estos actos. No serían, entonces, fungibles. Para este tipo de organizaciones se requieren elementos de formación y especialización que hacen que sus miembros no sean fácilmente sustituibles.

La propuesta de los críticos es que el dominio del hombre de atrás radicaría en la predisposición elevada del ejecutor al hecho ilícito, lo que ha sido recogido por la sentencia emitida por el Poder Judicial en el caso de la cúpula de Sendero Luminoso. En sus últimos trabajos, Roxin viene teniendo una posición más ecléctica, reconociendo que la predisposición es un elemento de

fundamentación, sin excluir la fungibilidad. Para ello, el autor alemán señala que deben cumplirse varios elementos. El primero de ellos es el sinceramiento sobre las características del aparato del poder, dado que algunas de ellas no pueden configurar necesariamente una autoría mediata. Un segundo elemento es asumir la fungibilidad antes y durante el hecho, por lo que no solo debe constatarse en la comisión de este, sino que es un elemento o circunstancia que se constata antes, para comprobar la posibilidad de sustitución. Un último criterio, subjetivo, es el que señala la existencia de organizaciones sobre las cuales haya una capacidad de dominio, mas sus integrantes no tienen una predisposición para cometer el hecho delictivo, dado que puede haber miembros de la organización que cumplan una orden o simplemente no quieran desagradar al superior. Este último aspecto debe analizarse caso por caso.

¿La autoría mediata también puede suponer modalidades omisivas? La pregunta es clave, pues debemos dilucidar si el autor mediato puede serlo por omisión. Si el fundamento es el dominio, uno puede dominar cuando crea el riesgo o lo incrementa, lo que constituye una modalidad comisiva. Pero cuando existe el caso de alguien que conoce el aparato de poder, pero no detiene los hechos delictivos teniendo una posición de garante relevante, podría hablarse de una autoría mediata por comisión por omisión, lo que aún no se ha desarrollado, pero que podría ser un puente entre la autoría mediata por dominio de la organización en su modalidad omisiva y la responsabilidad del superior.

d) Coautoría

Otra modalidad es la coautoría, que podemos definir como la imputación por codominio funcional del hecho ilícito. Ser parte del principio de distribución del trabajo en el acto delictivo. Como primer presupuesto, la doctrina asume —en su mayoría— la exigencia de acuerdo común sobre la realización del delito, teniendo en consideración que en el nivel de la mega criminalidad es muy difícil que todos los miembros de la organización se hayan reunido para un acuerdo común. Por ejemplo, en el caso de Fujimori, él no conocía a los ejecutores, pero son parte inherente a la megaestructura organizada. Jakobs replantea el término *acuerdo común*, y no lo considera el presupuesto de coautoría y se refiere, más bien, a la «adaptación al fin criminal de la organización».

El segundo requisito de la coautoría es la intervención por medio de una distribución de tareas que alcance a la ejecución delictiva. Una interpretación rígida de este requisito implica que todos los copartícipes no solo hayan

intervenido en los actos preparatorios, sino que hayan actualizado su intervención al momento de la ejecución delictiva. Esta interpretación descarta toda posibilidad de imputar responsabilidad al hombre de atrás, quien se desentiende de cómo se realizará el hecho concreto, pero sabe que la maquinaria va a funcionar. Esto haría que descartemos la coautoría como posibilidad para este tipo de casos. Yo me pregunto si ello no se hubiera podido concebir en el caso Barrios Altos si se actualizaba el testimonio de Susana Higushi —y se acompañaba con otras referencias— en el que señalaba que Fujimori habría sido avisado por Montesinos de los sucesos de Barrios Altos. Si se verificaba dicha escena, se hubiera acreditado cómo el hombre de atrás actualizó su presencia en el momento de la ejecución, por lo que se podría hablar de coautoría en este caso, lo que no se demostró en el juicio.

El tercer elemento es el referido a la igualdad de rango de las aportaciones en una estructura organizada de manera horizontal. Esta característica determina si estamos ante autoría mediata o coautoría. La coautoría está pensada básicamente para estructuras más o menos horizontales, lo que no niega que pueda haber un jefe de banda, a diferencia de la estructura vertical que caracteriza a la autoría mediata.

La jurisprudencia nacional ha establecido varios requisitos estrictos para la configuración de la coautoría: pluralidad de intervinientes, la decisión común, el aporte esencial de todos y tomar parte en la fase de ejecución, lo que supone, en este último caso, verificar si es que el jefe de la organización participa en ella, considerando lo dicho acerca de las diversas interpretaciones sobre cómo se toma parte en la fase de ejecución, lo que implica ver si se aplica, según sea el caso, la coautoría o la autoría mediata. Si se acercara hasta el lugar de los hechos para supervisar el operativo, no habría dudas de que estamos ante la coautoría, siendo un dilema mayor el caso del jefe de banda que organiza el operativo y luego se desentiende, teniendo aquí la disyuntiva en relación con la instigación.

Según Jakobs, basta una decisión de adaptación para renunciar con ello a la tesis del acuerdo común, pues solo se persigue un objetivo común supraindividual, dado que no le interesa distinguir la intensidad de la participación en un crimen, por lo que la diferencia no sería cualitativa, sino cuantitativa. Esta concepción es bastante amplia y responde a la tendencia de este profesor al concepto unitario de autor.

3. Conclusión

Como conclusión, podemos sostener que frente al problema de imputar a un individuo un delito situado en un contexto macrocriminal, la normativa internacional y nacional contemplan diversas figuras que van desde la responsabilidad del superior hasta las fórmulas de coautoría o la instigación, pasando por la fórmula de la autoría mediata por dominio de organización. Para el ordenamiento peruano se descartan las figuras de la responsabilidad del superior o de la empresa criminal conjunta, dado que no tienen recepción en la legislación interna.

Creo que cuando se trata de individuos que ocupan una posición elevada en la cadena de mando caben, en principio, dos posibilidades de imputación, o la autoría mediata por dominio de organización, o la figura de la coautoría. La selección de alguna de estas figuras depende de si la estructura de poder que está detrás tiene una relación más horizontal o vertical. La verticalidad es la característica que denota la particularidad de la autoría mediata por dominio de organización.

Tipos penales de tortura y desaparición forzada: características y concurso de delitos

YVAN MONTOYA

Vamos a referirnos a los delitos contra los derechos humanos o de lesa humanidad, haciendo especial énfasis en los delitos de tortura y desaparición forzada de personas. Como paso previo para el desarrollo conceptual de estos tipos penales, definamos la naturaleza compleja de esta clase de conductas antijurídicas.

Cuando señalo que estos delitos tienen naturaleza compleja, aludo al hecho de que protegen dos tipos de bienes jurídicos, un bien jurídico transversal, que se encuentra en todos los delitos contra los derechos humanos; y el bien jurídico que se protege en cada uno de ellos. El bien jurídico transversal es una garantía institucional definida por el conjunto de normas y procedimientos establecidos en la Constitución y los tratados internacionales sobre derechos humanos, referidos al control del poder público y a su uso racional y proporcionado. Este conjunto normativo determina y precisa el uso del poder público y las exigencias respecto a los derechos fundamentales de las personas. Cuando se produce un delito contra los derechos humanos, lo primero que se contempla es una vulneración de las garantías previas para no invadir arbitrariamente los derechos fundamentales de las personas.

Además de este bien jurídico de carácter transversal, cada tipo penal en estos casos tiene un objeto jurídico de protección específico. Sobre estos fines de protección particular trataré al trabajar los delitos de tortura y desaparición forzada de personas, en particular, al tocar lo referido a los bienes jurídicos protegidos.

1. Notas características del delito de tortura

1.1. Bien jurídico protegido: integridad personal

Veamos el delito de tortura.¹ Comencemos definiendo el bien jurídico, dado que nos orienta tanto en la caracterización y alcance del tipo penal como en lo que se refiere a los concursos con otros delitos. En mi opinión, en el delito de tortura no se protege la salud individual —esto ocurre en el delito de lesiones— sino que se cautela la integridad personal. En varias sentencias de la Corte Suprema se hace referencia a la integridad personal, integridad física o psicológica, lo que tiene una amplitud mayor. De este modo, se protege a las personas para que no sean invadidas en su dimensión fisiológico-orgánica ni se altere su equilibrio psicológico. Siendo más precisos, el delito de lesiones engloba la salud individual, pero cuando se daña esta, se exige la materialización de una lesión, es decir, una mella de la actividad corporal que se traduce en asistencia médica o días de descanso médico. En el delito de tortura, en cambio, no es relevante la asistencia médica o los días que esta tiene para establecer la comisión de este delito.

1.2. Carácter especial

En la tortura, el sujeto activo es un funcionario del sector público o un particular que actúa con consentimiento o aquiescencia de un funcionario. Se trata de un delito especial en ambos casos, dado que en el supuesto del particular siempre debe estar amparado por un contexto de poder, lo que sigue manteniendo su carácter especial.

¹ Artículo 321.- Tortura - Agravante

El funcionario o servidor público o cualquier persona, con el consentimiento o aquiescencia de aquél, que inflija a otro dolores o sufrimientos graves, sean físicos o mentales, o lo someta a condiciones o métodos que anulen su personalidad o disminuyan su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o aflicción psíquica, con el fin de obtener de la víctima o de un tercero una confesión o información, o de castigarla por cualquier hecho que haya cometido o se sospeche que ha cometido, o de intimidarla o de coaccionarla, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años.

Si la tortura causa la muerte del agraviado o le produce lesión grave y el agente pudo prever este resultado, la pena privativa de libertad será respectivamente no menor de ocho ni mayor de veinte años, ni menor de seis ni mayor de doce años.

1.3. Conducta típica

La conducta típica está señalada en el artículo 321 de nuestro Código Penal. Se trata de dos situaciones alternativas: *a)* infligir dolor y sufrimientos graves; y, *b)* aplicar métodos que anulen la personalidad o destruyan la capacidad física o mental de la persona.

Respeto de la primera conducta, el problema se encuentra en cómo establecer el nivel de dolor para calificar al acto como tortura. Cuando los tratados internacionales sobre derechos humanos definen las afectaciones a la integridad personal, se habla de tres modalidades: *a)* tortura, *b)* trato cruel o inhumano; y, *c)* trato degradante o humillante. En estos dos últimos, los umbrales de dolor no son intensos o fuertes como en la tortura. Las dificultades se encuentran para establecer diferencias entre la tortura y los tratos crueles e inhumanos. Solo contamos con algunos criterios —tipo de agente, gravedad del hecho, personalidad de la víctima, sostenibilidad del tratamiento de la afectación de la integridad— que nos permiten evaluar la intensidad del dolor. Hay que tener en cuenta que nuestro Código Penal solo habla de tortura y no regula los tratos crueles e inhumanos. En este último caso, el trato cruel e inhumano podría considerarse tortura si se opta por una interpretación extensiva que abarque distintos umbrales de dolor y siempre que el agente sea funcionario o particular que actúa bajo la aquiescencia de aquel.

Cuando hablamos de la segunda conducta, es decir «métodos que anulen su personalidad o disminuyan su capacidad física o mental», nuestro Código Penal se aparta de la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura, que habla de «métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica». En el caso peruano, se exige un resultado específico que pareciera configurar, además, una suerte de lesión.

Una cuestión importante que hay que tener en cuenta —no solo en el delito de tortura, sino también en los demás delitos contra los derechos humanos— es el contexto de poder, es decir, una situación de superioridad del sujeto activo frente a la víctima del hecho.

Veamos ahora la no exigencia penal de días de asistencia médica para configurar el delito de tortura, a través de un caso ilustrativo. Se trata de los hechos ocurridos a la agente del Servicio de Inteligencia del Ejército (SIE), Leonor La Rosa, caso polémico, pero del cual daré mis impresiones a partir de los datos del expediente que he podido recoger. La agente fue sometida a una investigación en el sótano del SIE por haber filtrado información a la prensa. Ella estaba atada a una silla y fue sometida a quemaduras en los dedos de las

manos y pies con un soplete. Esto le produjo quemaduras comprobadas por el Instituto de Medicina Legal. Estas quemaduras, según lo señalado por los peritos, producían un intenso dolor. Esto determinó que la víctima entrara en estrés agudo, lo que —a su vez— le provocó un desmayo y una hemorragia vaginal. La Rosa fue llevada al Hospital Militar, donde fue intervenida para detener la hemorragia, pero se produjeron dos paros cardiorrespiratorios. Esta situación generó un debilitamiento sustancial del control de las extremidades de la agente.

En este caso, los peritos del Instituto de Medicina Legal mencionaron que las formaciones de costra que quedaron luego de las quemaduras cicatrizaron al noveno día (aproximadamente) luego de producidas estas. Si nos dejamos llevar por este criterio, no consideraríamos el acto como tortura (sería una falta de lesiones), pero la calidad de funcionario público de los agentes perpetradores, el contexto de poder en que se situaron y el dolor intenso al que fue sometida la víctima es lo que nos lleva a determinar la existencia del delito de tortura, dado que estas quemaduras y sus consecuencias están acreditadas.

1.4. Finalidad

La tortura exige, en nuestro ordenamiento penal, determinados fines. Se trata de tres tipos de finalidad: *a)* inquisitiva, para obtener información; *b)* punitiva, para imponer un castigo por algo que se sospecha el sujeto pasivo ha cometido; *c)* intimidatoria, esto es para que el mismo sujeto no vuelva a cometer el hecho delictivo o no se involucre en su ejecución. Se trata de una fórmula cerrada, en la que no caben otros fines para que el hecho tipifique como tortura.

¿Ustedes imaginan un caso donde un agente estatal recurra a estos métodos, sin tener alguna de las tres finalidades mencionadas? Veamos un ejemplo. Durante el conflicto armado interno, en la Universidad Nacional del Centro de Huancayo, se determinó que varios estudiantes pertenecían a Sendero Luminoso, se les identificó y algunos de ellos fueron capturados. Adicionalmente, fue apresado el hermano de uno de estos estudiantes, a pesar de no pertenecer a Sendero Luminoso, y fue torturado. ¿Cuál era la finalidad? Como he comentado, no era terrorista, no sabía dónde estaba su hermano, y no necesariamente querían intimidarlo. En este caso parece que el propósito era otro, esto es, presionar al estudiante para que se entregara y pudiera ser intercambiado con su hermano. Hay que señalar que la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura tiene una fórmula abierta, que hace alusión a cualquier otro fin.

2. La tortura y el concurso de delitos

Pasemos a ver el concurso con otros delitos. Es frecuente la concurrencia entre los delitos de tortura y lesiones. Hay tres posibilidades: es un concurso aparente, por lo que se aplica uno de los delitos; es un concurso ideal, por lo que se aplican ambos delitos aun cuando ha existido un solo acto; o es un concurso real. Descartemos el concurso real y establezcamos la situación de un solo suceso en el que concurren ambos delitos. Yo considero que, sobre la base de la perspectiva del bien jurídico, la integridad personal (protegida por el delito de tortura) tiene mayor cobertura que la salud individual (bien preservado por el delito de lesiones). Desde esta posición, lo que existe es un concurso aparente de normas penales, por lo que se aplicaría el delito de tortura por tener mayor cobertura.

En relación con el delito de violación de la libertad sexual (170 del Código Penal), se podría subsumir este en el delito de tortura en caso de concurso, cuando se compruebe que alguna de las finalidades contempladas en el tipo penal de tortura se ha cumplido y ha sido la causal de la agresión sexual. Cabe mencionar que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal Penal para la ex Yugoslavia han expedido fallos u opiniones en los que se afirma que, en determinadas formas y contextos, la violencia sexual puede constituir tortura.

La Comisión Interamericana señaló, en un informe sobre Haití en 1995, que los abusos sexuales cometidos contra mujeres no solo causaron sufrimiento y dolor físico y mental, sino que se cometieron con la finalidad de castigarlas por su militancia, por las ideas políticas de sus familiares, o para evitar su apoyo a comunidades pobres. Por tanto, esta práctica califica también como tortura.

En el caso de Raquel Mejía contra el Estado peruano, debido a una agresión sexual cometida por un miembro del Ejército, la Comisión consideró que se produjeron los tres elementos que configuran el delito de tortura. Se indicó que «la tortura, dependiendo de las circunstancias en que se produzca, puede constituir, conforme a los tratados sobre derechos humanos o el Estatuto de Roma, un crimen de guerra o un crimen de lesa humanidad» y se citó la sentencia del Tribunal Penal Internacional para Ruanda en el caso Akayesu. Se indica también —en el caso de una práctica de violación sexual por parte de agentes estatales—, que en un contexto en el que existen algunas de las finalidades del tipo penal de tortura, existe un concurso ideal entre los delitos de tortura y violación de la libertad sexual.

Pasemos al análisis de sentencias. Comencemos por el caso del *chico del foco*, un soldado que fue víctima de una tortura, cuyo agresor fue sancionado por

este delito, pero no se contempló que también implicaba una violación de la libertad sexual. En este caso, la Sala debió considerar la concurrencia del delito contra la libertad sexual y castigar al agresor, dado que todos los seres humanos tienen la libertad de determinar con quién tienen o no relaciones sexuales.

Otro caso que quería comentar se produjo en Piura. Se trata de una persona que hace servicio militar obligatorio y que es agredida en varios momentos. En una guardia, esta persona se queda dormida en una de las torres y su superior, un técnico de segunda, lo ve y le propina varias patadas y golpes. En el certificado médico legal quedan acreditadas las lesiones traumáticas que le generaron la muerte, lo que fue ratificado en el juicio oral por el médico legista. La Sala Penal en Piura estimó que concurrieron los elementos constitutivos de la tortura, dado que el sujeto activo era un agente estatal que tenía la finalidad de castigar a uno de sus subordinados. El técnico de segunda fue condenado a una pena benigna, pero en la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia fue absuelto. En esta instancia se estimó, de modo erróneo a mi entender, que un elemento constitutivo del delito debe ser el hecho de que el agente estatal deba ser una autoridad encargada de custodiar a otra. Es por ese motivo que la Sala calificó el hecho como lesiones graves y no como tortura. Cabe mencionar que dicho elemento citado por la Sala no está expresamente en el tipo y no se deduce tampoco de este. Este caso nos demuestra cómo el añadir elementos que no son propios del tipo penal de tortura puede producir la restricción de los espacios de protección penal.

3. Desaparición forzada de personas: características y concurso de delitos

3.1. Bien jurídico protegido: reconocimiento de la personería jurídica

Pasemos al siguiente tipo penal, la desaparición forzada de personas. Como en el caso anterior, se tiene un bien jurídico transversal que proteger, que son las garantías constitucionales sobre el uso del poder público del Estado y los deberes de los agentes estatales sobre el respeto de los derechos fundamentales de la persona. Pero es necesario determinar, además, cuál es el bien jurídico específico que se protege con el establecimiento de este delito. Considero que el bien jurídico protegido es el contenido en el reconocimiento de la personalidad jurídica, que involucra a todas las capacidades y dimensiones de la persona para poder ejercer todos sus derechos con plenitud.

Para la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) (caso Anzualdo), el delito ataca una serie de bienes jurídicos (vida, libertad, integridad física), por lo que, a su criterio, dicho delito es pluriofensivo. La propia Corte señala que se trata de la negación de la personalidad jurídica, dado que se sustrae a la persona de todo tipo de protección o relación, por lo que queda anulada la capacidad del sujeto para intervenir socialmente y ejercer plenamente sus derechos.

3.2. Conducta típica

En nuestro ordenamiento, la redacción de la conducta típica,² en el delito de desaparición forzada de personas, es bastante errónea. Asimismo, señalar que se «ordenan o ejecutan» acciones tendientes a una desaparición forzada de personas distorsiona el sentido de esta conducta. Lo mismo ocurre en el caso de «desaparición debidamente comprobada», cuyo origen parece residir en un delito contemplado en España. Este sancionaba la detención seguida de su negación y tenía una pena bastante fuerte, por lo que los tribunales señalaron interpretativamente como requisito para su configuración que dicha desaparición debía ser «debidamente comprobada».

En los tratados internacionales sobre desaparición forzada de personas y en la jurisprudencia de la CIDH, queda muy claro que, más que la privación de la libertad, el aspecto más importante es la negación de información sobre la detención o paradero de la persona. Esto es lo que hace distinta a la desaparición forzada del delito de secuestro. Sobre esta base, debemos interpretar el tipo penal de modo muy similar a como lo hace el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos, es decir, funcionarios públicos que privan a una persona de su libertad, seguida de la negación sobre su paradero. Bajo esa premisa, se asume que la privación de libertad es un presupuesto del delito, siendo el elemento central de este la negación del paradero de la víctima o de su detención.

² Artículo 320.- Desaparición comprobada

El funcionario o servidor público que prive a una persona de su libertad, ordenando o ejecutando acciones que tenga por resultado su desaparición debidamente comprobada, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de quince años e inhabilitación, conforme al Artículo 36 incisos 1) y 2).

3.3. Carácter especial

Como otras características, cabe anotar que se trata de un delito especial, dado que es cometido por agentes estatales y funcionarios públicos. También es un delito omisivo, dado que lo determinante es la negación de la información sobre la detención o paradero de la víctima. A mi modo de ver, además, se trata de un delito permanente, pues existe una situación jurídica prolongada, que es sostenida por el sujeto activo.

3.4. Delito permanente

Desde mi percepción, el delito permanente no se define a partir de la consumación. Algunas concepciones señalan que la prolongación de la situación antijurídica también prolonga la consumación del delito. Considero que la consumación es un concepto formal y como tal es entendido como la realización de todos los elementos del tipo objetivo. Este concepto debe distinguirse de la consumación material, que es el cese de la situación antijurídica. Por tanto, desde el punto de vista de la consumación, no se haya diferencias entre delito permanente y delito instantáneo, dado que ambos se consuman apenas se realizan todos los elementos del tipo objetivo.

Así, un delito permanente, en realidad, se caracteriza por la existencia de una situación antijurídica prolongada, sostenida por el sujeto activo, de modo activo u omisivo y que, además, incide indefectiblemente en la prolongación de la ofensa al bien jurídico. Hay que considerar que no cualquier bien jurídico soporta una prolongación de su ofensa, por lo que, para que exista un delito permanente, este debe afectar un bien jurídico susceptible de ser vulnerado en términos muy prolongados. Al negar la información sobre la detención y el paradero de la víctima, se afecta el contenido del derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica y al ser un comportamiento sostenido, se anula constantemente el reconocimiento de este bien jurídico. A pesar de que el delito se consumó, mientras se mantenga el silencio del agente sobre el paradero o la detención de la víctima, se sostiene la situación ilegal. Todo esto hace, además, que el delito se configure como un delito de omisión pura de garante.

Veamos un caso para que estos puntos nos queden más claros. Ernesto Castillo Páez era un estudiante de la Universidad Católica que fue detenido en un parque de Villa El Salvador luego de un ataque terrorista en 1990, fecha desde la que se desconoce su paradero. Cuando su caso llegó al Poder Judicial, se estableció que, a pesar de que la privación de libertad se cometió antes de que se tipificara la desaparición forzada de personas en nuestro país, la

permanencia de la situación antijurídica —es decir, su carácter permanente— configuró el delito.

3.5. Concurso de delitos

Yo discrepo de la posición de la Sala que conoció el caso Castillo Páez cuando señala que con la desaparición forzada se protegen varios bienes jurídicos penales, dado que hemos señalado que el delito protege el bien jurídico contenido en el «reconocimiento de la personalidad jurídica».

Veamos las relaciones concursales. En este caso (Castillo Páez), se dio una privación de la libertad y también la desaparición forzada, pero la Sala no consideró que había concurso ideal con el delito de secuestro, sino un concurso aparente. Ello se debe a que el Tribunal consideró que el contenido al reconocimiento a la personalidad jurídica protege colateralmente la libertad personal, dado que la privación de la libertad es el presupuesto de la desaparición forzada. Al existir entonces, según la Sala, un concurso aparente, se aplicaría el delito de desaparición forzada únicamente, por el criterio de especialidad, posición que, como he señalado, no comparto.

Apuntes sobre la tipificación del delito de desaparición forzada de personas en el Perú

IVÁN MEINI

1. La desaparición forzada de personas como delito de lesa humanidad

Vamos a reflexionar en torno al delito de desaparición forzada de personas, procurando añadir algo más a la discusión existente a partir de una lectura alternativa a la forma tradicional como se suele interpretar.

En primer lugar, veamos hasta qué punto la desaparición forzada es un delito de lesa humanidad, lo que tiene importantes consecuencias prácticas. Hay dos concepciones sobre lo que es delito de lesa humanidad. La primera de ellas indica que es un delito cuya ejecución vulnera bienes jurídicos íntimamente vinculados con la humanidad, como el genocidio. Sin embargo, otra definición más útil, práctica y que cuenta con mayor sustento en la doctrina indica que el delito de lesa humanidad hace referencia a la forma como se ejecutan ciertos delitos, en la medida en que se constaten tres características: a) ataque sistemático, b) en agravio de población civil y, en términos generales, c) a manos de agentes del Estado.

Cuando hablamos de un ataque sistemático, nos referimos a que el delito no sea un acto aislado y autónomo, sino que forme parte de un plan o política de ataque. Cabe preguntarse si tiene que haber presencia del Estado para que un delito sea de lesa humanidad, pues, en el caso peruano, podríamos señalar que lo que hacía Sendero Luminoso con el pueblo asháninka era genocidio. Así, un sector de la doctrina propone deshacernos del requisito vinculado a la presencia del Estado y optar por los otros dos.

Más allá de ese debate, y como se puede entender de lo hasta aquí expuesto, la segunda concepción de delito de lesa humanidad es más exacta, dado que, en realidad, la mayor parte de delitos están vinculados a la humanidad, desde aquellos que atentan contra la vida, como el homicidio. Además, nos obliga a ver que no necesariamente toda desaparición forzada es un delito de lesa humanidad, pues podría no contener alguno de los elementos antes descritos.

Cabe precisar que cuando se califica un delito como de lesa humanidad, debe gozar de tres consecuencias jurídicas vitales: a) el delito no va a prescribir;

b) operará la jurisdicción universal, es decir, podrá ser perseguido, juzgado y condenado por cualquier tribunal; y, c) la imposibilidad de aplicar amnistías o indultos. En realidad, el consenso en el ámbito de la doctrina es negar la amnistía, pero agrego la figura del indulto porque la lógica viene a ser la misma. La única posibilidad que cabría sería el derecho de gracia por consideraciones humanitarias —una enfermedad terminal, por ejemplo—, pero no se podría contemplar en otros supuestos.

2. La desaparición forzada de personas en el ordenamiento jurídico peruano

Pasemos ahora a ver el delito de desaparición forzada de personas a partir de una metodología comparativa con el tipo penal contemplado en el artículo 320 del Código Penal. Esta norma tiene una redacción que no es la más feliz, por ser muy distinta a la forma como se suele regular este delito en el derecho comparado y, sobre todo, en los instrumentos internacionales. Si revisamos, por ejemplo, la Convención Interamericana y el Estatuto de Roma —que forman parte del derecho interno del país—, la definición de desaparición forzada de personas consiste en la privación de la libertad a una persona y, posteriormente, en la negativa del funcionario público a brindar información sobre el paradero o la situación jurídica del detenido, de modo tal que se impide o dificulta la interposición de cualquier recurso judicial para proteger a la persona.

En cambio, el artículo 320 del Código Penal peruano conceptúa la desaparición forzada de modo distinto: «el funcionario o servidor público que prive a una persona de su libertad, ordenando o ejecutando acciones que tengan por resultado su desaparición debidamente comprobada». Se distinguen dos momentos: uno de privación de libertad expresamente requerido por la norma penal, pero el segundo momento, a diferencia de la norma internacional, no se refiere a la negativa a brindar información, sino que indica que el sujeto tiene que haber realizado actos que tengan como resultado la desaparición *debidamente comprobada*. ¿Cuáles son dichos actos? Esta imprecisión del Código Penal nos revela que, dado el contexto en el que fue colocado este delito en el ordenamiento jurídico peruano —década de 1990—, no se hizo mucho énfasis en establecer una tipificación congruente con los instrumentos internacionales, lo que hace más difícil la comprobación judicial de este delito.

Esta situación produce que la norma que tipifica la desaparición forzada de personas en el Perú deba ser interpretada a la luz del bien jurídico protegido, única alternativa racional en derecho penal para identificar el objeto jurídico

de protección y, sobre dicha base, dotar de contenido al precepto penal. Se trata, en suma, de una interpretación teleológica.

3. El bien jurídico protegido en la desaparición forzada de personas

Tanto la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como la jurisprudencia nacional y la doctrina, indican que el delito de desaparición forzada de personas es pluriofensivo, dado que protege la vida, la libertad individual (en su dimensión de libertad ambulatoria), la integridad física y psíquica, la dignidad de la persona, el debido proceso e incluso los derechos de los familiares. Yo considero que esta posición es equivocada por dos razones.

La primera de ellas es que la definición dada por la Corte Interamericana no se refiere al delito penal, sino a infracciones de la Convención Americana de Derechos Humanos. La Corte Interamericana no procesa delitos ni atribuye responsabilidades individuales, sino infracciones cometidas por Estados, conminando a estos últimos a investigar e identificar a los responsables que cometieron el delito según su derecho interno.

La segunda tiene que ver con la autonomía del tipo penal y el bien jurídico protegido. Aquí hay dos opciones: o se entiende que la desaparición forzada de personas no es un delito autónomo, con lo que debería estar como agravante o ser un concurso de delitos; o, finalmente, apostar porque tiene autonomía. Yo apuesto por esta última variante, dado que el delito de desaparición forzada de personas hace frente a supuestos distintos a los casos de secuestros, homicidios u otros delitos.

La particularidad de la desaparición forzada de personas no se encuentra en proteger la libertad individual (amparada por los delitos contra la libertad personal, como el secuestro), la vida humana (protegida también a través de los tipos penales correspondientes) ni la dignidad humana, la cual dudo que sea un bien jurídico penal, dado que es difícil conceptuarla más allá de una sumatoria de derechos inherentes a la persona. Tampoco se protegen las situaciones subjetivas vinculadas a los familiares, dado que las teorías subjetivas del bien jurídico ya han sido descartadas. Así, la desaparición forzada de personas protege el reconocimiento jurídico de las personas, por lo que pretende evitar la negación de la personalidad jurídica por parte de un funcionario público a un ciudadano. La sustracción de la persona del sistema jurídico de protección se produce cuando el funcionario garante de la situación del detenido no informa ni la situación jurídica ni el paradero de la persona. Por tanto, el desvalor de la acción recae en la omisión del deber del funcionario público de informar sobre el paradero y la situación jurídica de la persona detenida.

4. Los elementos del comportamiento típico

Establecido el bien jurídico, cabe preguntarnos, ¿cuál es el comportamiento típico prohibido por la norma penal sobre desaparición forzada de personas? En el artículo 320 del Código Penal se sanciona con pena privativa de libertad a quien priva a otro de la libertad y a quien ejecuta actos que derivan en la desaparición «debidamente comprobada».

Analicemos estos elementos. La privación de libertad a la que nos referimos, ¿siempre va a ser ilegal o caben supuestos en los que la privación de libertad, al menos al inicio, haya sido legal? Si bien en la mayoría de los casos de desaparición forzada de personas se secuestra o detiene arbitrariamente a un ciudadano y luego se le desaparece, nada impide que una persona privada legalmente de su libertad pueda luego ser desaparecida y se incumpla así el deber de garante por parte de la autoridad a cargo del detenido. Por tanto, la privación de libertad, en realidad, constituye el presupuesto o escenario previo en el que se puede cometer un delito de desaparición forzada de personas.

Como hemos señalado, la desaparición forzada de personas protege la personalidad jurídica, entendida esta como el sistema de protección legal del ciudadano. Pero el Código Penal peruano introduce un elemento extraño, a partir de la definición de desaparición «debidamente comprobada». Para establecer a qué nos referimos con esa expresión, es necesario echar mano de los instrumentos internacionales. Tanto el Estatuto de Roma como la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas son tratados suscritos y ratificados por el Estado peruano, por lo que su contenido puede ser un elemento para la interpretación del tipo penal nacional. A la luz de dichos instrumentos internacionales, la desaparición forzada «debidamente comprobada» es la negativa del funcionario para brindar la información jurídica sobre una persona detenida (siendo lo *debidamente comprobado* una terminología normativa-jurídica que se plasma con dicha negación de información), detrayéndola del sistema de protección jurídico. Por lo tanto, el comportamiento prohibido es la omisión del cumplimiento de un deber.

5. La desaparición forzada como un delito de infracción del deber

La desaparición forzada de personas podría ser considerada un *delito de infracción de deber*. Definir qué es la infracción de un deber es bastante complicado, dadas las diversas propuestas académicas sobre la materia. Por ello, es mejor hablar de

un delito especial propio, es decir, aquella conducta penal que tiene como autor a un funcionario o empleado público. En este caso, el sujeto tiene la obligación de informar.

Esta obligación supone varias interrogantes que dilucidar. La primera de ellas tiene que ver con el momento en el que el funcionario público asume el deber de informar sobre el paradero y situación jurídica de un ciudadano. Esta situación se inicia cuando el sujeto es un funcionario público, cuyo cargo y funciones le obligan a suministrar dicha información. Es dicha ingerencia y no el acto de privación de libertad el que lo sujeta, dado que hay casos en los que, por división del trabajo, se encarga a un subordinado la privación de libertad. En cada caso en concreto se determina quién debe suministrar la información sobre la ubicación y situación jurídica del desaparecido. ¿Cuándo concluye dicho deber? Una opción es cuando el detenido ha fallecido, dado que la protección de la personalidad jurídica es un derecho correspondiente a personas vivas. Otra es, obviamente, cuando el funcionario ha fallecido.

Un caso complejo se produce con el personal que pasa al retiro, es destacado a otro lugar o despedido. Hay una ejecutoria de la Corte Suprema del Poder Judicial que indica que a partir del momento en que una persona pasa a retiro, cesa la capacidad de ejercer el deber, por lo que a partir de esa fecha debe empezar a computarse el plazo de prescripción. Dicha decisión me parece errónea, dado que el surgimiento de este deber se da en el marco de la relación que mantiene el funcionario con el Estado y, además, debe precisarse la naturaleza del vínculo creado.

La sentencia del Tribunal Constitucional en el caso Villegas Namuche señala expresamente que el derecho a la verdad sería parte de lo que la desaparición forzada protegería, pues se trata de casos en los que el interés trasciende al afectado y sus familiares e importa a la sociedad en general, dado que es el beneficiario de la protección jurídica. De esta interpretación, se tiene un argumento de peso para señalar que, si bien el surgimiento del deber se produce a partir de la relación del funcionario público con el Estado, el mantenimiento de dicho deber se justifica y legitima en la relación que tiene con la sociedad, en tanto funcionario público. Y siguiendo esa línea de argumentación, podríamos concluir que el pase a retiro, la dación de baja o el traslado de dependencia no es un obstáculo para mantener la obligación de información, dado que estas situaciones pueden argumentarse para intentar eludir responsabilidades. Dicha responsabilidad de informar está supeditada a que se mantenga el estatus formal de funcionario público, pero también se incorpora cuando está en su esfera de ciudadano, porque mantiene un deber frente a la sociedad.

En el ámbito de la autoría y participación hay algunas reglas que tener en cuenta. No importa quién priva a la víctima de su libertad, sino que será responsable quien atenta contra su personalidad jurídica. En cuanto a la responsabilidad del superior jerárquico, habrá que tener en cuenta qué versión de la autoría mediata se aplica, dado que en nuestra jurisprudencia hay tres versiones distintas del dominio de la organización, siendo en todas posible imputar el delito de desaparición forzada por autoría mediata.

Existen varias consecuencias prácticas que se derivan de las ideas que he planteado. Desde una perspectiva naturalística, la desaparición forzada de personas es un delito omisivo, pues es cometido a través de una omisión de información sobre la situación jurídica del detenido. Desde una perspectiva normativa, se entiende que es un delito de infracción de deber, donde lo que interesa es que este no se cumpla. Dicha infracción puede configurarse tanto por un silencio, como por mentiras, desinformación, o información brindada de modo tardío. No es necesario para que se configure el delito que la persona fallezca o se conozcan las circunstancias de su desaparición.

Este delito, como sabemos, tiene una pena que va desde los quince a los treinta y cinco años de privación de libertad, que para algunos podría ser bastante desproporcionada para castigar el hecho de «no informar» (más aún si se compara con la pena asignada al delito de homicidio). Sin embargo, un juicio de proporcionalidad debería tomar en consideración la importancia del deber que se está infringiendo en una sociedad donde la personalidad jurídica del sujeto es un derecho fundamental. No importa que el desaparecido sea golpeado o se tenga un buen trato hacia él, lo relevante es la infracción del deber, que a mi modo de ver es tan trascendental para el sistema jurídico que justifica una pena de esta cuantía.

6. La desaparición forzada como delito permanente

Otra cuestión que dilucidar es si este delito es permanente, instantáneo o de Estado. Existen sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en las que se conceptúa la desaparición forzada como un delito permanente y continuado. Independientemente de si la Corte emplea o no la terminología adecuada, se suele entender que la desaparición forzada de personas es un delito permanente, dado que se consumaría a lo largo del tiempo en que se mantiene el estado antijurídico, es decir, el tipo penal se consumaría permanentemente.

Soy de una opinión contraria. Considero que se trata de un delito de consumación instantánea dado que, conceptualmente, es difícil hablar de un tipo penal de consumación permanente; cuestión distinta es la de los efectos de este delito, que sí son permanentes. Más allá de si se trata de un delito de consumación instantánea o permanente, se debe tener como centro de preocupación si el mantenimiento del estado antijurídico es imputable al funcionario y, por tanto, el plazo de prescripción no puede empezar mientras este estado antijurídico se siga manteniendo.

7. La desaparición forzada de personas y el concurso de delitos

Una respuesta sobre si la desaparición forzada de personas puede entrar en concurso de delitos está condicionada por el concepto que se asuma de este tipo penal. Si se considera que es un agravante de la privación de libertad, no podrá haber un concurso con el delito de secuestro. Pero en la lectura que les he propuesto a lo largo de esta presentación, la privación de libertad es el presupuesto previo y no el hecho típico de la desaparición forzada, por lo que, si existe una privación de libertad legal, no existe delito; pero si hay un secuestro, sí se produce un concurso ideal. No puede hablarse de concurso aparente en casos en donde concurren desaparición forzada, lesiones o tortura, dado que sería injusto y poco proporcionado no sancionar los otros delitos, al tratarse de bienes jurídicos distintos.

En el caso de una desaparición forzada seguida de homicidio, la situación es distinta. Dado que el derecho a la personalidad jurídica ampara únicamente a las personas vivas, cuando se mata al desaparecido culminaría la desaparición. Podría pensarse en un concurso real de delitos, pero también en la comisión del delito de asesinato, dado que se mata para ocultar otro delito.

Finalmente, si bien es cierto que el Poder Judicial y el Ministerio Público ya tienen una lectura concreta sobre la desaparición forzada de personas, es necesario confrontar dicha visión con una lectura alternativa, a fin de reflexionar, cuestionar e incluso reafirmar las concepciones desde las que se mira este tipo penal.

8. Las ventajas de no considerar la desaparición forzada como delito pluriofensivo

Considero que nuestro concepto sobre la desaparición forzada de personas como un delito que no puede caracterizarse como pluriofensivo nos facilita

mucho las cosas. Pues nos concentramos en la infracción del deber de informar sobre el paradero y situación jurídica de un ciudadano; así, para señalar al responsable de una desaparición forzada de personas, tenemos que determinar quién tenía ese deber, no quién privó de libertad, ordenó el secuestro o la tortura de la persona.

Caracterizar el delito como pluriofensivo genera muchas confusiones. Cuando se quita la vida a alguien se comete homicidio y no desaparición forzada, mientras que la dignidad no es, a mi modo de ver, un bien jurídico, dado que es algo bastante difícil de definir. Si yo fuera un procesado por un caso de desaparición forzada y me pusieran como argumento que he vulnerado la dignidad, mi primer argumento de defensa sería solicitar al fiscal o al juez una definición de dignidad, pues es aquello que supuestamente habría atacado. Pero aun si se pudiera definir la dignidad, no tendría sentido que la desaparición forzada de personas existiera como delito si fuera pluriofensivo, dado que, en realidad, sería un concurso de varios delitos. Así, pues, estimo que si el delito se creó fue porque existe una razón lógica y particular que lo justifica, como lo hemos señalado al hablar del bien jurídico protegido. Evidentemente, hay otras interpretaciones, pero la discrepancia es bienvenida.

9. Desaparición forzada e imprescriptibilidad

Hay dos formas de entender la imprescriptibilidad en delitos de lesa humanidad. Tenemos, en primer lugar, la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, que es parte de nuestro derecho interno desde que fue ratificada por el Estado peruano. Los problemas prácticos surgen en los casos cometidos antes de la entrada en vigencia de la Convención. ¿Qué hacer? Desde el punto de vista estrictamente jurídico, la solución no es fácil. Se podría decir que los tratados internacionales que tipifican estos delitos declaran lo que la regla de *Ius Cogens* ya ha señalado anteriormente, es decir, que la conducta es delictiva desde antes que se emitiera la norma, por lo que el delito no prescribiría. El problema con una interpretación como esta no estaría en una eventual vulneración del principio de legalidad, sino que el juez podría estar de acuerdo con que el comportamiento siempre fue prohibido, pero no tiene una pena que imponer, dado que el hecho no había sido tipificado. Ello nos lleva a una especulación sobre la pena que no tiene sentido.

La imprescriptibilidad del delito, en términos estrictamente jurídicos, pretende neutralizar la prescripción de la acción penal. Para que opere la

prescripción tiene que haber un delito que se consuma y, por tanto, una ley que lo tipifique y le atribuya una pena, pues la prescripción está, en nuestro sistema jurídico, en función a la pena privativa de la libertad. Yo creo que la imprescriptibilidad sí procede, por una razón que probablemente no sea compartida: en mi opinión, la prescripción no es un derecho, sino una expectativa. La prescripción de la acción penal no tiene que ver con las penas o el delito cometido sino con la persecución del Estado de un hecho que tiene apariencia de delictivo. Así, la prescripción sería un tema más político que jurídico, dado que no afecta derechos y, por tanto, puede ser dejado por cuestiones de índole político-criminal. De allí la importancia de dotar de contenido a la naturaleza del contenido de la prescripción.

10. Precisión final

Debe indicarse que la desaparición forzada de personas no admite una modalidad culposa. Independientemente de la posición que tomemos sobre el bien jurídico protegido, se trata de un delito doloso que presupone que el sujeto obligado a informar conozca su deber. Para ello, debe conocer la detención y el deber de informar surgirá en el momento en que se haya enterado y, por razón del cargo, esté obligado a dar esa información.

Derecho procesal penal

Algunos apuntes sobre la prueba en el proceso penal

LUIS VARGAS

La presente exposición tiene como tema central la prueba y, particularmente, su actuación y valoración en casos de violación de derechos humanos. Un ordenamiento procesal incardinado en un sistema orientado por principios y garantías constitucionales no solo tiene en la publicidad del proceso y la toma de decisiones judiciales el eje sobre el cual se desarrolla la actividad procesal, sino que además la toma de la decisión que pone fin a un proceso —aquella en la que se concluye si el procesado es o no responsable del hecho sometido a debate— obedece a un juicio de valor. Este juicio de valor solo se debe desarrollar a partir de la prueba que se haya incorporado y valorado en el proceso.

Siendo entonces que las decisiones judiciales descansan sobre pruebas, la actividad probatoria de las partes será fundamental, en tanto que la materialización de la pretensión de cada una de ellas dependerá del convencimiento que pueda crear en el juzgador. Si bien es cierto que en un proceso la actividad probatoria depende de las partes, también es posible que excepcionalmente el juez a cargo de la causa pueda ordenar la práctica de pruebas complementarias (prueba de oficio),¹ es decir, aquellas destinadas a contrastar o verificar las pruebas aportadas por las partes. Conforme lo reconoce el Supremo Tribunal, esta es una posición intermedia que en nada afecta al principio acusatorio, ya que su objeto se desarrolla a partir de la actividad probatoria de las partes.

Siendo el proceso penal un instrumento destinado a resolver el conflicto originado a raíz de un hecho prohibido y penado por nuestro sistema judicial, que se atribuye al procesado, la actividad probatoria desplegada por las partes procesales deberá orientarse: *a*) por parte del Ministerio Público, a crear certeza sobre la comisión del hecho y su atribución al procesado; *b*) mientras que el imputado deberá encargarse de crear dudas razonables sobre la propuesta de la parte acusadora. La decisión judicial que recaiga en el proceso solo podrá sustentarse en la prueba actuada dentro del proceso.

¹ Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de la República, ejecutoria del 30 de septiembre de 2004, R.N. 2976-2004-Lima.

La prueba descansa en los presupuestos de calidad, utilidad, pertinencia, oralidad e inmediación, los cuales permiten diferenciar los medios de investigación de los medios de prueba y admiten un uso adecuado de la prueba preconstituida y la prueba anticipada. En la etapa de investigación se acopian medios de investigación y, extraordinariamente, se pueden recoger pruebas anticipadas y/o pruebas preconstituidas. Pero ¿estas pruebas tienen valor *per se*? La respuesta es no. La doctrina, el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema concuerdan en que para que la prueba preconstituida y/o la prueba anticipada puedan ser valoradas deben ser introducidas en el proceso respetando los principios de oralidad e inmediación.

Los medios de investigación son aquellos que acopiamos en el curso de esta etapa del proceso, es decir, en la investigación preparatoria —modelo del Código Procesal Penal de 2004— y permitirán al Ministerio Público, en la etapa intermedia, fijar los tipos de proceso y formular su requerimiento acusatorio, de ser el caso. Asimismo, brindarán al órgano jurisdiccional la convicción necesaria para decidir si hay mérito a juicio oral, en el que se actuarán los medios probatorios que permitirán establecer la comisión del delito y la responsabilidad del procesado.

1. Los tipos de prueba en la legislación peruana

Nuestro sistema recoge dos tipos de prueba: indiciaria y directa. La prueba directa es aquella que permite al juez la reconstrucción de los hechos. Un ejemplo claro de este tipo de prueba es la declaración testimonial. Sin embargo, en casos de crímenes cometidos por organizaciones delictivas o referidos a hechos de especial magnitud, como violaciones de los derechos humanos, la actividad probatoria no se puede agotar en la búsqueda de pruebas directas, por lo que se debe recurrir a la prueba indiciaria.

Existe alguna objeción respecto a la validez de la prueba indiciaria, sin embargo, al revisar el artículo 283 del Código de Procedimientos Penales, tenemos que nuestro sistema procesal penal reconoce como válidos todos los medios probatorios, no existiendo diferencia en la valoración de la prueba directa y la indiciaria. Ambas permiten generar convicción sobre la existencia de un delito y la responsabilidad del agente. Conforme lo señala el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la prueba indiciaria es perfectamente válida.

La prueba indiciaria, por su parte, se encuentra estructurada por el indicio y la inferencia. El indicio es el hecho base debidamente probado. Habrán escuchado a algunos colegas, y a gente vinculada al ex presidente Alberto

Fujimori, señalar que la validez de la prueba indiciaria depende de la existencia de una prueba directa. Esto genera confusión, por lo que es necesario precisar qué es un indicio. Partiendo de esta interrogante, cabe señalar que el indicio es un hecho periférico que no está referido directamente a la litis del proceso, pero que debe estar debidamente corroborado, sin una prueba que lo contradiga, cierto sector de la doctrina incluso señala que es necesario que el indicio se encuentre corroborado con algún medio directo.

Veamos un ejemplo de indicio. Nos encontramos ante un homicidio en el que Juan mata a Pedro. ¿Cuál sería la prueba directa? El testigo que ve a Juan cometer el homicidio. Si no tenemos una prueba directa, ¿qué indicios tendríamos? El cuchillo con el que Juan mató a Pedro, las huellas digitales de Juan en el arma blanca. Hasta allí, el indicio acredita que Juan estuvo en poder del cuchillo, no permite establecer que Juan mató a Pedro.

Los indicios son aquellos hechos que se encuentran en la periferia del objeto que hay que probar, pero que guardan relación directa con él. Se requiere, además, que exista una pluralidad de indicios que converjan sobre un mismo hecho para que la prueba sea incorporada al proceso.

¿Qué es la inferencia? Es la conclusión a la que se llega luego de analizar los diversos indicios, en un estudio concatenado y entrelazado de estos. La inferencia nos permite llegar a una conclusión inicial conformada por varios hechos en los que se hace referencia a los indicios encontrados, los cuales, al ser analizados de forma concatenada, nos permiten llegar a una conclusión única, una certeza.

Por ello se dice que la inferencia tiene que ser unívoca, pues si los indicios nos llevan a varias conclusiones, luego de la valoración probatoria, no habremos obtenido resultado alguno. Así, cuando cierto sector de la doctrina identifica los indicios como *fuertes* o *débiles*, en la práctica dicha diferencia no tiene mayor sentido: los indicios *débiles* equivalen a las meras suposiciones y los indicios *fuertes* se encuentran debidamente corroborados y permiten una sola conclusión. En el ejemplo antes mencionado —Juan mató a Pedro—, si encontramos en el cuchillo además de las huellas digitales del presunto autor aquellas correspondientes a cuatro personas, nos permite establecer que más de una persona estuvo en posesión de dicha arma blanca, pero no será útil para establecer la responsabilidad de Juan, dado que no nos permite señalar que Juan fue el único que estuvo en poder del cuchillo.

Es por eso que en realidad el indicio como tal, al estar debidamente acreditado y al ser analizado con los demás indicios, nos permitirá llegar a una única inferencia, respecto del objeto de la prueba.

Hay quienes señalan que la prueba indiciaria tiene menor garantía que la prueba directa. Esta afirmación no es exacta, pues la prueba indiciaria resulta

ser mucho más confiable al momento de su sustentación y valoración que la prueba directa.

Nuestro ordenamiento legal no fija pautas para la valoración de las pruebas, pues nos basamos en el sistema europeo continental que sigue el modelo de la libertad (razonada) en la valoración probatoria. El juez valora la prueba teniendo en cuenta su utilidad y conducencia, y lo hace de acuerdo con las reglas de la ciencia, la experiencia y la lógica. Así, el magistrado debe expresar las razones por las cuales un determinado elemento probatorio —sea directo o indiciario— lo ha llevado a la certeza respecto de la comisión del delito y la responsabilidad del imputado.

Queda claro que no hay diferencia entre la valoración de la prueba directa y la prueba indiciaria, pero en la prueba indiciaria se requiere un plus en la valoración, de tal manera que no solo hay que establecer el valor de cada indicio, sino también cómo es que dichos elementos se concatenan entre sí y de qué manera el análisis de estos permite llegar a la conclusión respecto al hecho propuesto a debate. Por ello, la jurisprudencia internacional y nacional han señalado que la prueba indiciaria *per se* resulta pertinente para dejar sin efecto la presunción de inocencia y sustentar una sentencia condenatoria.

2. La calificación y valoración de la prueba testimonial

Es pertinente analizar también varios temas complicados sobre la prueba. El primero de ellos es la valoración de la declaración del coimputado, que no se equipara a una declaración testimonial. Una primera duda es saber si esta constituye un medio de prueba o un medio de defensa. Me afilio al sector de la doctrina que considera que la declaración del imputado es un medio de defensa, porque los diversos instrumentos internacionales permiten al imputado negarse a declarar, como parte del desarrollo de su estrategia de defensa. De lo contrario —si fuera medio de prueba—, el coimputado estaría obligado a declarar bajo las reglas previstas para el testigo, con lo cual estaría en la obligación de decir la verdad, pudiendo entonces declarar en perjuicio propio.

¿Esto descalifica la declaración del coimputado como prueba? La respuesta es no. La Corte Suprema ha establecido los criterios para valorar la declaración del imputado. Por un lado, tenemos criterios subjetivos vinculados con la personalidad del imputado y su conducta procesal: si es que ha cooperado con el esclarecimiento de los hechos o se ha empeñado en entorpecer la actividad procesal. También hay que establecer las relaciones del imputado y la naturaleza o los motivos de la declaración, que se refiere a la intención del coimputado

para esclarecer los hechos o ayudar en la actividad probatoria. Por otro lado, tenemos criterios objetivos: la declaración debe estar corroborada con otro hecho y puede ser una prueba directa o indiciaria que permita establecer la validez de la información. Además, la declaración tiene que ser coherente y sólida en su relato. No se busca una declaración única en todas las etapas del proceso, pero sí que en lo central no varíe.

En cuanto a la declaración del agraviado, debemos tener en cuenta que este es titular de una pretensión en el proceso. Sin embargo, cuando existen procesos donde solo tenemos la declaración del agraviado —como delitos contra la libertad sexual—, la doctrina y la jurisprudencia vinculante de la Corte Suprema han señalado que no rige el principio *testis unus testis nullus*.²

La declaración tiene que ser valorada bajo tres criterios. En primer lugar, la credibilidad subjetiva, es decir, la existencia de alguna relación afectiva positiva o negativa entre el agraviado y el imputado. En segundo lugar, la declaración debe ser verosímil, es decir, coherente en sí misma y corroborada a través de indicios periféricos o complementarios, lo que llamamos *corroboración periférica*. Imaginemos que el agraviado sindicó a un agente policial como el causante del delito, tendremos que corroborar si ese funcionario estaba destacado en el momento y lugar de los hechos, así como las actividades que realizó. Finalmente, se requiere que el agraviado mantenga la declaración, lo que se llama *persistencia en la incriminación*.

Si el coimputado varía de versión, se puede seguir validando su versión, si es que la variación es debidamente corroborada. Cuando el agraviado da una versión, y posteriormente, en el juicio, da una versión totalmente distinta, ¿puede ser valorada esta prueba? No, porque el agraviado ha cometido un delito de falso testimonio y existen otros cánones para valorar su declaración por su calidad personal, porque lo que se requiere es que sea coherente, a diferencia de la declaración del imputado cuya declaración tiene que ser analizada en el contexto de las pruebas actuadas.

3. La prueba ilícita y la prueba prohibida

Veamos ahora los casos de prueba ilícita y prueba prohibida. La prueba ilícita es aquella que es actuada o incorporada al proceso contraviniendo el ordenamiento legal, como consecuencia, no puede ser valorada. Mientras que la prueba prohibida se puede conceptualizar como aquella que afecta garantías

² Pleno jurisdiccional de los vocales de lo penal de la Corte Suprema, 2005. Acuerdo plenario 2-2005/CJ-116.

constitucionales y tampoco podrá ser valorada. La diferencia está en que aquellos instrumentos o medios derivados de una prueba ilícita sí podrán ser valorados, a diferencia de la prueba prohibida, dado que el medio probatorio que vulnera derechos constitucionales no solo no debe ser valorado, sino que extiende su inconstitucionalidad a las pruebas que se desprenden de ella. Es lo que llamamos *teoría refleja*.

¿La prueba ilícita podrá ser valorada? No, pero las demás pruebas actuadas a partir de ella sí podrán serlo. Por el contrario, la prueba prohibida no podrá ser valorada ni los demás medios probatorios que se han actuado a partir de esta, de acuerdo con la teoría refleja. La doctrina y la Corte Suprema han establecido que respecto de la prueba prohibida existen una serie de supuestos que deben ser tomados en cuenta para la aplicación de la teoría refleja, cuyo uso no es automático. Por ejemplo, esta teoría se aplica siempre y cuando no se haya actuado de buena fe.

Esa es la diferencia fundamental que encontramos entre prueba ilícita y prueba prohibida. Pero, en realidad, la doctrina moderna va más allá de esta clásica diferenciación. Por ejemplo, cierto sector de la doctrina sostiene que no tiene sentido diferenciarlas, porque el sustento de la prueba, de modo general, es siempre la Constitución, ya que la finalidad de la actividad probatoria es quebrar la presunción de inocencia. Por esta razón, toda prueba actuada contra el ordenamiento legal afecta derechos constitucionales. Para ejemplificar esta afirmación, pongamos el caso del testigo al que no se le toma juramento. Dicho medio probatorio no puede ser valorado, pero sí es posible utilizar la información proporcionada; pero si el testigo es torturado, estamos ante una prueba prohibida, por lo que el testimonio no solo no puede ser tomado en cuenta, sino que tampoco pueden valorarse los demás medios obtenidos a partir de dicha declaración. Sin embargo, de acuerdo con la teoría en referencia según cierto sector de la doctrina, en ninguno de los dos casos la información podría ser utilizada, porque al incorporar un medio probatorio inobservando, la normatividad legal lo que hace es afectar el derecho de defensa.

4. El valor probatorio del *Informe Final* de la Comisión de la Verdad y Reconciliación

Quiero referirme al valor del *Informe Final* de la Comisión de la Verdad y Reconciliación (CVR), o mejor dicho a si es que este puede considerarse medio probatorio y por ende valorado.

El *Informe* de la CVR es un documento público y como tal puede utilizarse como un medio probatorio. Justamente, en la sentencia del caso Fujimori se señala que es un medio probatorio válido, dado que es un documento público emitido correctamente, por lo que se trata de una prueba instrumental. Solo puede establecerse la invalidez de una prueba instrumental cuando esta ha sido expedida por personas que no tenían la condición de funcionario público, que hayan sido cesados en el cargo, o cuando el contenido haya sido adulterado. Si esto no es así, el documento puede ser presentado, actuado e incorporado al proceso. Ahora bien, el *Informe* de la CVR, desde el punto de vista probatorio, no sirve para acreditar responsabilidad directa de los funcionarios del Estado, sino que, tal como lo señala la Corte Suprema, es un medio de prueba que permite contextualizar los hechos.

En tal sentido, ¿el *Informe* de la CVR podría analizarse y considerarse prueba directa o prueba indiciaria? Es en realidad una prueba indiciaria, porque permite al juez situarse en el momento histórico, para entender la situación del país al momento de la comisión del delito. Por ello, el *Informe* es un medio de prueba que nos permite contextualizar los hechos, ubicar los objetos de prueba en un momento histórico y establecer cuál era —entre otras cosas— la política imperante en el país. Así, el *Informe* de la CVR nos permite tener un conocimiento contextualizado de la política de lucha contrasubversiva, por ejemplo, en el caso Fujimori.

Como todos sabemos, al inicio de la década de los noventa las Fuerzas Armadas, conscientes de que las estrategias que estaban llevándose a cabo no estaban dando resultados favorables —ya que estaban actuando en muchos casos como ejército de invasión—, deciden variar de estrategia, con una forma distinta de actuación donde se privilegia la información y la inteligencia. Uno de los elementos que marcan este cambio de estrategia es la creación de destacamentos especiales al interior de los servicios de inteligencia en un contexto de «guerra de baja intensidad», que en algunos casos desarrollaron actos violentos.

Desde ese contexto histórico, es posible analizar la gran cantidad de prueba indiciaria del caso Fujimori, como por ejemplo que se creó un destacamento conformado por miembros del Ejército, dependientes del Servicio de Inteligencia Nacional, con una función específica. Asimismo, que las operaciones respondieron a un plan debidamente aprobado en el que si bien es cierto, como señala la defensa del ex presidente, no se tuvo como objetivo aniquilar a los miembros de las organizaciones terroristas, sí se señala como objetivo acabar con ellas. Tenemos también claro el modo como los miembros del destacamento

fueron ubicados y transferidos a una unidad, a la que se le prestó todos los medios para la ejecución de sus acciones y como, al ser descubiertos, se les prometió que iban a lograr una impunidad con una sentencia que no iba a ser efectiva por mucho tiempo. Por otro lado, se estableció que mientras estuvieran sometidos a proceso no solo recibirían la pensión que les correspondía, sino que además se les haría entrega de varias gratificaciones extraordinarias. También se llegó a establecer cómo las resoluciones del proceso llevado a cabo en el Consejo Supremo de Justicia Militar fueron elaboradas en el Servicio de Inteligencia Nacional.

Como se ha podido apreciar en este caso, nos encontramos solo ante prueba indiciaria. Cabe preguntarnos, ¿si no existe prueba directa, entonces, la prueba indiciaria es inválida? No, pues el ordenamiento constitucional nos exige que, a efecto de dictar una sentencia condenatoria, exista prueba suficiente, válida y corroborada. En el caso de la prueba indiciaria, hablamos de hechos distintos a un objeto de prueba, pero, como se ha observado en el caso de Alberto Fujimori, debidamente concatenados, permiten concluir a la Sala Penal Especial sobre la existencia de un aparato organizado de poder, en cuya cabeza estaba el ex presidente que, en consecuencia, resulta merecedor de sanción.

Como ven, resulta importante y trascendental no solo contar con el sustento dogmático, sino contar además con el debido cotejo de los conceptos y naturaleza de los medios probatorios.

La actividad probatoria en procesos por violaciones de derechos humanos: el juicio contra Alberto Fujimori

JULIO ESPINOZA

1. Consideraciones generales

Esta ponencia se centrará en los aspectos de naturaleza procesal que son de tener en cuenta en el ámbito de la respuesta penal a las violaciones de derechos humanos y que permitirán darle vida a cualquiera de las teorías que asumamos, desde la lógica del derecho penal sustantivo, para respaldar una imputación por este tipo de hechos. Dentro del derecho procesal, la parte más importante se encuentra en el aspecto probatorio y por ello abordaremos el tema a partir de la sentencia recaída en el caso Fujimori.

Para comenzar, es necesario hacer algunas precisiones acerca del proceso judicial en referencia, que podrían aplicarse a cualquier proceso de afectación o violaciones de derechos humanos. En primer lugar, estamos ante un caso complejo, dada la amplitud de los cargos y el carácter reiterativo de los actos imputados. Si bien Fujimori es sentenciado por cuatro hechos específicos—secuestros del periodista Gustavo Gorriti y del empresario Samuel Dyer, asesinato de los estudiantes y un docente de la Universidad La Cantuta y asesinato en Barrios Altos— también se hace referencia a la comisión sistemática y generalizada de violaciones de derechos humanos desde un ámbito de acción gubernamental.

Los cuatro hechos antes mencionados, señala la sentencia de primera instancia, son una evidencia palpable de que, en un período determinado (1991-1992), se desarrolló una política de violación de derechos humanos, por lo que era necesario llevar adelante la fundamentación sustantiva y procesal necesaria para determinar la responsabilidad específica del ex presidente de la República como eje de un aparato organizado de poder. La dogmática penal sustentará dicha responsabilidad a partir de la autoría mediata por dominio de la organización, mientras que el derecho procesal penal nos indicará las reglas de orden probatorio para permitir que dicha teoría abstracta pueda ser aplicada en el caso específico y respecto del imputado particular.

Otra particularidad que hace del caso Fujimori un proceso complejo es el carácter secreto y clandestino de las acciones cometidas, lo que incide en las premisas probatorias que se utilizaron para lograr descifrar los datos que determinarían su responsabilidad. La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos señala que para poder identificar una práctica secreta y clandestina de violaciones de los derechos humanos hay que atender a dos criterios: el primero es la existencia de un patrón de infracciones suficientemente interconectadas, que no constituyan meros incidentes excepcionales, y el segundo es la tolerancia oficial de las altas autoridades de los organismos estatales, quienes, a pesar de tener conocimiento de las conductas delictivas, se niegan a adoptar medidas para investigar, sancionar o prevenir su repetición.

A partir de los elementos antes mencionados, se puede deducir por qué la actividad probatoria a desarrollarse en procesos penales sobre vulneraciones de derechos humanos adquiere un carácter altamente complejo, que requiere la actuación de numerosas pruebas, tanto en términos cualitativos y cuantitativos.

Veamos lo ocurrido en el caso Fujimori para ejemplificar este tema. En total se han actuado 1.045 pruebas en la fase de juicio oral, que ha durado alrededor de un año y medio.

- *Prueba personal.* Han acudido 120 personas, entre agraviados, testigos y peritos.
- *Prueba documental.* De mayor prevalencia en este proceso: el Ministerio Público ofreció 525 pruebas entre documentos, declaraciones y transcripciones de videos, mientras que la defensa del imputado logró la admisión y actuó 284 medios de carácter documental y la parte civil ofreció y actuó 59 documentos.
- *Prueba audiográfica y videográfica.* Correspondieron 23 elementos al Ministerio Público, 3 a la defensa y 4 a la parte civil.
- *Prueba de oficio.* En este caso, además, se actuó prueba de oficio, estableciéndose reglas precisas para su inclusión: nos referimos a tres testigos que fueron llamados por la Sala (Jesús Sosa Saavedra, Rafael Merino Bartet y Benedicto Jiménez Bacca) y la incorporación de 33 documentos.

Como hemos señalado, la mayor parte de las pruebas son documentales y ello se debe a que hacemos referencia a mecanismos de prueba indirecta, sobre todo, de prueba indiciaria. Es inusual que en este tipo de casos se alcance la verdad a través de medios de prueba directos, siendo que la capacidad de los testigos para aportar datos a título de indicios es bastante relativa. Por tanto, en casos como el de Fujimori, la Sala que juzga tiene como punto de partida que

la prueba indiciaria será la base de su trabajo, sobre todo, en la relación entre prueba personal y documental.

En cuanto a la prueba de oficio, vale hacer unas precisiones adicionales. La Sala Penal Especial de la Corte Suprema que juzgó al ex presidente estableció reglas en aquellos aspectos que no contaban con base normativa o no existía precisión de procedimiento. En sus disposiciones, la Sala señaló que la incorporación de este tipo de medios probatorios es absolutamente excepcional y se disponen ante la ausencia de prueba ofrecida por las partes. También indicó que su incorporación se basa en información que fluye de lo que se va conociendo en el proceso, mientras que, como tercera regla, señaló que es necesario preservar el principio de contradicción, es decir, que se ponga en conocimiento de las partes este medio de prueba para el uso de los respectivos medios de defensa. De acuerdo con las reglas planteadas por la Sala Penal Especial, el examen de la prueba se realizaría siguiendo la lógica del proceso, es decir, primero estaría a cargo del Ministerio Público, luego de la defensa y, excepcionalmente, el colegiado podría hacer algún tipo de apreciación.

Enumeremos los medios probatorios que se han utilizado en este caso:

- Prueba trasladada
- Declaraciones sumariales
- Publicaciones periodísticas
- Libros de los testigos
- Declaraciones contradictorias
- El libro publicado por el Congreso que contiene la transcripción de videos y audios
- El Diario de Debates del Congreso
- Diligencias sumariales de exhibición de documentos que se incorporan al proceso mediante lectura
- Manuales del Ejército
- Documentos desclasificados del Departamento de Estado de los Estados Unidos de Norteamérica
- Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y del Tribunal Constitucional
- El *Informe Final* de la Comisión de la Verdad y Reconciliación
- Los informes de Amnistía Internacional y de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos
- Sentencias de colaboración eficaz
- Prueba videográfica y audiográfica
- Prueba de oficio

De estas pruebas, la Sala se detuvo más en explicar la prueba trasladada, el valor probatorio del *Informe* de la Comisión de la Verdad, los documentos desclasificados del Departamento de Estado de Estados Unidos, las sentencias de la Corte Interamericana y la prueba indiciaria. Esta última será materia del mayor desarrollo en esta exposición.

Veamos ahora cuál es el esquema de la valoración probatoria, seguido por la Sala a partir de cuatro pasos. El primero de ellos es la concreción del cargo, es decir, la individualización del objeto que hay que probar; como segundo paso, se analiza la prueba específica, comenzando por la recopilación de la información sobre el hecho específico; el tercer elemento es cómo se aprecia la prueba de modo individual y; finalmente, se hace una valoración conjunta de los elementos probatorios, en función a cada hecho imputado. En el caso del ex presidente Fujimori, este esquema de valoración no solo se ha efectuado para cada uno de los cuatro hechos imputados, sino también para otros delitos cometidos por el Destacamento Colina, que permitieron contextualizar los hechos materia de proceso para imputar responsabilidad al ex jefe de Estado.

2. El uso de la prueba indiciaria en el proceso contra Alberto Fujimori

Pasemos ahora al análisis de la prueba indiciaria, que ha sido la base procesal para la emisión de la sentencia a Alberto Fujimori. La Sala Penal Especial constató que, para resolver este caso, resultaba insuficiente la prueba directa, por lo que fue necesario acudir a la prueba indiciaria. Además, hay que tener en cuenta dos consideraciones: por el paso del tiempo, era evidente que no se podía lograr una información precisa de modo directo y que, durante el lapso de tiempo transcurrido, varias pruebas habían sido eliminadas.

La Sala también recogió jurisprudencia internacional para sustentar el uso de la prueba indiciaria. Por ejemplo, la del Tribunal Supremo argentino que indica que no pueden solicitarse pruebas directas para demostrar hechos realizados en la clandestinidad por personas que tenían la intención de no dejar pruebas de ninguna clase y que se encontraban dentro de aparatos organizados de poder. Es evidente que en esa lógica, este tipo de prácticas no pueden demostrarse a través de directivas oficiales o dispositivos legales, como solicitaba la defensa de Fujimori en el proceso bajo comentario.

Definamos la prueba indiciaria, a la que también se le denomina prueba mediata, circunstancial, de inferencias u obtenida a través de presunciones. De acuerdo con Caferatta Nores —cuyo argumento ha sido recogido por la sentencia

de la Sala Penal Especial en el párrafo 658—, estamos ante un modo de valoración judicial de determinados hechos probados. Esta demostración se fundamenta a través de un procedimiento lógico basado en diversos datos, para intentar demostrar una imputación legal.

Nos encontramos ante un método de apreciación y mérito de determinados datos que se encuentran probados, pero que no tienen una relación inmediata con el tema probado. Se trata de un sucedáneo de prueba, es decir, por tener propiedades parecidas a la prueba directa y llevarnos a un mismo o mayor nivel de certeza y confiabilidad que dicho tipo de prueba. Es importante recalcar este último aspecto, pues la prueba directa no necesariamente es de alta fiabilidad y una prueba indiciaria puede llegar a un mayor nivel de certeza, dado que tiene como exigencia el uso de un proceso de razonamiento gobernado por las leyes de la lógica.

¿Cuáles son los componentes de este método de valoración judicial? Tenemos un indicio o hecho base, una consecuencia o hecho indiciado que quiero demostrar, y ambos elementos están conectados a través de una inferencia. El indicio es un dato probado y que puede acreditar otro hecho que queremos determinar. En el caso de Fujimori, se quería demostrar su responsabilidad como autor mediato en una estructura organizada de poder, por lo que se debían verificar, probar e interpretar una serie de datos que se encontraban en la periferia de dicha imputación.

Estos indicios se unen a través de un procedimiento que es el razonamiento o la inferencia. Por ello se remarca la necesidad de contar con una cadena de indicios concluyentes que concurran en un mismo resultado. De allí que es necesario estudiar con rigurosidad la forma de obtención de los indicios, que se realiza en las etapas previas de los procesos judiciales, dado que tiene que asegurarse la prueba del modo más completo y claro posible.

3. Elementos y aplicación de la prueba indiciaria: los indicios y la inferencia

¿Cuáles son los tipos de indicios? Existen indicios de capacidad moral, como la conducta de una persona en situaciones similares a las investigadas. Un segundo tipo de indicio tiene que ver con el móvil en el que se busca la motivación de la acción delictiva, tenemos también el indicio de oportunidad para delinquir, que hace referencia a la condición particular en la que el imputado se encuentra en posibilidad para cometer el delito. Una cuarta modalidad de indicio son las huellas materiales, es decir, todos los datos y rastros recogidos. Estos indicios se

tienen que concatenar, fundamentar y motivar en una sentencia, sino, ocurre lo que pasó en el caso Giuliana Llamuja, donde el Tribunal Constitucional anuló la sentencia de la Corte Suprema, dado que los magistrados no indicaron los motivos por los cuales concluyeron en afirmar la culpabilidad de la procesada.

Veamos ahora el segundo elemento: la inferencia. Es el razonamiento lógico que se utiliza para poder sacar una conclusión. A diferencia de una mera suposición, la inferencia está sustentada en un razonamiento lógico, comprensible y basado en datos objetivos y acreditados. La conclusión a la que se llega debe ser objetivamente unívoca.

Apreciemos ahora la aplicación de la prueba indiciaria. El procedimiento aplicado es el silogismo, el más accesible para la construcción de un fallo judicial. Este método parte de considerar que tenemos una premisa mayor general y abstracta, una premisa menor concreta y comprobada y una conclusión, que es el hecho que hay que probar. La premisa mayor siempre será una idea que por la práctica o el sentido común es generalmente aceptada, a ello se le denomina *regla o máxima de la experiencia*. El dato indiciario es aquello que nosotros queremos demostrar a partir del conjunto de indicios que nos rodean. El uso de las reglas generales dependerá de cada caso específico.

¿Cómo se construyó esto en el caso Fujimori? Se hizo un análisis de todos los indicios encontrados. Se detectaron, así, 13 hechos probados:

1. Hechos ocurridos en el período presidencial
2. Actividad directiva del Servicio de Inteligencia Nacional (SIN)
3. Centralización de las actividades de inteligencia
4. El nacimiento de Colina por disposición del SIN
5. La formación del grupo de análisis
6. La duración de las actividades de Colina
7. El encubrimiento y negación de fuentes
8. El descrédito y persecución a los «disidentes» o a quienes denunciaron estos hechos
9. La defensa y respaldo a Vladimiro Montesinos y Nicolás Hermoza Ríos
10. Hechos extremadamente notorios
11. Promulgación de la Ley Cantuta
12. Promulgación de la Ley de Amnistía
13. La amplitud de los vínculos con las Fuerzas Armadas

Estos indicios se conectaron entre sí y, posteriormente, se tomó una máxima de la experiencia como premisa general: «la existencia de una comprensión razonable de la realidad normalmente vivida y apreciada conforme a los criterios

colectivos vigentes en este momento». Al juntar ambos elementos —los indicios y la premisa general—, se pudo inferir que, dada la concentración del poder, el ex presidente participó centralmente en la concepción de los hechos acontecidos y actos posteriores. Ello se condensa en los apartados 663 y 884 de la sentencia.

Como vemos, estos aspectos procesales resultan centrales para la determinación de la responsabilidad de una persona en un proceso penal. De allí la importancia de su estudio en talleres como estos.

Elementos para la investigación de crímenes de sistema en el sistema penal peruano*

CAMILO BERNAL

La ponencia que sigue a continuación presenta algunos elementos para la investigación fiscal de crímenes de sistema, examinando los estándares de persecución penal de estos y algunas consideraciones estratégicas sobre las técnicas de investigación para un mejor procesamiento judicial de estos graves abusos contra los derechos humanos. Comenzaré haciendo una síntesis general desde los instrumentos jurídicos nacionales e internacionales aplicables en el Perú para determinar, en casos de violaciones de los derechos humanos, cuáles son las obligaciones del Estado y en particular las referidas al Ministerio Público. Posteriormente, expondré un tipo de técnica de investigación avalada por la Oficina de la Alta Comisionada de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, para la investigación de crímenes complejos. Finalmente, propondré un ejercicio de investigación para los delitos que en el Código Penal peruano se encuentran en el capítulo «Delitos contra la humanidad». Esta ponencia se completará con mis impresiones sobre cuál es el rol que el Ministerio Público debe cumplir dentro de la lógica del nuevo Código Procesal Penal, a partir de algunas experiencias internacionales, especialmente la colombiana.

1. Consideraciones preliminares

Antes de entrar en materia es necesario hacer dos consideraciones preliminares. La primera, es que desde una perspectiva conservadora, los casos por violaciones de derechos humanos cometidos en la historia reciente del conflicto armado del Perú no son susceptibles de ser procesados con las herramientas del nuevo Código Procesal Penal, lo que, a mi modo de ver, nos obliga a pensar en el juzgamiento de estas conductas con las reglas anteriormente existentes. Ahora bien, desde una interpretación más audaz, incluso herética, y considerando la

* El texto conserva el estilo de la presentación oral de la ponencia.

experiencia colombiana, existe la posibilidad de que en determinadas partes del territorio donde convivan dos legislaciones procesales penales, un imputado plantee un proceso constitucional para que se le aplique la norma procesal más favorable, incluyendo así las reglas de la nueva legislación procesal. Ustedes me podrían decir que el sistema judicial peruano no ha dejado abierta esta posibilidad, pero quiero plantearles esta idea, ante la eventualidad de que se les presente un caso de esta naturaleza.

Un segundo elemento fundamental se refiere al cambio en la lógica de trabajo que se requiere del Ministerio Público, tomando en consideración las reglas del nuevo Código Procesal Penal, particularmente aquellas que se refieren al manejo de las pruebas y de la construcción de la teoría del caso con miras al juicio oral. Es necesario repensar la relación entre el fiscal y la Policía, y las estrategias de investigación y judicialización de los casos sobre los que hablaremos más adelante.

2. Estándares nacionales e internacionales de investigación de crímenes bajo el derecho internacional

Desde mi perspectiva y bajo la lógica de interpretación del sistema jurídico —como lo haría cualquier operador en Colombia—, el marco legal aplicable para el Ministerio Público que propone el nuevo Código Procesal Penal peruano es bastante más amplio que el planteado en el Código de Procedimientos Penales de 1940. Al respecto es importante tener en cuenta que el contenido del material normativo que se debe aplicar en casos de violaciones de derechos humanos va más allá del Código Penal y del Código Procesal Penal, y comprende la Constitución, los tratados internacionales sobre derechos humanos aprobados y ratificados por el Perú y las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) (no solo en los casos que se refieren exclusivamente al Perú: Barrios Altos, Cantuta, Castillo Páez, Loaysa Tamayo, Huilca Tecse, entre otros). Tenemos, además, otro conjunto de normas de *derecho blando* o *soft law*, como los principios sobre derechos de las víctimas, de reparación, de investigación de ejecuciones extrajudiciales y los protocolos adicionales en materia procesal, que contienen pautas importantes para el trabajo del Ministerio Público como se puede observar en las «Directrices sobre la función de los fiscales» de Naciones Unidas.¹ Y si bien no existe una norma directa en la

¹ Aprobadas por el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en La Habana (Cuba) del 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990.

Constitución de reenvío normativo, podrían ser aplicables también las normas de derecho internacional humanitario y el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

Dos precisiones. De la lectura que tengo de los artículos 55 y 56 de la Constitución Política de 1993, los tratados internacionales tendrían que ser normas de interpretación obligada para los fiscales. Asimismo, estamos conviviendo con dos normas procesales penales y si bien estamos partiendo de la base de que los delitos que nos interesan se rigen por el Código de Procedimientos Penales, remarco la provocación preliminar, acerca de la posibilidad de que exista algún recurso de amparo para aplicar las nuevas normas procesales.

Estas normas del sistema jurídico nacional deben ser armonizadas entonces con los principios del derecho internacional público. Así las cosas, un primer axioma que irradia el trabajo del Ministerio Público durante el proceso de investigación de crímenes bajo el derecho internacional,² y especialmente de crímenes de sistema, es la necesidad de respetar los derechos humanos y el orden jurídico vigente (principio de legalidad) en la lucha contra la impunidad.

Como consecuencia de lo anterior, la obligación de investigar las violaciones de los derechos humanos acaecidas en el territorio es irrenunciable, por lo que el Ministerio Público no puede negarse a hacer las indagaciones del caso. Esta es una típica obligación de medio y no de resultado, razón por la cual debe evitarse la interpretación de este mandato con una obligación jurídica de garantizar siempre y en todos los casos una condena a los autores o partícipes de los hechos investigados. Dicha obligación implica en realidad que las diligencias se cumplan de buena fe y con el debido cuidado, en los plazos adecuados y que se realice de modo permanente, sin dilaciones de ningún tipo. Para casos de violaciones de los derechos humanos estas investigaciones deberían ser iniciadas de oficio, sin depender de una denuncia particular o un actor

² Entre ellos, los crímenes de lesa humanidad (carácter sistemático o generalizado de los delitos cometidos por los grupos desmovilizados), o los crímenes de guerra (hechos ocurridos en combate). Es necesario recordar que existen delitos bajo el derecho internacional que no configuran un crimen de lesa humanidad en todos los casos (por la falta del requisito de masividad o sistematicidad), así como tampoco todos los crímenes perpetrados en el contexto de un conflicto armado son necesariamente crímenes de guerra. Al respecto, véase WOUTERS, Jean. «La obligación de judicializar los crímenes del derecho internacional». En Michael Reed Hurtado (ed.). *Judicialización de crímenes de sistema. Estudios de caso y análisis comparado*. Bogotá: Centro Internacional para la Justicia Transicional (ICTJ), Fondo Global para la Paz y la Seguridad del Ministerio de Relaciones Exteriores y Comercio Internacional de Canadá, 2008, p. 79 ss.

civil; asimismo deberían ser prontas³ y, en cuanto al tema del plazo razonable, la legislación peruana tendría que contemplar una adecuación a los estándares de la Corte IDH.

Por otra parte y considerando el impacto que los abusos graves a la dignidad humana tienen en los proyectos de vida de las víctimas y en la institucionalidad del Estado de derecho, las investigaciones de crímenes de sistema deben ser exhaustivas y orientarse al logro de tres objetivos fundamentales:

a) *El establecimiento de los hechos y circunstancias en los que se cometieron graves violaciones de los derechos humanos*: en este tipo de casos, el Ministerio Público, además de las circunstancias concretas de cada hecho, deberá tomar en cuenta la información vinculada al contexto de violencia en el que sucedieron los hechos. En el caso peruano, el trabajo realizado por la Comisión de la Verdad y Reconciliación (CVR) puede facilitar mucho la demostración de los patrones de violaciones de los derechos humanos cometidos por las guerrillas y por el Estado, lo mismo que las sentencias de la Corte IDH contra el Estado peruano que ratifican la existencia de abusos permanentes contra las libertades públicas durante el autogolpe. Estos elementos de contexto evitan que sea necesario probar dicho escenario de violencia dentro de cada proceso judicial y facilita que las investigaciones fiscales puedan concentrarse en el esclarecimiento de las atrocidades que se investigan. Por ejemplo, en el caso de Argentina, la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas estableció en su informe que existían 9.000 personas desaparecidas, mientras que la investigación de la Unidad Fiscal de Coordinación y Seguimiento de las Causas por violaciones de los Derechos Humanos cometidas durante el terrorismo de Estado⁴ indica que la cifra es bastante mayor y que hay contextos de actuación de los militares que no fueron técnicamente abordados por la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas (CONADEP). Ello hace que los fiscales tengan un incentivo para ir más allá de lo dicho por las comisiones de la verdad en lo que respecta al esclarecimiento judicial de la verdad en los casos concretos utilizando todas las herramientas de la investigación criminalística.

b) *La identificación y establecimiento de responsabilidad de las personas implicadas*: autores directos o mediatos, partícipes, cadenas de mando posibles, cómplices y encubridores. En el Perú, el Ministerio Público tiene la ventaja de que la Corte Suprema de Justicia a través de una sentencia como la del caso Fujimori

³ Véase COMISIÓN INTERNACIONAL DE JURISTAS. *Impunidad y graves violaciones de los derechos humanos*. Guía para Profesionales N.º 3. Ginebra: El autor, 2008, p. 45 ss.

⁴ Véase <<http://www.mpf.gov.ar/>>, *link* derechos humanos.

(Cantuta, Barrios Altos y Sotanos SIE) ha permitido un desarrollo importante de la figura de la autoría mediata. La jurisprudencia de la Sala Penal Nacional ha permitido que esta forma de autoría se extienda también a los casos de las organizaciones subversivas o terroristas como en el caso de Abimael Guzmán Reynoso.⁵ Sin embargo, es necesario que se contemplen posiciones dogmático penales sobre la responsabilidad del superior, en particular, en el caso de funcionarios y servidores públicos.

c) *La determinación de la responsabilidad del Estado.* Es necesario que este tipo de investigaciones determinen los alcances de la responsabilidad de aquellos servidores públicos que tenían la obligación de garantizar los derechos humanos de los ciudadanos y que se convirtieron en sus victimarios. La investigación se puede complicar, dado que se abre un abanico más amplio de lo que los fiscales, en condiciones normales, están en capacidad de procesar. No obstante, se tiene que considerar una mirada de conjunto en estos casos que permita identificar los distintos niveles de responsabilidad y los distintos tipos de acciones u omisiones que permitieron que las atrocidades pudieran ser perpetradas.

Además de los objetivos anteriores, las investigaciones de violaciones de los derechos humanos deben cumplir con los siguientes requisitos:

Independencia. Debe garantizarse la autonomía del órgano investigador y los investigadores de los presuntos autores y partícipes. Hay que tener en cuenta que algunos miembros del Poder Judicial que ejercieron sus funciones durante los períodos de violencia van a tener que enfrentar investigaciones y posibles sanciones por casos de derechos humanos. Otro tema que hay que considerar es la subordinación y la dependencia jerárquica o funcional. Pero estos elementos se tienen que ver de modo contextualizado para no incurrir en errores. Por ejemplo, en otros países se ha observado el juicio reciente contra Alberto Fujimori (Cantuta, Barrios Altos y Sotanos SIE), y algún analista desprevenido y sin la debida información podría pensar que su juzgamiento no fue imparcial, pues algunos de los miembros del Poder Judicial y del Ministerio Público que lo investigaron y procesaron fueron despedidos durante su gobierno y podrían tener algún interés de parte. Un segundo ejemplo lo encontramos en Colombia, dado el grado de penetración que algunos actores armados han logrado tener en la institucionalidad de determinadas zonas del país, ha sido necesario que algunas investigaciones de violaciones de los derechos humanos sean trasladadas

⁵ Véase MEINI, Iván. *El dominio de la organización en derecho penal*. Lima: Palestra Editores, 2008, p. 150 ss.

a Bogotá (cambio de radicación) para la investigación, con el fin garantizar la imparcialidad de estas.

Otro aspecto que hay que considerar es la percepción de imparcialidad que debe promover el Ministerio Público en relación con su trabajo. Esta percepción se vincula con el tipo de declaraciones públicas que la prensa solicita sobre los casos que tienen sometidos en competencia y del tipo de información que los fiscales entregan a los medios de comunicación.

Efectividad. ¿Cómo se mide esta efectividad? Para comenzar, el órgano investigador y los investigadores tienen que contar con facultades y recursos necesarios para las indagaciones del caso. No tiene sentido que las violaciones de derechos humanos se procesen sobre la base de la labor de escritorio, sino que implica un trabajo de campo, mucho mayor que en cualquier otro tipo de investigación. Para ello, también es necesario que no existan obstáculos procesales, es decir que no haya ningún tipo de restricción como prescripciones, amnistías o indultos. El Ministerio Público debe tener la posibilidad de llegar a toda la información necesaria, acceder a los lugares, documentos, testigos, posibles autores o partícipes, así como garantizar la protección de testigos que le permitan obtener la información necesaria para los juicios.

Garantía de los derechos de las víctimas. Las investigaciones tienen que permitir la garantía de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación. En términos generales, este es uno de los aspectos más complejos de las reformas procesales penales. Nuestras fiscalías en América Latina estuvieron acostumbradas a llevar la persecución penal de oficio, es decir, garantizar que se investigue, juzgue y sancione de acuerdo con el respeto al debido proceso. Sin embargo, el progresivo ingreso de las víctimas al proceso penal ha hecho necesario que los fiscales comiencen a considerar la afectación sufrida por ellas en casos de violaciones de derechos humanos. La víctima, cualquiera sea la forma que adopte dentro del proceso penal como parte o interviniente (actor civil, querellante adhesivo, acusador particular), ya no intervendrá en él solo para reclamar una reparación de los daños, sino que podría entrar con una pretensión mayor sobre los hechos o, como en el proceso penal federal en Argentina, podría plantear algún tipo de posición acusatoria.

Por otra parte, en el curso de las investigaciones, deben garantizarse otros derechos de las víctimas y sus familiares, como el derecho de presentar quejas y comentarios frente a las actuaciones fiscales. Asimismo, debe permitirse su participación y la de sus familiares en la etapa de investigación, generando una relación proactiva que contribuya al esclarecimiento de la verdad y a la generación de resultados en las investigaciones. En Colombia, por ejemplo,

con la Ley de Justicia y Paz,⁶ se viene buscando el sometimiento a la justicia penal de miembros de grupos armados al margen de la ley —en particular de paramilitares—, proceso que comprende un plan de exhumaciones en el que la participación de los familiares es clave, no solo para la identificación forense, sino también para el trabajo de recopilación de información *ante mortem* que permita identificar los restos humanos encontrados en varios cientos de fosas comunes ubicadas en más de diez departamentos del país. Una buena práctica similar es llevada a cabo por el Equipo Forense Especializado (EFE) del Instituto de Medicina Legal en Huamanga, Ayacucho.

Legalidad. La investigación tiene limitaciones. Por ejemplo, no puede recurrir a métodos prohibidos por el derecho internacional, como la tortura, los malos tratos, las amenazas de muerte o la compra de testigos. Tiene que sujetarse al debido proceso y al principio de legalidad. Cabe recordar que existen países donde se ha utilizado el derecho penal de excepción, en el que se han generalizado prácticas nefastas para el Estado de derecho, como la utilización de testigos secretos.

Protección. Otro aspecto complejo de los procesos penales de tendencia acusatoria tiene que ver con la necesidad de garantizar la protección de víctimas, testigos y funcionarios públicos en la medida en que, a diferencia de los procedimientos escritos, ya no será el expediente el camino fundamental para llegar al conocimiento de los jueces, sino la práctica de la prueba en inmediación dentro de la audiencia. Esto implica que los testigos de cargo tendrán que

⁶ La Ley 975 de 2005 o también llamada Ley de Justicia y Paz es el marco jurídico que regula el actual proceso de desmovilización y reinserción individual o colectiva de los grupos armados al margen de la ley. Esta ley tiene como objetivos principales: facilitar los procesos de paz, la reincorporación individual o colectiva a la vida civil de los miembros de grupos armados al margen de la ley, garantizar los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y a la reparación integral en la búsqueda de la paz y la reconciliación nacional, y facilitar los acuerdos humanitarios. En su estructura, la llamada Ley de Justicia y Paz establece un procedimiento judicial en materia penal que se organiza en torno a la investigación de los delitos cometidos por el desmovilizado durante su pertenencia al grupo armado ilegal; delitos que deben ser confesados por este en una diligencia especial (versión libre) y aceptados después de la acusación de la Fiscalía (véanse los artículos 16 a 28). Por otra parte, este marco normativo le otorga la facultad a los magistrados de las Salas de Justicia y Paz de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial de conceder el beneficio de pena alternativa (una pena de prisión por un período mínimo de cinco (5) años y no superior a ocho (8) años) como sanción definitiva por todos los delitos cometidos, que sean confesados y aceptados por el postulado (véase el artículo 29). El otorgamiento de este beneficio depende directamente del cumplimiento de ciertos requisitos de elegibilidad establecidos en la ley tanto para los desmovilizados colectivos como para los individuales (contribución efectiva a la paz y colaboración en la realización de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación de las víctimas, entre otros) (véanse los artículos 10 y 11).

rendir su testimonio en audiencia pública con presencia del acusado. En Colombia, uno de los riesgos fundamentales que existió para implementar el sistema acusatorio fue la limitada capacidad del programa de protección de víctimas y testigos, el cual tuvo que ser ampliado en recursos humanos, financieros y técnicos para incluir a los miembros de la Fiscalía General de la Nación y al personal del Cuerpo Técnico de Investigación, es decir, al cuerpo de policía judicial de la Fiscalía.

Otra medida que hay que tomar, que ha sido recomendada por la CVR en el Perú, está vinculada con la protección de aquellas mujeres que han sido afectadas por violaciones de los derechos humanos, en particular aquellos que tienen que ver con la libertad, formación e integridad sexual de la mujer o con la trata de personas. Recordemos que, en estos casos, la víctima tiene que contar por lo menos tres veces su historia ante distintas autoridades, siendo la última de ellas la que puede tomar una decisión en relación con sus derechos. Primero tiene que acudir al policía, luego al fiscal, y finalmente, en el juicio oral, donde también tiene que someterse al interrogatorio de la defensa del acusado. Este tipo de victimización secundaria produce bastante daño en las víctimas, razón por la cual debe reducirse al máximo posible, tomando las medidas necesarias para manejar de forma adecuada la participación de ellas en el proceso judicial.

Protección de la evidencia. Finalmente, dentro de las investigaciones sobre violaciones de derechos humanos se debe garantizar algún tipo de medida que evite que el o los presuntos sujetos activos del delito obstaculicen las investigaciones, utilizando medidas cautelares de carácter personal. Pueden ser la prisión preventiva, medidas de aseguramiento o la suspensión o retiro del cargo público en el que se encuentra el acusado.

3. Crímenes de sistema

3.1. Elementos principales

Cuando hablamos de crímenes de sistema, en general, nos encontramos frente a crímenes internacionales que involucran en su preparación un tipo de práctica o de política promovida institucionalmente, sea por una agencia del Estado o por un grupo armado al margen de la ley con la capacidad de ejercer cierto control y dominio.

Como se han dado cuenta, la tarea que tiene que cumplir el Ministerio Público es muy grande. Desde el punto de vista de la responsabilidad internacional

de los Estados, como la que juzga por ejemplo el sistema interamericano de protección de derechos humanos, las investigaciones del Ministerio Público son piezas claves para determinar si el Estado permite, tolera o promueve la impunidad, incumpliendo el deber de garantizar tales derechos a través de la justicia penal o, si por el contrario, su aparato judicial está dispuesto a enfrentar tales abusos sometiendo a la justicia a sus responsables.

En el ámbito de Naciones Unidas, se comenzó a pensar en la necesidad de buscar herramientas prácticas para que los fiscales de cualquier parte del mundo —en particular, de los países que trabajan casos sobre violaciones de derechos humanos— puedan tener elementos para investigar casos complejos. Desde un punto de vista pragmático, estas herramientas asumen el desafío de garantizar el derecho a la justicia de las víctimas de abusos del pasado, considerando la existencia de una gran cantidad de violaciones de derechos humanos que no van a poder ser juzgadas, entre otros factores, por el paso del tiempo, la falta de recursos y las restricciones que los sistemas jurídicos le imponen a los Ministerios Públicos. Un ejemplo de ello se produce en Colombia, donde venimos discutiendo si tipificamos como desapariciones forzadas los sucesos de la toma y retoma del Palacio de Justicia donde murieron los miembros de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia y otros funcionarios judiciales, hechos ocurridos en 1985. Veinticuatro años después de estos execrables hechos, y con una exigencia de justicia de parte de los familiares de los desaparecidos en la retoma que se acrecienta con el tiempo, las autoridades judiciales están inmersas en un debate que gira alrededor de la adecuación del tipo penal (secuestro o desaparición forzada), lo que dicen los tratados internacionales sobre la materia (imprescriptibilidad o no de la conducta) y las posiciones doctrinarias al respecto (delitos de ejecución instantánea o permanente).

Veamos ahora la lógica que se encuentra detrás de la investigación de un crimen de sistema. En tanto manifestaciones de criminalidad organizada y de macrocriminalidad, este tipo de conductas presentan cinco características fundamentales:⁷

⁷ Véase OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS. «Iniciativas de persecución penal». En Michael Reed Hurtado (ed.). *Judicialización de crímenes de sistema. Estudios de caso y análisis comparado*. Bogotá: Centro Internacional para la Justicia Transicional (ICTJ), Fondo Global para la Paz y la Seguridad del Ministerio de Relaciones Exteriores y Comercio Internacional de Canadá, 2008, p. 32. (Traducción no oficial del documento original «Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, Rule-of-Law Tools for Post-Conflict States, Prosecution Initiatives», HR/PUB/06/4).

- a) *Es un delito que requiere de organización para ser perpetrado.* No es una referencia a la figura de la asociación ilícita para delinquir, sino que se vincula con el tipo de criminalidad de la que estamos hablando.
- b) *Implica una división de trabajo entre planificadores y ejecutores.* Ello ya implica que esta caracterización viene acompañada de teorías sobre la responsabilidad penal, como el dominio de la voluntad en virtud de un aparato organizado de poder o la empresa criminal conjunta, esta última proveniente del derecho penal internacional. En mi opinión, los jueces nacionales que investigan violaciones de derechos humanos deben privilegiar las figuras establecidas en la legislación propia, en cuanto se garantiza el principio de legalidad y se asegura la lucha contra la impunidad, naturalmente, sin que esto implique un desconocimiento del derecho internacional público vigente al momento de los hechos.
- c) *Se requiere de acuerdos tanto en la estructura como en la ejecución de los delitos.* Siguiendo esta característica es muy difícil que alguno de los bandos que intervinieron en el conflicto armado interno pueda afirmar que sus acciones no son crímenes de sistema, ya que frente al conjunto de acciones terroristas llevadas a cabo en contra de grandes sectores de población y con dominio militar del territorio, el Estado reaccionaba en muchas ocasiones con restricciones de derechos o ataques a la población, en continuos ciclos de respuesta y contrarrespuesta.
- d) *Respaldo oficial.* Deben ser, al menos, actos tolerados por las instituciones estatales. Como ejemplo, el Estado colombiano ha sido condenado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en los últimos nueve años en ocho oportunidades, algunas de las cuales han sido motivadas por omisiones de las autoridades, al no controlar a los grupos paramilitares que ejecutaron las violaciones de los derechos humanos. Ello también implica que los crímenes de sistema son cometidos por agentes no estatales con tolerancia, aquiescencia o connivencia del Estado o incluso por la guerrilla o grupo no estatal sin apoyo del Estado. No todos los países entienden este concepto de la misma manera.
- e) *Ofrecen dificultades para una aplicación regular del derecho penal,* en la medida en que no es fácil determinar todos los rangos de responsabilidad hacia arriba y hacia abajo en la realización de estos hechos; obtener pruebas directas de la responsabilidad penal de quienes dieron las órdenes; o, analizar el esquema de actuación de los aparatos criminales que efectuaron los hechos.

Hay que tener en cuenta que estos elementos no solo se aplican a violaciones de derechos humanos, sino también a infracciones graves del derecho internacional humanitario.

3.2. Consideraciones estratégicas sobre la investigación

Establecido el concepto es necesario ahora establecer el enfoque que debe tener el proceso de investigación de este tipo de criminalidad. A continuación se presentan cinco lecciones que son importantes para la definición estratégica de su persecución penal:

- a) Necesidad de un respaldo político claro, no solo del Poder Judicial, sino de todas las instituciones.
- b) Organizar un tipo de estrategia previa y clara para adelantar las investigaciones.
- c) Desarrollar y promover la instalación de capacidad dentro del Ministerio Público y la policía judicial, así como determinados tipos de habilidades técnicas para el trabajo.
- d) Especial protección de víctimas y testigos.
- e) Clara comprensión y conocimiento del derecho aplicable. Aquí nos referimos a temas como prescripción, cosa juzgada, principios de debido proceso, aplicación de derecho internacional.

El compromiso político implica garantizar que, cuando se organiza una estrategia de persecución penal de violaciones de derechos humanos, se entienda y acepte qué son y qué involucran los crímenes de sistema. Esto implica que se tenga conciencia de que se investigan violaciones de derechos humanos ocurridas en un determinado período histórico, con un alto riesgo de que buena parte de la prueba se haya perdido y con la necesidad de contar con un equipo amplio de investigadores encargados de su esclarecimiento.

Por otra parte tiene que existir un proceso de construcción de confianza pública a través del proceso. Este es un tema que tiene que ver directamente con el trabajo del Ministerio Público, en particular, cuando investiga a personas que cuentan aún con poder político, económico o militar, y que pueden obstaculizar el trabajo de los fiscales o salir a los medios de comunicación a presentarse como víctimas de una persecución de tipo político. En virtud del aludido compromiso —político—, las instituciones del sistema penal deberán crear una política que, desarrollando las normas legales, defina el rol de las víctimas a partir de lo que se puede investigar y cómo pueden ayudar con su testimonio y con la acreditación de medios probatorios. Un ejemplo de los problemas que se pueden ocasionar en estos casos es el ocurrido con la Primera Sala Penal Especial, en la que se procesa a los miembros del Destacamento Colina y a Vladimiro Montesinos, donde existen muchos imputados y abogados, además de víctimas y el Ministerio Público. En este proceso, y por la naturaleza

de los imputados, las juezas a cargo deben conservar el lineamiento estratégico de este en medio de recurrentes estrategias de los imputados y abogados de la defensa, algunos de los cuales parecen dilatar o tratar de boicotear el proceso de esclarecimiento judicial.

Una estrategia clara para este tipo de proceso de macrocriminalidad implica ponderar la tensión existente a partir de tener un elevado número de crímenes, dentro de los cuales solo unos pocos son investigados por la justicia, lo que determina que solo un reducido número de victimarios van a ser procesados. Hay que recordar que el sistema penal no investiga todos los delitos que ocurren en una sociedad (selectividad estructural) y que, en casos de derechos humanos, son muy pocas las investigaciones en las que se llega a un juicio oral. De allí la necesidad de organizar una estrategia de preparación y planificación para manejar estos casos. Es necesario entonces realizar un mapeo de los casos y de los perpetradores de los crímenes.

La gran mayoría de fiscalías tienen conocimiento de que, en general, existe un universo de casos relacionados por fechas, perpetrador, tipo de delito o víctima, ubicación geográfica o por la conjunción de algunas de dichas variables. Identificado este universo de casos, luego se debe ubicar el universo de posibles acusados. Aquí no impera un criterio de objetividad, dado que el fiscal entra al juicio oral a acusar. Luego de establecer ambos elementos, hay que tratar de determinar cómo se maneja la brecha de impunidad, sobre la base del derecho procesal aplicable.⁸ Debe tenerse en cuenta que, en aquellos casos donde no se produzca un enjuiciamiento, probablemente se origine un proceso de responsabilidad internacional del Estado ante el sistema interamericano de derechos humanos por no garantizar un recurso judicial efectivo para la investigación de los daños sufridos por las víctimas.

Posteriormente, es necesario generar un ejercicio de comunicación y de divulgación, para que la opinión pública tenga la información pertinente en relación con los casos. Por ejemplo, la Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y Paz de Colombia tiene un sitio en internet en el que está publicada la información sobre los casos, los acusados, las audiencias, las jornadas de atención a víctimas en terreno.⁹ Esta comunicación es esencial, pues es necesario que los imputados y las víctimas conozcan cuáles son los límites del Ministerio

⁸ Examinado la práctica de la mayoría de los países de América Latina, es probable que dentro del nuevo sistema procesal la mayoría de delitos sean resueltos por terminación anticipada de procesos, privilegiándose los preacuerdos y las negociaciones (*plea bargaining*), quedando para ser enjuiciados, en su mayoría, los casos más complejos.

⁹ Véase <<http://www.fiscalia.gov.co/justiciapaz/Index.htm>>.

Público en sus acciones, dado que quienes podrían quedar insatisfechos son aquellos que probablemente expresen opiniones contrarias al Ministerio Público. En relación con la sociedad civil, se debe tener reuniones de concertación con estos actores, al igual que con las autoridades que puedan brindar apoyo al seguimiento de los casos. Además, se requiere un canal de comunicación para mantener el financiamiento adecuado para el trabajo de las fiscalías, dado que se requiere explicar a los otros poderes del Estado la necesidad de financiar estos casos, así como el alto costo de los procesos.

Otro elemento que hay que considerar es que se debe contar con un enfoque técnico apropiado. Se requiere de un esfuerzo multidisciplinario, entre ellos, de trabajos forenses para investigar los restos hallados, pericias en materia militar para saber cuáles fueron las estructuras de las Fuerzas Armadas que posiblemente incurrieron en violaciones de los derechos humanos, las formas de sus órdenes y documentos, etcétera. Por otra parte, las investigaciones deben identificar patrones de actuación criminal de la organización estatal o no estatal, lo que hace necesario establecer las estructuras de responsabilidad que determinen hasta dónde se va a perseguir a los presuntos autores mediatos e inmediatos involucrados en los delitos.

Como señala Douglass Cassel, los fiscales que trabajan en este tipo de casos terminan convirtiéndose en técnicos de una serie de cosas que no son derecho penal.¹⁰ Una investigación multidisciplinaria implica entenderse con otros profesionales como psicólogos, antropólogos, economistas, analistas militares, etcétera, para poder entender eventos, contextos, dinámica de la violencia y reconstrucción de hechos que permitan fundamentar la teoría del caso que se va a llevar a juicio, mucho más ligada al trabajo que realiza una comisión de la verdad que al desempeño estándar de la justicia penal.

Hay que tener en cuenta que el cambio a un sistema acusatorio como el que experimenta el Perú implica también un cambio de lógica y de cultura de trabajo institucional con la policía judicial, que debe estar regido por las orientaciones del Ministerio Público, el cual deberá propender por la construcción de un equipo de trabajo interdisciplinario que investigue violaciones de los derechos humanos. En la lógica del nuevo Código, la policía se convierte en un testigo experto, al que hay que sentar en la audiencia, interrogar y acreditar su idoneidad. Para ello, es necesaria una capacitación conjunta de los estamentos policiales involucrados con este tipo de labores, así

¹⁰ Véase CASSEL, Douglass. «Las mejores prácticas para el procesamiento judicial de las violaciones de derechos humanos». En Francisco Macedo (coord.). *Los caminos de la justicia penal y los derechos humanos*. Lima: Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2007.

como la preparación constante de este tipo de facultades con los agentes policiales, para que sus acciones no puedan ser excluidas por vulnerar alguna de las normas sobre licitud de la prueba. De allí que la organización de la investigación tenga que ser bastante precisa, sobre todo, en lo que se pedirá o delegará a la policía como acción. Este cambio de lógica es uno de los problemas más fuertes que tienen todos los países que implementan cambios en su Código Procesal Penal. Si no se logra consolidar una relación de trabajo armónica entre el fiscal y la policía judicial, si ellos no tienen las capacidades que ustedes han adquirido por la práctica, o si no son entrenados debidamente para asumir el nuevo rol, se tendrán graves obstáculos en la implementación del nuevo sistema procesal penal.

Otra cuestión que hay que considerar es la presión política sobre este tipo de casos. En Colombia, llevar a los militares a procesos judiciales ha costado múltiples recusaciones, amenazas, dilaciones, conflictos de competencia con el fuero militar, decisiones de la Corte Constitucional o de la Corte IDH. Por lo general, el argumento que se esgrime en este tipo de situaciones es que «las Fuerzas Armadas se sienten vulneradas y la moral de los oficiales y suboficiales está disminuyendo» y que la persecución penal forma parte de una «guerra jurídica» impulsada por las guerrillas y sus colaboradores en contra de las fuerzas militares. De allí la necesidad de alcanzar un contexto político que sea idóneo, el menos conflictivo quizá, para que el Ministerio Público no tenga que enfrentarse contra toda la sociedad.

Para toda organización judicial, lo clave es la primera condena, pues, una vez que esta se produce, es más fácil combatir la presión política exterior. El ejemplo peruano ha mostrado a otros países de la región que la presión de juzgar a un ex presidente por violaciones de los derechos humanos es menor si la justicia ya lo ha vencido en juicio por otros cargos diferentes: no es lo mismo investigar y juzgar a Alberto Fujimori por el caso de congresistas tránsfugas luego de la condena en el caso de derechos humanos que antes de esta. Lo mismo ocurre en el caso de la cúpula de Sendero Luminoso. En cualquier caso, es importante que el Ministerio Público le comunique a la sociedad de manera efectiva que no está procediendo con ánimo de venganza, sino con el mandato ético del Estado, de proteger a sus ciudadanos contra las violaciones de los derechos humanos. Este imperativo se complica un poco cuando hay diversos actores armados enfrentados entre sí. Por ejemplo, el Gobierno colombiano decidió extraditar a 17 líderes paramilitares a Estados Unidos por narcotráfico, excluyendo la posibilidad de procesarlos por violaciones de los derechos humanos.

Otro tema que hay que considerar es la seguridad de las víctimas, cuestión que debe hacer parte de la estrategia en estos casos, garantizando su protección

a través de medidas de seguridad blanda (celulares, chalecos) y de seguridad dura (como reubicaciones de lugar y cambios de identidad). Es necesario que los programas de protección de testigos dependan del Ministerio Público para que se entiendan las necesidades del fiscal en preservar la seguridad de las víctimas y testigos, lo que debe complementarse con elementos de comunicación claros con la Policía y el Ministerio de Justicia, en el caso peruano.

Como lo señalamos antes, también es necesario definir el tipo de relación que pueden tener las víctimas con la actuación fiscal: formulación de observaciones a la acusación o al modo de sustentación de los escritos, considerando la identificación de patrones de sistematicidad. El uso de recursos ordinarios y constitucionales en defensa de los derechos de las víctimas es un elemento que podrían considerar, al igual que la figura de la parte civil.

Finalmente, la estrategia también debe incluir consideraciones probatorias, tomando en cuenta los distintos tipos de prueba que tenemos en estos casos. Por ejemplo, existe una discusión sobre la debilidad de la prueba testimonial ya que las versiones de los testigos de los hechos —en algunos casos, la única prueba disponible— pueden variar con el tiempo. Ello implica un análisis de las posibles contradicciones y, además, poder corroborar las afirmaciones de los testimonios con otro tipo de material probatorio. Otro problema es la degradación de la evidencia física (desaparición forzada), así como los distintos métodos que los victimarios pueden usar para corromper los cuerpos de los ejecutados extrajudicialmente. Lo mismo ocurre con la destrucción intencional de archivos militares o civiles, frente a lo cual el Ministerio Público debe solicitar a las autoridades judiciales una medida cautelar para proteger dicha información; tal y como solicitó el procurador de derechos humanos de Guatemala para garantizar la protección de los archivos de la antigua Policía Nacional, uno de los principales responsables del genocidio maya en esa nación centroamericana.¹¹

3.3. Algunos diseños institucionales para la investigación de crímenes de sistema

Todos conocemos los tribunales penales internacionales ad hoc, creados por el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas en Europa y África para poner fin a determinado tipo de violencia, garantizando cierta rendición de cuentas. Estas

¹¹ Véase PROCURADOR DE LOS DERECHOS HUMANOS. *Proyecto de recuperación del Archivo Histórico de la Policía Nacional. Informe de Avances*. Ciudad de Guatemala: el autor, 2006, pp. 3 y 4.

experiencias trajeron algunas ventajas pero también desventajas, como los gastos que suponen, los resultados limitados y el largo plazo en el cual pueden mostrar resultados.

Es por ello que surgió un segundo esquema, como las salas especiales de tribunales nacionales. En estos momentos están en actividad las Cámaras Extraordinarias de las Cortes de Camboya para el juzgamiento de los crímenes cometidos durante el período de la Kampuchea democrática (1975-1979),¹² compuesta por fiscalías, salas de cuestiones preliminares y de conocimiento, conformadas por funcionarios nacionales e internacionales.

En América Latina, tenemos el caso de la Comisión Internacional contra la Impunidad en Guatemala (CICIG).¹³ En este caso, la Organización de las Naciones Unidas y el Estado guatemalteco tomando en cuenta la existencia de una ley de amnistía generalizada expedida luego de los acuerdos de paz entre el Gobierno y la Unidad Revolucionaria Nacional Guatemalteca (UNRG), suscribieron un acuerdo para la creación de la CICIG, un mecanismo radicalmente distinto a lo que hemos mencionado hasta el momento. Se trata de una suerte de Ministerio Público paralelo que garantiza la investigación de los crímenes del pasado vinculados a cuerpos ilegales y aparatos clandestinos de seguridad. La CICIG organiza el trabajo de investigación y análisis de la información para, posteriormente, derivarla al Ministerio Público ordinario. Esta figura existe por la incapacidad probada del Ministerio Público guatemalteco para investigar la criminalidad organizada y para contribuir al desmantelamiento de estas estructuras delictivas.

Algunos analistas coinciden en que el impulso para la creación de la CICIG vino dado por la desconfianza social existente en la fiscalía y en la policía nacional civil. ¿Y por qué estos funcionarios públicos no son vistos como imparciales? Porque si bien este país centroamericano tuvo que hacer una reforma profunda de su cuerpo policial, que implicó el cambio de la mitad de sus integrantes, aún existen denuncias a nivel nacional e internacional sobre la participación de miembros de la Policía en aparatos clandestinos de poder y grupos paramilitares; y son esos mismos policías los que tienen que acompañar a los fiscales a recoger las pruebas y participar en la elaboración de otras pruebas técnicas. Este último caso lo cito porque en Guatemala se comenzó a aplicar paulatinamente el Código Procesal Penal a partir de 1998. La dificultad—similar a la peruana— es que la policía de investigación está fuera del Ministerio Público.

¹² Véase <<http://www.eccc.gov.kh/english/>>.

¹³ Véase <<http://cicig.org>>.

4. La investigación de crímenes de sistema por el Ministerio Público

4.1. Principales dilemas que hay que enfrentar

Existen varios dilemas que se presentan a los miembros del Ministerio Público cuando deben investigar violaciones de los derechos humanos.

Un primer dilema es dilucidar si se investigarán patrones de actuación criminal o se garantizará la justicia individual en cada caso. En Argentina los jueces federales investigan los hechos vinculados con uno o varios centros de detención en específico, que se ubicaban en distintas zonas del país, como el juez Daniel Rafecas que investiga los centros clandestinos de detención adscritos al primer cuerpo del Ejército durante la dictadura militar. En Colombia, por el contrario, se tomó la distribución de los frentes, bloques y grupos paramilitares y se asignó competencia a los magistrados a nivel regional, quienes ven casos por zonas dentro de los procesos seguidos a los paramilitares en la ley de justicia y paz. A mi modo de ver, no se puede tomar como modelo la experiencia de selección de casos de los tribunales internacionales para los modelos nacionales, dado que los primeros nacieron de acuerdos políticos multilaterales y se pueden permitir escoger entre los casos más relevantes.

Los jueces peruanos no pueden escoger casos porque están sometidos por el principio de legalidad, contenido en la Constitución y en el Código Procesal Penal. Además, deben velar por la legalidad de los juicios y por los intereses de las víctimas. Los jueces y fiscales tienen la necesidad de ver el cuadro general y el caso en particular. Por ejemplo, a la luz de la sentencia en el caso Fujimori se aprecia mejor cómo se puede compatibilizar la investigación de casos concretos con el examen de estructuras complejas de actuación, como la del Destacamento Colina. Se deben contemplar entonces los patrones de actuación de criminalidad cuando se produjeron o se constataron los hechos delictivos, lo que en el caso peruano es respaldado en buena parte por el *Informe Final* de la CVR.

En caso de que existan otros hechos de violencia que no estén tan detallados, una lectura a priori del Código Procesal Penal nos indicaría que ustedes deben apuntar prioritariamente a establecer los elementos necesarios de prueba sobre el caso concreto y, sobre lo que logren demostrar, establecer cuáles son las responsabilidades de cada sujeto comprometido. Adicionalmente, creo yo, deben tener en consideración la mirada de conjunto para conectarse al caso específico.

Un segundo dilema es el de la justicia selectiva contra la persecución de todos los casos. Si se tiene un universo de casos que está relacionado con cien

hechos delictivos, existirán sectores dentro del Poder Judicial que consideran que únicamente se podrían llevar a juicio los más importantes. En Argentina, por ejemplo, procesaron a las Juntas Militares que gobernaron ese país entre 1976 y 1983 por determinados delitos. Esta selección era posible en el momento político en que se produjeron los procesos, dada la dificultad en juzgar todos los casos. Sin embargo, en el 2009 esto ya no es posible, ya que al Estado solo le cabe ir priorizando los casos, sin dejar de lado ninguno de ellos. En Colombia este es uno de los debates más álgidos, dado que la Ley de Justicia y Paz contempla la figura de la imputación parcial, que permite procesar a los responsables de centenares o miles de crímenes por algunos de ellos y, posteriormente, judicializarlos por las demás imputaciones. El problema está en que lo parcial es probable que nunca termine de completarse, dado que los fiscales se concentran —como parece lógico— en los casos que ya han podido llevar a juicio. Frente a ello, en Colombia pensamos como alternativa que quizá algunos fiscales adjuntos puedan continuar con el resto de las investigaciones mientras se completan todos los procesos.

Hay que tener en cuenta además que los fiscales en los nuevos modelos procesales penales se ocupan de la coordinación de las investigaciones a su cargo, lo que aumenta su responsabilidad en este tipo de casos, a lo que se añade las dificultades probatorias propias de los procesos por violaciones de los derechos humanos.

Otro tema de debate —que en este nuevo siglo se ha reducido— es la tensión entre justicia y paz, es decir, cuándo se debe dejar de investigar y procesar este tipo de delitos para no afectar los procesos de reconciliación nacional. La mayoría de discursos públicos pueden tender a la paz, la reconciliación y la unión nacional, siendo el Ministerio Público al que le toca la peor parte, dado que es el único organismo que está obligado a investigar estos casos. En nuestros países hay sectores que señalan que el inicio de investigaciones judiciales después de tanto tiempo es una forma de reabrir las heridas del pasado, cuando la tarea es avanzar hacia la reconciliación nacional usando todo tipo de argumentos o pretextos coyunturales. Este tema debe ser bien trabajado por los fiscales, para continuar con las investigaciones y neutralizar las presiones políticas de este tipo.

Finalmente, hay que tener en cuenta la responsabilidad de los superiores y ejecutores. En el Perú se han dado grandes pasos con los casos vinculados a Colina, Fujimori y Montesinos, pero hay países en los que aún se discute hasta dónde se sube en la cadena de mando. Por ejemplo, en Colombia se vienen investigando varios casos de interceptaciones telefónicas ilegales efectuadas por el Servicio de Inteligencia Nacional del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS) a miembros de los partidos de oposición e incluso a magistrados

de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia. Cuando comienzan las investigaciones, se empiezan a plantear debates acerca de hasta dónde se debe indagar la responsabilidad dentro de los órganos del Estado. En este caso, aparentemente se pretende blindar la responsabilidad de los ministros y el presidente de la República. En realidad, lo que se debe establecer es quiénes ordenaron y se beneficiaron con estas interceptaciones, para establecer su nivel de responsabilidad en los hechos.

4.2. Planeación de la investigación fiscal: el programa metodológico

Es necesario establecer una metodología de investigación general en el Ministerio Público que pueda ser de ayuda general. Esto no afecta la independencia del trabajo de cada fiscal, pero sí es importante para que no se tenga que inventar un procedimiento cada vez que se tenga una investigación importante entre manos.

El programa metodológico es una herramienta de trabajo que permite organizar y explicar la investigación para identificar y asegurar los medios cognoscitivos necesarios para demostrar, más allá de toda duda razonable, la ocurrencia del delito y sus autores o partícipes. Se trata de una técnica de trabajo para ordenar la investigación, sea cual fuere el tipo penal que se viene investigando.¹⁴ La organización del programa metodológico debe apuntar a plantear tres tipos de elementos fundamentales:

- a) Para comenzar, los hechos fácticos del caso: qué pasó, cómo pasó, en qué condiciones se produjeron los hechos. Esto tiene un correlato con el principio de congruencia, es decir, con la limitación de los jueces a los hechos contenidos en la acusación. De allí que el componente fáctico sea fundamental, dado que pueden existir casos en los que la fundamentación de hechos es aceptada plenamente, como en la conformidad parcial del acusado con los hechos, como en el caso Fujimori en relación con la entrega de 15 millones de dólares a Vladimiro Montesinos.
- b) Otro elemento fundamental es el tipo de material probatorio que se va a presentar en el proceso, cómo se va a presentar y para qué sirve cada uno de los medios de prueba. Esta discusión no se centra meramente en la pertinencia, necesidad y conducencia del medio probatorio, sino también en la obligación de probar los elementos del tipo penal por el cual se está acusando.

¹⁴ Véase FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN. *Programa metodológico en el sistema penal acusatorio*. Bogotá: Escuela de Estudios e Investigaciones Criminalísticas y Ciencias Forenses, 2007.

- c) El tercer elemento fundamental es el jurídico, es decir, la adecuación típica que se realiza, teniendo alternativas de imputación que se concreten en la acusación fiscal.

Estos elementos indican que el fiscal debe tener claras varias cosas. Primero, el programa metodológico es una herramienta de trabajo que le sirve para organizar su tarea. Segundo, el programa le permite planificar el trabajo de investigación y también el trabajo de la policía auxiliar de la investigación, dado que corresponde al fiscal dirigir todo el proceso. Se deben plantear objetivos, basados en lo que se trata de demostrar en el caso, a través de la acusación, lo que implica evitar prácticas innecesarias como repeticiones de testigos y la actuación de pruebas impertinentes e inconducentes. El programa metodológico sirve para controlar la gestión de los integrantes del Ministerio Público y de las personas que dependen de ellos, de modo tal que se logre eficacia con los pocos recursos que existen en cada uno de los despachos. Asimismo, sirve para dejar un registro histórico de la actuación fiscal, lo que puede servir para los momentos en que existan sucesiones en el cargo por cambio de zona o de competencia, permitiendo al nuevo encargado de la investigación actualizarse con el caso de modo más rápido. Finalmente, ayuda en la búsqueda de datos, en conocer qué es lo que falta para resolver y sirve para organizar la teoría del caso y cómo se va a presentar la información.

¿A qué tipo de preguntas debe responder el programa metodológico? Debe indicarse si existió un delito, quién lo cometió, quién participó, cuáles son los medios que lo demostrarán y en qué forma. La lógica de organización del programa metodológico sirve para ordenar la actuación fiscal desde las diligencias preliminares hasta el juicio oral, teniendo una lógica clara de lo que ocurre en el proceso, tomando en cuenta que estamos ante una herramienta de trabajo flexible.

En el caso colombiano, existe la directriz institucional de utilizar un formato de investigación en cualquiera de las instancias del Ministerio Público. Este formato cuenta con un Código Único de Investigación a nivel nacional, necesario para integrarlo al sistema de información de la Fiscalía, lo que permite a cualquier miembro del sistema fiscal registrar o saber quién y dónde tiene la información. Este formato permite a los integrantes del equipo que trabajan en el caso registrar los pasos seguidos en la investigación, y a cualquier fiscal conocer quién maneja la información, cuestión necesaria, sobre todo, cuando hay cambios de colocación. Posteriormente, se debe indicar la hipótesis delictiva, la organización de la teoría del caso y el diseño de lo que se va a presentar a través de la acusación. También se establecen objetivos de trabajo y las diligencias que hay que realizar para cumplir con el programa.

Segunda parte

Artículos de análisis

Caso Chavín de Huantar

La autoría mediata por dominio de organización en el caso Chavín de Huantar: la ausencia de individualización de los ejecutores

YVAN MONTOYA

1. Antecedentes

Los hechos se inician con la incursión de 14 miembros del grupo subversivo MRTA (Movimiento Revolucionario Túpac Amaru) el 17 de diciembre de 1996 en la casa del embajador de Japón en el Perú, Morihisa Aoki, en circunstancias en las que se celebraba con centenas de invitados nacionales el aniversario del nacimiento del emperador Akihito. Los *emerretistas*, liderados por el subversivo Néstor Cerpa Cartolini, ingresaron a la residencia fuertemente armados a través de un forado de una casa vecina y tomaron de rehenes a los más de 700 invitados, exigiendo como condición la liberación de los miembros del MRTA que estaban encarcelados, el cambio de la política económica, el pago de un impuesto de guerra, entre otros requerimientos.

Luego de una serie de liberaciones, los *emerretistas* mantuvieron como rehenes a 72 personas, entre ellos varios funcionarios y militares importantes del Estado. Esta situación se mantuvo varios meses durante los cuales se intentó una salida negociada entre representantes del Estado y los subversivos, interviniendo como facilitadores una comisión de garantes integrada por monseñor Cipriani, el embajador de Canadá, Anthony Vincent y el representante de la Cruz Roja Internacional en el Perú, Michael Minnig.

Sin embargo, paralelamente a dicho diálogo se desarrolló un plan militar para rescatar a los rehenes. Para tal efecto, las Fuerzas Armadas designaron al jefe de la División de Fuerzas Especiales del Ejército, general Augusto Jaime Patiño, con el fin de elaborar un plan operativo para el rescate, encargándose al general EP José Williams Zapata el diseño concreto del plan de operaciones «Nipón 96». Este posteriormente se encargaría de dirigir al Grupo 143 de Comandos, conocido como Patrulla Tenaz, que finalmente tomaría la residencia.

El diseño del operativo militar estuvo separado de la estrategia de inteligencia, la cual fue trabajada por el Servicio de Inteligencia Nacional (SIN) por encargo del ex presidente Fujimori. Este campo estuvo dirigido por el asesor principal del ex presidente, Vladimiro Montesinos Torres y su lugarteniente, el comandante del Ejército Roberto Huamán Ascurra.

El operativo de rescate, denominado Chavín de Huantar, se llevó a cabo el 22 de abril de 1997. Desde un punto de vista estrictamente militar, esta operación fue considerada exitosa dado que logró rescatarse con vida a 71 rehenes, muriendo solo uno de ellos, el vocal Carlos Giusti (además de dos comandos). Sin embargo, todos los subversivos murieron. Según la versión oficial, estos cayeron abatidos en combate.

Posteriormente, en el 2001, Hidetaka Ogura, ex primer secretario de la Embajada de Japón y uno de los rehenes rescatados, envió una carta a las autoridades judiciales peruanas en la que señaló que, al salir de la residencia, mientras era rescatado, pudo ver a tres miembros del MRTA desarmados con vida, quienes habrían sido ejecutados extrajudicialmente. Producto de este testimonio, los familiares de Eduardo Cruz Sánchez (*Tito*), Víctor Salomón Peceros Pedraza y Herma Luz Meléndez Cueva (*Cintha*) presentaron una denuncia penal contra Alberto Fujimori, Vladimiro Montesinos, Nicolás de Bari Hermoza Ríos, Julio Salazar Monroe y otros por el delito de homicidio calificado.

Posteriormente, en juicio oral, dos suboficiales de policía, Raúl Robles Reinoso y Marcial Torres Aliaga, reconocieron que capturaron al subversivo Cruz Sánchez cuando pretendía fugar y que lo entregaron al procesado, oficial del Ejército, Jesús Zamudio Aliaga, quien habría ordenado conducirlo nuevamente a la residencia del embajador, encontrándosele posteriormente muerto con una herida de bala en la cabeza.

2. El auto de apertura de instrucción y la acusación del fiscal superior

Luego de la investigación realizada por la fiscal de la Nación con relación al ex presidente Fujimori, el fiscal provincial penal especializado presenta denuncia penal el 24 de marzo de 2002. El 11 de junio del mismo año, el Tercer Juzgado Penal Especial abrió instrucción contra los sujetos antes mencionados por el delito de homicidio calificado.

Cabe recordar que durante la instrucción judicial el fuero militar planteó una contienda de competencia contra el fuero común, lo que motivó que se adelante el fuero militar para sobrepasar la causa por falta de pruebas.

Posteriormente, el 22 de septiembre de 2006, la Tercera Fiscalía Superior especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios presentó su acusación fiscal. En esta se acusa a:

- a) Vladimiro Montesinos Torres, como autor mediato del homicidio calificado de Eduardo Cruz Sánchez, Víctor Salomón Peceros Pedraza y Herma Luz Meléndez Cueva. Se solicita una pena de veinte años de prisión.
- b) Nicolás Hermoza Ríos, como autor mediato del homicidio calificado de Eduardo Cruz Sánchez, Víctor Salomón Peceros Pedraza y Herma Luz Meléndez Cueva. Se solicita una pena de dieciocho años de prisión.
- c) Roberto Huamán Azcurra, como autor mediato del homicidio calificado de Eduardo Cruz Sánchez, Víctor Salomón Peceros Pedraza y Herma Luz Meléndez Cueva. Se solicita una pena de quince años de prisión.
- d) Jesús Zamudio Aliaga, como autor mediato del homicidio calificado de Eduardo Cruz Sánchez. Se solicita una pena de quince años de prisión.
- e) Juan Fernando Dianderas Ottone, como autor inmediato del delito de encubrimiento real. Se solicita una pena de cinco años y cuatro meses de prisión.
- f) Martín Solari de la Puente, como autor inmediato del delito de encubrimiento real. Se solicita una pena de tres años de prisión.
- g) Herbert Danilo Ángeles Villanueva como autor inmediato del delito de encubrimiento real. Se solicita una pena de cuatro años de prisión.¹

El fiscal superior sostiene en su dictamen acusatorio que los acusados integraban los niveles más altos de una estructura de poder cuya cadena de mando llegaba hasta los comandos que ejecutaron el operativo de rescate denominado Tenaza o Chavín de Huantar, algunos de los cuales serían los que ejecutaron las órdenes de ejecución extrajudicial de los terroristas rendidos o puestos fuera de combate.

Como puede apreciarse, con relación a determinados subversivos muertos durante el rescate de los rehenes, el fiscal superior ha planteado acusación fiscal por homicidio calificado contra los funcionarios y militares antes citados, imputándoles la calidad de autores mediatos.

¹ Cabe mencionar que, antes de iniciado el juicio oral en el presente caso, se declaró prescrito el proceso contra los acusados Juan Fernando Dianderas Ottone, Martín Solari de la Puente y Herbert Danilo Ángeles Villanueva, por el delito de encubrimiento real.

3. El problema planteado en el caso

De acuerdo con el citado dictamen fiscal, el fiscal superior no hace referencia expresa al tipo o modalidad de autoría mediata que se emplea para atribuir responsabilidad penal a los hombres de detrás: Vladimiro Montesinos Torres, Nicolás de Bari Hermosa Ríos, Roberto Huamán Ecurra, Jesús Zamudio Aliaga y otros por el delito de homicidio calificado.

En otras palabras, el dictamen no especifica si se trata de autoría mediata con ejecutor bajo déficit cognitivo o volitivo o autoría mediata con ejecutor independiente y responsable. En definitiva, el dictamen acusatorio no hace ninguna referencia a la condición de los ejecutores materiales de las muertes imputadas.

De acuerdo con lo mencionado, y en una perspectiva combinada dogmática y procesal, nos preguntamos si es posible efectuar la imputación como autor mediato de un delito de homicidio en los casos en los que no se haya individualizado ni especificado la identidad y condición de los ejecutores materiales del hecho.

4. Aspectos generales de la autoría mediata: modalidades y presupuestos doctrinales y jurisprudenciales

La dogmática penal, de base romano germánica, siempre ha intentado ofrecer criterios que permitan distinguir dentro de un suceso delictivo las intervenciones principales (autoría) de las intervenciones secundarias (complicidad o instigación). Uno de estos criterios lo constituyó la teoría objetivo formal.² Durante la vigencia de esta teoría, como hemos mencionado en otro trabajo, se alcanzaba un concepto extremadamente restrictivo de autor, de tal manera que solo se concebía como autor al autor directo o al ejecutor material³ dado que se le exigía realizar literalmente la conducta descrita en el tipo. Se excluían, entonces, modalidades como la autoría mediata o la coautoría en la que existen intervinientes principales que no realizan de manera directa el tipo penal.

² Sobre el desarrollo de los criterios para distinguir autores de partícipes (teorías unitarias, teorías subjetivas, teorías objetivo formal, teoría objetivo material y teoría del dominio del hecho), véase MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal. Parte general*. Barcelona: Reppertor, 2008, p. 370 ss.

³ Véase WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*. 12.^a ed. alemana y 3.^a ed. castellana. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1969, p. 143.

Como reacción a estas posturas, y siguiendo las estructuras lógico objetivas que presiden la construcción de Welzel, se postuló la tesis del dominio final del hecho para distinguir a los autores de los meros partícipes en los delitos dolosos de comisión. De acuerdo con este autor, la teoría del dominio final del hecho significa que la autoría pertenece a aquel que es dueño y señor del hecho en cuanto él realiza su decisión de voluntad con sentido.⁴

La necesidad de superar la concepción de autor basado en el ejecutor material del hecho, determinó que Welzel explicara la denominada autoría mediata, señalando que el autor no necesita cumplir con sus propias manos el hecho, sino que se puede servir no solo de instrumentos mecánicos sino del actuar de otro. El mismo autor señalaba que esta calidad de instrumento puede evidenciarse a partir de las siguientes situaciones: a) utilización de un tercero que actúa sin dolo (error), y b) utilización de un tercero que actúa sin libertad (coacción, situación de inimputabilidad y cumplimiento de una orden superior).⁵

Cabe mencionar que Welzel, ya en ese momento, se planteaba el problema de los instrumentos dolosos sin intención y el de la utilización de un tercero que obra conforme a derecho.⁶

Posteriormente, el profesor Claus Roxin, prescindiendo de bases ontológicas de las que partía el profesor Welzel, desarrolla las modalidades de la imputación por autoría mediata y añade una modalidad especial de esta: la autoría mediata a través de aparato de poder organizado⁷ (otros dicen que no es una modalidad más de autoría mediata sino una forma sui generis de autoría). En la propuesta original de Roxin se plantean algunos presupuestos y requisitos:

- a) La existencia de un aparato de poder organizado, el cual debe estar integrado por una pluralidad de miembros, jerárquicamente organizados.
- b) La fungibilidad de los miembros de la estructura de poder. Esto supone la posibilidad de sustituir a los miembros ejecutores del aparato de tal manera que esto garantiza al hombre de atrás la ejecución del hecho y le permite dominar los acontecimientos.⁸

⁴ Véase WELZEL, Hans. «Estudios sobre el sistema de derecho penal». En *Estudios de derecho penal*. Buenos Aires: B de F, p. 89.

⁵ Véase WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*, p. 147.

⁶ *Ib.*, p. 150.

⁷ En realidad, para muchos (Ambos y Fernández) la autoría mediata por dominio de organización no es una modalidad más de autoría mediata sino una especie de autoría sui generis que mantiene sus características propias.

⁸ Véase ROXIN, Claus. *Problemas actuales de la dogmática penal*. Lima: Ara Editores, 2004, p. 224.

- c) La desvinculación del derecho, esto es, que el conjunto del aparato de poder se encuentre al margen del ordenamiento jurídico. En otras palabras, que los actos de la organización respondan a patrones normativos diferentes u opuestos a las normas jurídicas vigentes formalmente.

De acuerdo con la versión original de Roxin, el elemento de la fungibilidad o sustituibilidad de los miembros del aparato es el elemento que fundamenta de manera especial el dominio del suceso delictivo por parte del hombre de detrás. Como dice Roxin:

Luego, la fungibilidad, es decir, la posibilidad ilimitada de reemplazar al autor inmediato, es lo que garantiza al hombre de atrás la ejecución del hecho y le permite dominar los acontecimientos.⁹

No es este el lugar (ya hemos comentado este aspecto en otro trabajo) para desarrollar los diversos cuestionamientos que le fueron planteados a esta propuesta o las réplicas que Roxin y otros plantearon contra aquellos, sin embargo, a efectos de nuestro trabajo resulta especialmente relevante resaltar dos de estos cuestionamientos.

El primero ha servido para rechazar de manera absoluta la tesis de Roxin, planteándose la necesidad de acudir a otras fórmulas dogmáticas. En efecto, autores como Schuman señalan que la autoría mediata por dominio de organización genera una ruptura total del principio de propia responsabilidad.¹⁰ Estas posturas cuestionaron la construcción de Roxin señalando la imposibilidad de un autor tras el autor. El autor inmediato plenamente consciente y responsable rompe la posibilidad de atribuir la calidad de autor a aquellos que se encuentra detrás. Según el principio de la propia responsabilidad se atribuye que el hombre de atrás estaría haciéndose responsable por el hecho ajeno, esto es, por el hecho realizado por el ejecutor. Es importante recordar en este trabajo que si bien estamos ante la atribución del mismo resultado lesivo a dos o más personas (en una relación de no codominio funcional del hecho), se trata definitivamente

⁹ ROXIN, Claus. *Problemas actuales de dogmática penal*, p. 224. En contra de esta posición, el profesor Raúl Pariona, quien plantea que el elemento de la fungibilidad no es el elemento que fundamenta el dominio del hombre de detrás sino que se trata de una característica más, sostiene que el presupuesto o fundamento de esta autoría radica fundamentalmente en la existencia del aparato y su estructura. Véase al respecto PARIONA ARANA, Raúl. *Autoría mediata por organización*. Lima: Grijley, 2009, p. 84 ss.

¹⁰ Citado por FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, Eva. *La autoría mediata en aparatos organizados de poder*. Granada: Comares, 2006, pp. 20 y 21.

de injustos distintos y por lo tanto de conductas imputables distintas. El autor mediato responde por el injusto de organización, mientras que el autor inmediato responde por el dominio directo del hecho.¹¹

De acuerdo con estos autores, los casos aquí presentados serían abordados por la figura de la instigación o la coautoría. Según el primero, el hombre de atrás no tiene el dominio sobre la voluntad de los ejecutores, al ser estos libres y plenamente conscientes. Según el segundo, los casos que son ahora estudiados serían mejor abarcados por la coautoría dada la característica de distribución de funciones que caracteriza la relación entre los miembros del grupo.¹²

El otro cuestionamiento no desvirtúa el rendimiento y aplicación de la figura de la autoría mediata por dominio de organización, sino que observa uno de los elementos que fundamentarían el dominio del hombre de atrás: la fungibilidad o sustituibilidad.

En efecto, Schroeder¹³ cuestionó la fungibilidad en tanto criterio que explica el dominio del hombre de atrás y señaló que no siempre las estructuras organizadas están integradas por elementos sustituibles dado que estas organizaciones suponen generalmente personal especializado, con características especiales, experiencia singular, etcétera. Esto hace difícil la sustitución efectiva de miembros ejecutores.¹⁴

En lugar de la fungibilidad, estos críticos propusieron como fundamento del dominio del hombre de atrás el aprovechamiento de este de la predisposición de los ejecutores a la realización del hecho delictivo. El profesor Raúl Pariona ha cuestionado, en nuestro medio, esta tesis sobre la base de dos consideraciones.¹⁵ Por un lado, se refiere el carácter subjetivo del referido criterio, el cual nos llevaría a descartar casos de autoría mediata por dominio de organización en los que no se verifique dicha predisposición de los ejecutores. Por otro lado, señala Pariona, que este criterio es poco relevante dado que lo importante es que los ejecutores realicen el hecho sin importar si lo hacen por su predisposición a este o simplemente *porque cumplen órdenes*.

¹¹ Véase al respecto FARALDO CABANA, Patricia. «La comisión de delitos mediante la utilización de persona interpuesta. La discusión doctrinal acerca de la autoría mediata con aparatos organizados de poder». En Jorge Luis Collantes (coord.). *Temas actuales de derecho penal: desafíos del derecho penal contemporáneo*. Trujillo: Normas Legales, 2004, p. 44. Sin embargo, esta autora reitera que a pesar de la nomenclatura se trata en ambos casos de una responsabilidad individual.

¹² Sobre esta posición, se ha expresado extensamente JAKOBS, Gunter. *Derecho penal. Parte general*. Madrid: Marcial Pons, 1995, pp. 783 y 784.

¹³ Sobre la posición de Schroeder, véase FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, Eva. Ob. cit., p. 132 ss.

¹⁴ Sobre esta crítica y otras dirigidas a la fungibilidad, véase MEINI, Iván. *El dominio de la organización en derecho penal*. Lima: Palestra Editores, 2008, p. 33 ss.

¹⁵ PARIONA ARANA, Raúl. Ob. cit., p. 90.

Con relación a este tema, nuestra jurisprudencia ya ha tenido oportunidad de pronunciarse en varios casos. En el caso de la sentencia recaída sobre la cúpula de la organización terrorista Sendero Luminoso (sentencia de la Sala Penal Nacional de fecha 13 de octubre de 2006, expediente acumulado 560-03), el criterio para fundamentar el dominio del hombre de detrás es la predisposición de los ejecutores al hecho delictivo. En otras palabras, la cúpula senderista se aprovechaba de la predisposición delictiva de los militantes de la organización subversiva. Este criterio fue abandonado en segunda instancia ante la Corte Suprema (sentencia del 14 de diciembre de 2007 de la Segunda Sala Penal Transitoria). Esta Sala retornó al criterio de la fungibilidad o sustituibilidad como fundamento de la autoría mediata.

En el caso de la sentencia recaída sobre el jefe nominal del SIN, el general Julio Salazar Monroe, la Primera Sala Penal Especial de la Corte Superior de Lima fundamentó el dominio del hombre de detrás en la fungibilidad o sustituibilidad de los ejecutores, concretamente los integrantes del denominado Grupo Colina.

Finalmente, en el caso de la sentencia del 7 de abril de 2009 recaída sobre el ex presidente Fujimori, la Sala Penal Especial de la Corte Suprema, siguiendo en cierta medida la posición recientemente adoptada por el profesor Roxin,¹⁶ señala que no son incompatibles los criterios de la fungibilidad y de la predisposición al delito de los ejecutores. Al contrario, se trata de criterios complementarios.

5. El caso Chavín de Huantar y la tesis de la autoría mediata

El dictamen acusatorio del fiscal plantea en el caso Chavín de Huantar una imputación por autoría mediata de diversos funcionarios pero sin especificar la modalidad de este tipo de autoría. En nuestra consideración deben descartarse las fórmulas de autoría mediata tradicionales, esto es, aquellas en donde el hombre de adelante adolece de un déficit cognitivo o volitivo (autoría mediata por error o situación de coacción o inimputabilidad del ejecutor). No parece verificarse esta figura, dadas las características del caso (evento cometido por un segmento de las Fuerzas Armadas) que impide considerar que se trate de sujetos que actúan bajo error o en estado de inimputabilidad o coacción.

¹⁶ Sobre la última posición del profesor alemán, véase ROXIN, Claus. «El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata». *Estudios de la Justicia*, n.º 7, 2006, pp. 11-22.

Cabe recordar lo referido en el resumen del dictamen fiscal expuesto en la primera parte de este trabajo, en el sentido de que existiría una cadena de mando paralela a la cadena de mando formal y que algunos agentes del operativo (comandos) obedecieron a dicha cadena de mando paralela, perpetrando las tres ejecuciones extrajudiciales que son materia del proceso.

En nuestra consideración, se trata de una autoría mediata por dominio de organización dado que presupone la utilización de un fragmento de agentes de seguridad estatal (algunos comandos que ejecutaron el operativo Chavín de Huantar). En ese sentido, tratándose de delitos que constituyen violaciones graves de los derechos humanos (ejecuciones extrajudiciales) no resulta de recibo argumentaciones que invocan el error sea este de tipo o de prohibición.

En consecuencia, a pesar de no haberse especificado la modalidad de autoría mediata que permitiría la imputación de responsabilidad a Montesinos Torres, Hermosa Ríos, Huamán Ascurra y Zamudio Aliaga, consideramos que se trata de una imputación de autoría mediata por dominio de organización. Sin embargo, el dictamen acusatorio no nos proporciona muchos detalles sobre el aparato de poder paralelo que habría llevado a cabo las ejecuciones extrajudiciales denunciadas ni se proporciona la individualización de todos o algunos de los ejecutores de los asesinatos imputados.

6. ¿Puede imputarse por autoría mediata al hombre de detrás sin individualización de los ejecutores o de los hombres de adelante?

El artículo 77 del Código de Procedimientos Penales determina los requisitos para proceder a una apertura de instrucción. Estos son los siguientes: *a)* si existen indicios suficientes de la existencia de un delito, *b)* que se haya individualizado a su presunto autor o a su partícipe, y *c)* que la acción penal no haya prescrito.

Por otro lado, el propio cuerpo normativo decreta en el artículo 285 los requisitos para el establecimiento de una sentencia condenatoria. De acuerdo con el referido dispositivo este tipo de sentencias deben contener: *a)* la designación precisa del delincuente (esto es del presunto responsable de los sucesos delictivos imputados), *b)* la exposición del hecho delictivo, *c)* las apreciaciones de las declaraciones de testigos, *d)* las circunstancias del delito y la pena principal que debe, y *e)* el monto de la reparación civil.

Como puede apreciarse rápidamente, ese dispositivo hace referencia al sujeto encontrado responsable por un delito determinado (por ejemplo un homicidio o asesinato) y, en segundo lugar, se alude a las circunstancias del delito.

Por otro lado, resulta importante citar las sentencias del Tribunal Constitucional sobre los alcances del principio constitucional de la debida motivación de resoluciones judiciales con relación a una eventual sentencia condenatoria que prescinda de la individualización de los autores materiales del hecho criminal. Así por ejemplo, en la sentencia del 13 de octubre de 2008 el Tribunal Constitucional peruano retomó (sentencia anterior 1480-2006 AA/TC) y explicó in extenso los alcances y exigencias del derecho a la debida motivación de resoluciones judiciales o sentencias, especialmente condenatorias. En ella se señala que se vulnerará el referido derecho y por lo tanto estaremos ante una sentencia inválida cuando haya: *a*) inexistencia de motivación o motivación aparente, *b*) falta de motivación interna del razonamiento, *c*) deficiencias en la motivación externa (o justificación externa de las premisas), *d*) motivación insuficiente, y *e*) motivación sustancialmente incongruente.

Estos supuestos de vulneración del derecho a la debida motivación de resoluciones judiciales muestran, en resumen, el deber de los operadores judiciales de explicitar suficientemente en la fundamentación de una resolución las razones que justifican una decisión adoptada, la corrección lógica de las deducciones e inferencias, la coherencia narrativa del discurso que justifica la decisión y la justificación de las premisas de las que parten, esto es, las razones que explican por qué determinados enunciados se consideran probados.

De la revisión de los textos normativos antes mencionados y del alcance de la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional relacionada con la debida motivación de las resoluciones judiciales (entre ellas las sentencias condenatorias), podemos concluir que, además de los aspectos formales —plazos de prescripción de la acción penal— y extrapenales —establecimiento de la reparación civil—, la sentencia debe contener los fundamentos debidos que prueben los enunciados sobre la realización de un evento delictivo y la responsabilidad del presunto perpetrador.¹⁷ Estos dos aspectos marcan el necesario tema *probandum* u objeto de la prueba en la causa que se procesa. En mi criterio, el tema *probandum* en un caso concreto debe expresar un enunciado que contenga un juicio de imputación no justificable y un reproche jurídico penal con pleno fundamento en el derecho penal vigente.¹⁸

¹⁷ Véase FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes. *Prueba y presunción de inocencia*. Madrid: Iustel, 2005, pp. 37 y 38, quien precisa además que la afirmación anterior no impide considerar que la veracidad o falsedad de un enunciado está en función de la existencia o inexistencia del hecho objeto del enunciado.

¹⁸ Véase al respecto MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*. Barcelona: Bosch, 1997, p. 32 ss.

Con relación al tema que nos convoca resulta importante resaltar el primero de los juicios, esto es, el juicio de imputación no justificable. Si este juicio, con fundamento en el derecho penal vigente, no demanda la necesidad de probar aspectos vinculados con los ejecutores o autores directos del hecho delictivo, entonces concluiremos en la innecesariedad de dicho aspecto como materia concreta del tema *probandum*. En otras palabras, la individualización de los ejecutores y su concreta situación resultará un elemento prescindible dentro de los fundamentos de una sentencia condenatoria relacionada con el autor mediato por dominio de organización.

El juicio de imputación no justificado en el caso que es materia de análisis (caso Chavín de Huantar) se expresa en nuestro concepto de la siguiente manera: «Vladimiro Montesinos Torres, Nicolás de Bari Hermosa Ríos, Huamán Escurra, entre otros, son autores mediatos por dominio de organización de los homicidios calificados perpetrados contra Cruz Sánchez, Peceros Pedraza y Meléndez Cueva».

De acuerdo con el análisis de la figura dogmática antes presentada (acápites 3), puede afirmarse que no existe impedimento alguno para imputar al hombre de detrás la calidad de autor mediato por dominio de organización sin individualizar a los presuntos ejecutores u hombres de adelante. Las razones en mi concepto son las siguientes:

- a) Se trata de la imputación por un injusto de organización y no por un injusto individual. Si bien se trata del mismo suceso delictivo, los autores mediatos y los autores directos o ejecutores responden por conductas distintas. Los primeros por haber realizado el hecho delictivo por dominio de organización (en otras palabras, por el dominio efectivo del fundamento del riesgo: el aparato de poder) y los segundos por dominio directo del hecho. El desvalor de la conducta en ambos casos es distinto. Como hemos mencionado anteriormente, esto no supone la vulneración del principio de responsabilidad por el propio hecho, siempre que entendamos por hecho el injusto penal (esto es el desvalor de la conducta y el desvalor del resultado). Esta diferencia en la imputación permite que los operadores de justicia puedan abstraer el injusto individual, esto es, aquel realizado por los autores directos o ejecutores. Sin embargo, esto no enerva la obligación del sistema de justicia de determinar a los ejecutores materiales de los hechos. En efecto, si la teoría utilizada en la formulación de la imputación parte de la autoría mediata por dominio de organización, ello significa que se trata de ejecutores plenamente responsables que amerita que sean sometidos al sistema de justicia. Pero esta responsabilidad (de los ejecutores) es independizable de la atribución de responsabilidad del autor mediato.

- b) Cuando el fundamento del dominio del hombre de atrás se atribuye a la fungibilidad o sustituibilidad de los ejecutores, estos se convierten en irrelevantes (en el sentido de identificar su individualidad) para permitir la imputación del autor mediato por dominio de organización. Recuérdese lo que mencionaba Roxin sobre los ejecutores en el sentido de que se convierten en una pieza reemplazable dentro del engranaje de la maquinaria del aparato de poder. La fungibilidad lo que demanda es la necesidad de probar la existencia de una organización de poder estructurada jerárquicamente con cierta pluralidad de miembros.

Todo esto no significa, como he mencionado, que se excluya de responsabilidad penal a los eventuales ejecutores que logren identificarse con posterioridad. Lo único que pretende sostenerse en este trabajo es que para efectos de la imputación por autoría mediata por dominio de organización no resulta relevante la individualización o subjetivización de los ejecutores.

Sin embargo, de la revisión del dictamen acusatorio sí consideramos que resulta recomendable aumentar un mayor grado de fundamentación o motivación en la existencia de la organización paralela y sus rasgos principales en este caso. En ese sentido, de la lectura de la imputación fiscal no queda claro si existía una cadena de mando paralela o era la misma cadena de mando que tenía a su disposición a todos los comandos del operativo. Si bien las individualidades son intrascendentes (frente a la atribución de responsabilidad al autor mediato por dominio de organización), no puede decirse lo mismo de la organización.

- c) Consideramos que sí ofrecería dudas prescindir de la individualización de los ejecutores cuando se trate de fórmulas tradicionales de la autoría mediata (instrumento por error o por coacción) o cuando se trate de aquellas posiciones modernas que fundamentan el dominio del hombre de atrás en la predisposición de los ejecutores en la realización del hecho delictivo. La tendencia a entender este criterio de manera subjetiva, conllevaría a tener que verificar esta concreta predisposición en los integrantes de la organización. En ese sentido, tendríamos que verificar quiénes fueron los comandos que habrían ejecutado las órdenes de ejecutar extrajudicialmente a los terroristas rendidos o fuera de combate y si estos tenían predisposición o no al hecho delictivo. Evidentemente, esta apreciación crítica podría ser replicada desde la perspectiva de considerar la predisposición de manera objetiva, esto es, cuando es analizada no desde la subjetividad de los ejecutores sino desde el hecho de que estos integran voluntariamente una *organización instrumentalizada para ejecutar o desaparecer*.

- d) Teniendo en cuenta lo mencionado con anterioridad, puede sostenerse que lo que resulta primordial acreditar es, además de la existencia de una organización estructurada jerárquicamente y dirigida a cometer hechos ilícitos, el poder de mando (del superior respecto de sus subordinados), la existencia de la orden (la cual según la sentencia recaída contra el ex presidente Fujimori puede ser verbal o escrita, explícita o implícita), la pluralidad de sus integrantes y el conocimiento del hombre de detrás de que los hechos se realizan por los integrantes de la organización.

7. Conclusión

A lo largo de este texto, consideramos que hemos podido demostrar la posibilidad de prescindir de la individualización de los ejecutores de un hecho para imputar al hombre de detrás la realización de un injusto penal con relación a este.

La conclusión alcanzada en este trabajo debería tener, en nuestra consideración, un impacto relevante en muchos de los casos de violaciones graves de los derechos humanos judicializados por la Comisión de la Verdad y Reconciliación (CVR) así como por la Defensoría del Pueblo. En efecto, varios de los casos puestos a disposición de la justicia no contemplan una individualización o referencia concreta a los ejecutores materiales de los hechos, pudiéndose acceder solamente a los mandos (altos o intermedios) que estuvieron de servicio en dicho contexto. Un ejemplo de ello lo constituye el caso de la violación sexual de mujeres en las comunidades de Manta y Vilca o el caso de la matanza de Accomarca. Esta situación resulta explicable en muchos de estos casos dadas las pretensiones de impunidad que rodean los delitos que implican graves violaciones de los derechos humanos.

La teoría de la autoría mediata por dominio de organización no solo tiene un impacto dogmático relevante sino que, en nuestra opinión, tiene también un impacto procesal innegable al permitirnos imputar al hombre de detrás, aunque los mecanismos de impunidad nos impidan acceder a la individualización de los ejecutores.

El caso Chavín de Huantar y algunos problemas pendientes de la justicia militar policial en el Perú

ROBERTO PEREIRA

1. Introducción

El 17 de diciembre de 1996, un grupo de miembros de la organización terrorista denominada Movimiento Revolucionario Túpac Amaru (MRTA) tomó por asalto la residencia del embajador de Japón en el Perú, y se quedó finalmente en dicho inmueble con setenta y dos rehenes. El 22 de abril de 1997, un grupo de comandos de las Fuerzas Armadas ejecutaron el denominado «Plan Nipón 96» (conocido públicamente como operación Chavín de Huantar) que dejó como saldo el rescate con vida de setenta y un rehenes. Los catorce miembros del MRTA murieron durante el enfrentamiento y un rehén y dos oficiales perdieron la vida durante o poco después de la operación.

En el 2001, Hidetaka Ogura, ex rehén y en el momento de los hechos funcionario de la Embajada de Japón en el Perú, comunicó a las autoridades judiciales peruanas que, cuando era rescatado, vio con vida y bajo control de las Fuerzas Armadas a tres miembros del MRTA. Sobre la base de este testimonio, los familiares de estas tres personas denunciaron la presunta comisión de homicidio calificado. A esta denuncia, se sumaron las indagaciones que al respecto hiciera la Comisión de la Verdad y Reconciliación (CVR) y que presentó como un caso para ser conocido por la justicia penal junto a su *Informe Final*.

El 24 de marzo de 2002, el fiscal de la Fiscalía Penal Especializada de Lima denunció estos hechos, los que tipificó como homicidio calificado en agravio de tres miembros del MRTA y los imputó a Vladimiro Montesinos Torres, al general EP Nicolás de Bari Hermoza Ríos, al coronel EP Roberto Edmundo Huamán Azcurra, al oficial Jesús Zamudio Aliaga, así como a alguno de los comandos de las Fuerzas Armadas integrantes de la denominada Patrulla Tenaz que liberó a los rehenes y los militares que la dirigieron.

El 29 de mayo de 2002, la Sala de Guerra del Consejo Supremo de Justicia Militar inició un proceso penal por estos mismos hechos, pero comprendió en este únicamente a los comandos integrantes de la denominada Patrulla Tenaz y los militares que la dirigieron. A su turno, el 11 de junio del mismo año, el

Tercer Juzgado Penal Especial de Lima inició proceso penal por los mismos hechos y comprendió además a Vladimiro Montesinos Torres, Nicolás de Bari Hermoza Ríos, Roberto Edmundo Huamán Azcurra y al oficial Jesús Zamudio Aliaga.

Ante esta situación, el Consejo Supremo de Justicia Militar planteó una contienda de competencia únicamente sobre el juzgamiento de los militares integrantes de la Patrulla Tenaz y los militares que la dirigieron. La contienda de competencia fue resuelta favorablemente para la justicia militar por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República¹ (contienda de competencia 19/21-2002), a través de su resolución del 16 de agosto de 2002.

Como consecuencia de esta decisión, prosiguieron dos procesos paralelos por los mismos hechos. Uno en la justicia militar contra los integrantes de la Patrulla Tenaz y los militares que la dirigieron; y otro en la justicia ordinaria contra Vladimiro Montesinos Torres, Nicolás de Bari Hermoza Ríos, Roberto Edmundo Huamán Azcurra y el oficial Jesús Zamudio Aliaga.

El 5 de abril de 2004, la Sala Revisora del Consejo Supremo de Justicia Militar sobreseyó la causa contra los integrantes de la Patrulla Tenaz y los militares que la dirigieron, por considerar que no existían pruebas suficientes para afirmar que se produjeron ejecuciones extrajudiciales a propósito de la operación Chavín de Huantar. El 23 de septiembre de 2004, la Sala de Guerra del Consejo Supremo de Justicia Militar confirmó esta decisión.

Por su parte, el 15 de octubre de 2009, la Tercera Sala Penal Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima decidió declarar la interrupción del juicio oral contra Vladimiro Montesinos Torres, Nicolás de Bari Hermoza Ríos, Roberto Edmundo Huamán Azcurra y el oficial Jesús Zamudio Aliaga, por lo que se tendrá que realizar un nuevo juicio oral. La razón de esta decisión fue el alejamiento de un segundo integrante de dicha Sala,² magistrado Carlos Augusto Manrique Suárez, al no ser ratificado por el Consejo Nacional de la Magistratura.³

El primer magistrado en alejarse de la Sala fue su entonces presidente José Antonio Neyra Flores, el 7 de enero de 2009, al ser promovido a la Primera

¹ Integrada por los magistrados Cabala Rossand, Escarza Escarza, Huamaní Llamas, Vega Vega y Aguayo del Rosario.

² El tercer párrafo del artículo 266 y el primer párrafo del artículo 267 del Código de Procedimientos Penales solo admiten el cambio por única vez de un magistrado durante el juicio oral sin que este se interrumpa.

³ De acuerdo con el inciso 1 del artículo 154 de la Constitución, es función del Consejo Nacional de la Magistratura «Ratificar a los jueces y fiscales de todos los niveles cada siete años. Los no ratificados no pueden reingresar al Poder Judicial ni al Ministerio Público. El proceso de ratificación es independiente de las medidas disciplinarias».

Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, que conoce la apelación de la sentencia condenatoria contra el ex presidente Alberto Fujimori Fujimori en los casos La Cantuta, Barrios Altos y Sótanos SIE.⁴

Cabe llamar la atención sobre la incapacidad institucional del Poder Judicial para llevar a cabo satisfactoriamente el juzgamiento de este caso, transcurridos más de siete años de iniciado el proceso penal. Aunque también es cierto que, en buena medida, los problemas de dilación en sede del juicio oral se originan en una legislación procesal penal que favorece el burocratismo procesal. El proyecto de ley 1842/2007-PE, denominado Ley de Simplificación del Juicio Oral, estuvo dirigido a contribuir con la solución a este problema. Paradójicamente, representantes de organizaciones de defensa de los derechos humanos lideraron la oposición pública a la aprobación de este proyecto, con argumentos infundados.⁵

Si bien los hechos del caso Chavín de Huantar se remontan a 1996 y aún no existe un pronunciamiento definitivo sobre su relevancia penal en la justicia ordinaria, plantea algunos temas problemáticos que todavía no encuentran una solución definitiva en nuestro sistema de justicia y que en el presente trabajo nos interesa destacar.

Se trata, en primer lugar, del problema de la no conformidad de la justicia militar con el Programa Penal de la Constitución. Concretamente con las exigencias de autonomía y exclusividad de la función jurisdiccional dada su dependencia del Poder Ejecutivo y su conformación con oficiales en actividad de las Fuerzas Armadas. Así, si bien en el caso Chavín de Huantar la justicia militar juzgó los hechos en aproximadamente dos años y la justicia ordinaria aún no puede concluir con el juicio oral, siempre quedará la duda de si se trató o no de un proceso debido por los problemas antes indicados.

En efecto, allí donde los casos comprometan o pongan en entredicho a las Fuerzas Armadas como tales o al poder político de turno, la justicia militar no podrá eludir una importante dosis de desconfianza o falta de legitimidad en su actuación dada su dependencia del Poder Ejecutivo y su integración por oficiales en actividad de los institutos armados. De ahí la necesidad de que la justicia militar se adecúe a las exigencias que rigen todo ejercicio de función jurisdiccional en el Estado constitucional.

⁴ La fuente utilizada sobre los hechos y el procesamiento en la justicia militar y ordinaria de estos es: <http://www.pucp.edu.pe/idehpucp/images/boletin_ddhh/CASOS/cronica_judicial_chavin_de_huantar_octubre_2009.pdf>.

⁵ Véase al respecto, PEREIRA, Roberto. «Las infundadas críticas al proyecto sobre las reglas para simplificar el juicio oral». En *Actualidad jurídica*. Lima: Gaceta Jurídica, 2007, t. 169.

En esa línea, daremos cuenta de la rebeldía constitucional en la que se mantiene la justicia militar, al negarse a cumplir consistentemente varias sentencias del Tribunal Constitucional, que han decretado su falta de autonomía y exclusividad en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales.

En segundo lugar, nos ocuparemos del problema institucional relacionado con las contiendas de competencia entre la justicia militar y la justicia ordinaria. En su momento, lo resuelto por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República en la contienda de competencia en el caso Chavín de Huantar (contienda de competencia 19/21-2002) fue criticado con razón por diversos sectores, por su inconsistencia dogmática e incompatibilidad con el concepto constitucional del delito de función.

Y es que la Corte Suprema de Justicia de la República, en no pocas oportunidades, ha convalidado la vocación expansiva de la justicia militar en el ejercicio de sus competencias y ha permitido a través de lo resuelto en contiendas de competencias que aquella juzgue hechos que no configuran delito de función, como los imputados en el caso Chavín de Huantar.⁶

Sin embargo, esta situación cambió sustantivamente a partir de la contienda de competencia 18-2004, del 17 de noviembre de 2004,⁷ donde la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República⁸ estableció como precedente de obligatorio cumplimiento las características dogmáticas del delito de función, teniendo en cuenta la jurisprudencia que al respecto emitió la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Constitucional. Conforme a tales criterios, hechos como el del caso Chavín de Huantar no calificarían como delito de función.

Sin embargo, el artículo 4 de la ley 29182, Ley de Organización y Funciones del Fuero Militar Policial, publicada el 11 de enero de 2008 y promovida por el sector castrense vinculado al Consejo Supremo de Justicia Militar, estableció que las contiendas de competencia entre la justicia militar y la justicia ordinaria corresponde que sean dirimidas por el Tribunal Constitucional. De este modo, se cambió el histórico modelo nacional en esta materia, donde era la Corte Suprema el órgano encargado de resolver las contiendas de competencia entre la justicia ordinaria y la justicia militar. En el presente trabajo nos interesa destacar las implicancias de esta decisión con relación a la posición institucional de la justicia militar en el sistema constitucional.

⁶ Sobre las decisiones de la Corte Suprema en esta materia, véase PEREIRA, Roberto. «Evolución legislativa de la justicia militar en el Perú». *Anuario de Derecho Penal 2001-2002. La reforma del derecho penal militar*, pp. 374-377.

⁷ Publicada en el diario oficial *El Peruano* el 23 de noviembre de 2004.

⁸ Colegiado integrado por los magistrados San Martín Castro, Palacios Villar, Barrientos Peña, Lecaros Cornejo, Molina Ordóñez.

En tercer lugar, haremos algunas reflexiones sobre un tema que plantea el caso Chavín de Huantar, pero que fue simplemente obviado por la decisión de la Sala Penal Transitoria (contienda de competencia 19-21/2002), y que tampoco ha sido resuelto satisfactoriamente normativa y jurisprudencialmente entre nosotros. Nos referimos a la participación de civiles (*extraneus*), como Vladimiro Montesinos Torres, en delitos de función. Dadas las interpretaciones absolutas que se hacen de la Constitución con relación a la prohibición de que los civiles sean juzgados por la justicia militar y que los militares cuando cometen delitos de función solo están sometidos a la justicia militar y al Código de Justicia Militar, se pueden verificar situaciones de impunidad del *extraneus*.

2. La rebeldía constitucional del Congreso y de la justicia militar policial

El 10 de diciembre de 2003, la Defensoría del Pueblo, en ejercicio de su legitimidad procesal activa para interponer demandas de inconstitucionalidad, demandó ante el Tribunal Constitucional (TC) la inconstitucionalidad de algunos aspectos centrales del modelo de justicia militar que, si bien estaba contenido en normas vigentes desde julio de 1980, reproducía en esencia la opción institucional del primer Código de Justicia Militar de 1898.

Por medio de su sentencia publicada el 30 de octubre de 2004, el supremo intérprete de la Constitución estimó la demanda y declaró inconstitucional el referido modelo de organización jurisdiccional castrense (expediente 0023-2003-AI/TC). Esta decisión obligaba a la intervención del legislador a efectos de adecuar el modelo a lo resuelto por el TC. Sin embargo, el 7 de enero de 2006 se publicó la ley 28665 que, lejos de seguir la pauta establecida por el TC, reproducía los contenidos normativos declarados inconstitucionales y agregaba otros problemas de inconstitucionalidad.

Esta situación motivó que el 24 de enero y el 17 de febrero de 2006 el Ministerio Público y el Colegio de Abogados de Lima interpusieran sendas demandas de inconstitucionalidad contra la ley 28665. Ratificando su criterio jurisprudencial, el TC decidió estimar ambas demandas (expediente 0004-2006-PI/TC⁹ y expediente 00006-2006-PI/TC¹⁰) y declaró la inconstitucionalidad de la ley 28665.

⁹ Sentencia publicada en el diario oficial *El Peruano* el 18 de abril de 2006.

¹⁰ Sentencia publicada en el diario oficial *El Peruano* el 12 de julio de 2006.

La jurisprudencia establecida por el TC en los fallos mencionados se puede sintetizar en lo siguiente:

- a) Resulta contraria a la Constitución la dependencia de la justicia militar policial al Poder Ejecutivo.
- b) Es inconstitucional que la justicia militar policial esté integrada por oficiales de las Fuerzas Armadas en actividad.
- c) No es compatible con la Constitución el sometimiento de los jueces y fiscales castrenses al régimen de grados y ascensos de los institutos castrense y policial.
- d) La limitación del acceso a la función jurisdiccional militar policial únicamente a los miembros del cuerpo jurídico militar o policial no es compatible con la Constitución.
- e) La Constitución no autoriza la creación del denominado Ministerio Público Militar Policial por lo que resulta inconstitucional.

Esta situación reclamó nuevamente el concurso del Congreso de la República para adecuar la organización judicial castrense a las exigencias del TC. En esa línea, el 11 de enero de 2008 se publicó la ley 29182, Ley de Organización y Funciones del Fuero Militar Policial. Ahora bien, en un manifiesto incumplimiento de los criterios jurisprudenciales del TC, esta norma insiste en reproducir contenidos normativos declarados consistentemente inconstitucionales.

En efecto, se persiste en la dependencia de la justicia militar del Poder Ejecutivo, estableciendo que el presidente de la República es el que designa a los vocales del Tribunal Supremo Militar Policial (artículo 10), órgano del cual depende toda la cadena de designaciones (incisos 1 y 2 del artículo 13). De este modo, se contravienen las exigencias derivadas del principio de independencia de la función jurisdiccional y se crea un mecanismo de selección y designación de jueces y fiscales, distinto al constitucionalmente previsto, que atribuye esta función de manera exclusiva al Consejo Nacional de la Magistratura.

Por su parte, la ley 29182 prevé que la justicia castrense se integre por oficiales en actividad (artículos 10, 15, 19, 22) y que por lo mismo se encuentren sometidos al sistema de grados y ascensos de los institutos armados (artículo VI del Título Preliminar). De este modo, los jueces militares y policiales se rigen por un estatuto caracterizado por la *subordinación* y la *jerarquía*, respecto de sus superiores, elementos sin duda incompatibles con la *autonomía* e *independencia* que debe regir cualquier ejercicio de función jurisdiccional en el Estado constitucional.

Para garantizar la autonomía e independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional, no basta con la mera declaración en ese sentido en una norma o artículo, tal como sucede con el artículo V del Título Preliminar de la ley 29182, sino que se requiere el aseguramiento de tales características a través de un régimen jurídico ausente de mecanismos que sometan a los jueces a obediencia jerárquica o a estructuras institucionales que dependan de poderes públicos a los que la Constitución no ha encomendado el ejercicio de función jurisdiccional como es el caso del Poder Ejecutivo.

La ley en cuestión dispone que para ser juez militar policial resulta indispensable tener formación castrense o policial y provenir necesariamente de un cuerpo jurídico militar policial (artículo V del Título Preliminar). Con ello, el legislador identifica equivocadamente la necesaria *especialidad* que debe tener todo juez o fiscal militar, con la vivencia o experiencia militar policial adquirida como consecuencia de pertenecer a la corporación militar o policial. La especialidad no puede estar referida a esto último, sino únicamente al conocimiento jurídico de las normas de derecho militar policial que rigen las relaciones entre los militares y policías y sus instituciones. Esto porque se trata de juzgar delitos de función que suponen el quebrantamiento de deberes castrenses y policiales plasmados en normas fundamentalmente de derecho administrativo.

Por otro lado, la exigencia de pertenecer a los institutos castrense y policial como condición para ejercer función jurisdiccional o fiscal limita irrazonablemente el derecho de acceso a la función pública en condiciones de igualdad. Así, no se justifica que cualquier profesional civil con formación jurídica especializada en materia castrense o policial no pueda incursionar en este ámbito del ejercicio de la potestad punitiva del Estado.

A su turno, la ley 29182 insiste en vulnerar el cuadro constitucional de competencias al atribuir a un órgano distinto al constitucionalmente previsto las funciones del Ministerio Público (artículos 21 y 22). Conforme con la Constitución, las funciones de persecución de delitos y el requerimiento de su juzgamiento corresponden en exclusividad al Ministerio Público configurado en los artículos 158 a 160 de la Carta fundamental. Por ende, atribuir legalmente estas funciones a un órgano distinto vulnera esta opción constitucional.

Sin duda, la ley 29182 constituye la expresión del quebrantamiento de la exigencia de *lealtad constitucional* tanto del Congreso como de la justicia castrense y policial. En efecto, ambas instituciones insisten en incumplir las sentencias del TC antes mencionadas, dictadas en sendos procesos constitucionales promovidos por dos órganos constitucionales autónomos, la Defensoría del Pueblo y el Ministerio Público; y el gremio de profesionales del derecho más

importante del país, el Colegio de Abogados de Lima. De este modo, las pretensiones institucionales de dichas instituciones, acogidas por el TC, supremo intérprete de la Constitución, son burladas por el Congreso y el sector castrense vinculado a la justicia militar policial.

Con esta actitud manifiestamente contraria a las reglas del Estado constitucional y por ende a la institucionalidad democrática, se instala el peligroso mensaje de que el Congreso de la República y algunos estamentos militares y policiales pueden imponer su voluntad contraria a la Constitución, incluso incumpliendo las sentencias vinculantes del órgano constitucional encargado del control de la supremacía de la Constitución, el TC.

El 2 de marzo de 2009, el Colegio de Abogados de Lima recurrió nuevamente al TC impugnando la constitucionalidad de la ley 29182 en los extremos comentados en este trabajo. El 25 de junio de 2009, la causa quedó al voto luego de la vista oral. Al momento de la redacción del presente trabajo, uno de los miembros del TC anunció en una entrevista periodística y antes de que el colegiado notifique alguna decisión a las partes, que la demanda del Colegio de Abogados de Lima fue declarada infundada.¹¹

Sin perjuicio de la incorrección del proceder del referido magistrado al revelar lo resuelto por el TC a través de un medio de comunicación y antes de que la decisión sea conocida oficialmente por las partes, una decisión como la anunciada resulta preocupante por dos razones.

En primer lugar, porque supondría que el TC modificaría una consolidada jurisprudencia en materia de justicia militar policial, sin que exista razón objetiva para ello. En efecto, no se ha producido ningún cambio constitucional que altere el parámetro de valoración normativa del modelo de justicia militar policial. Tampoco se han verificado cambios fácticos relevantes que hayan modificado sustantivamente la realidad institucional de la justicia militar policial que determinen una nueva valoración normativa.

Por el contrario, el Congreso y la justicia castrense y policial ni siquiera han cumplido con las sentencias del TC, por lo que mal se podría invocar que la realidad institucional verificada en un período significativo a partir del cumplimiento de los mencionados criterios jurisprudenciales justifica una nueva valoración constitucional. Es de destacar que si bien los altos tribunales pueden variar su jurisprudencia, esto debe estar justificado en razones objetivas relacionadas con el cambio del parámetro de valoración

¹¹ Véase <<http://www.andina.com.pe/Espanol/Noticia.aspx?id=fxCtVtVRJn4=>>.

normativo o con la existencia de evidencia empírica relevante no tenida en cuenta en su momento.¹²

Las exigencias de seguridad jurídica y la naturaleza institucional de los precedentes jurisprudenciales impiden que la mera discrepancia de los nuevos integrantes de un alto tribunal con tales precedentes justifique su modificación o cambio. De lo contrario, cada vez que se modifique la composición de un alto tribunal cambiaría toda aquella jurisprudencia con la que los nuevos integrantes discrepen y así sucesivamente. Ciertamente, una situación como esta resulta inaceptable conforme con las exigencias antes señaladas.

En segundo lugar, una sentencia del TC, en el sentido anunciado por uno de sus magistrados, pondría una vez más al Estado ante el riesgo de ser denunciado con éxito ante el sistema interamericano de protección de derechos humanos. Todo parece indicar que nos cuesta aprender las lecciones del pasado reciente y preferimos el camino del poder expansivo y hostil a los límites, antes que la vía del respeto a los controles institucionales que la Constitución y las reglas de la democracia establecen.

3. El caso Chavín de Huantar y el problema institucional de las contiendas de competencia. La justicia militar policial no es un órgano constitucional

Lo resuelto por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República en la contienda de competencia del caso Chavín de Huantar (contienda de competencia 19/21-2002) constituye un ejemplo de la complacencia con la que actuó muchas veces la Corte Suprema con la vocación expansiva de la justicia castrense para asumir indebidamente competencia para juzgar hechos que no calificaban como delitos de función.

En este caso, el Consejo Supremo de Justicia Militar planteó la contenida de competencia contra la justicia ordinaria, reclamando competencia únicamente para juzgar a los integrantes de la Patrulla Tenaz y los militares que la dirigieron.

¹² Al respecto, véase la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la República Argentina del 25 de agosto de 2009, en la causa Arriola, Sebastián y otros s/ causa n.º 9080 (A. 891. XLIV. Recurso de hecho), sobre la despenalización del consumo de marihuana. En opinión que compartimos, en este fallo la Corte Suprema argentina establece que el cambio de jurisprudencia solo se justifica ante un nuevo parámetro de control normativo o en la existencia de evidencia empírica relevante que modifica sustantivamente los presupuestos fácticos que se tuvieron en cuenta en la jurisprudencia precedente. Véanse fjs. 11 ss. en <http://www.csjn.gov.ar/cfal/fallos/cfal3/ver_fallos.jsp>.

La Sala Penal Transitoria acogió esta pretensión competencial y dispuso que los militares mencionados sean juzgados por la justicia castrense; mientras que Vladimiro Montesinos Torres y Nicolás de Bari Hermoza Ríos, Roberto Huamán Azcurra y Jesús Zamudio Aliaga sigan siendo juzgados por la justicia ordinaria. Hay que destacar que a excepción de Montesinos Torres, los últimos mencionados también tenían al momento de los hechos la condición de militares.

Dos fueron básicamente los argumentos de la Sala Penal Transitoria para arribar a esta decisión:

- a) Que los hechos se verificaron en una zona declarada en emergencia (régimen de excepción) por lo que resultaba de aplicación el artículo 10 de la ley 24150, que definía la competencia de la justicia militar por razón del lugar de comisión del delito: aquellos donde regía el estado de emergencia.¹³
- b) Que la Patrulla Tenaz y los militares que la dirigieron eran militares en actividad que actuaron en cumplimiento de una orden militar para enfrentarse militarmente contra los miembros de un grupo calificado como terrorista. Por ende, los delitos que se imputan se sustentan en hechos ocurridos en el cumplimiento de funciones militares por lo que se trata de delitos de función.

Se trata de una decisión deficiente tanto desde los criterios utilizados para dirimir la contienda de competencia, como por los argumentos que justificaron la decisión. Lo primero porque decidió la contienda de competencia no en atención a la naturaleza del delito de función, sino en atención al lugar de su comisión y la mera condición de militares de los imputados. Así, la Sala Penal Transitoria no se preocupó por preguntarse si existía o no un concepto de delito de función establecido por la Constitución o, por lo menos, si esta establecía o no algunos parámetros para su delimitación.

Simplemente se limitó a dotar de contenido al artículo 173 de la Constitución¹⁴ a partir de la ley 24150, incurriendo en un manifiesto vicio de

¹³ El artículo 10 de la ley 24150 establecía que: «Los miembros de las Fuerzas Armadas o Fuerzas Policiales, así como todos aquellos que estén sujetos al Código de Justicia Militar que se encuentren prestando servicios en las zonas declaradas en estado de excepción, quedan sujetos a la aplicación del mencionado código. Las infracciones tipificadas en el Código de Justicia Militar que cometan en el ejercicio de sus funciones son de competencia del fuero privativo militar, salvo aquellas que no tengan vinculación con el servicio».

¹⁴ El primer párrafo del artículo 173 de la Constitución establece que: «En caso de delito de función, los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional están sometidos al fuero respectivo y al Código de Justicia Militar».

interpretación que consiste en dotar de contenido a la Constitución a partir de la ley y no interpretar el contenido de la ley a partir de la Constitución, como corresponde en todo ordenamiento donde rige el principio de supremacía constitucional. Como consecuencia de ello, la Sala Penal Transitoria dirime la contienda de competencia a partir de los criterios del lugar de comisión del delito y de la mera condición de militar del sujeto activo.

Ambos criterios resultan insuficientes para identificar un delito de función, ya que no definen la naturaleza del injusto. Así, en el caso del lugar de comisión de los hechos, se trata de un dato externo y contingente a la conducta imputada que no incide en la calificación de la naturaleza de los hechos. En el caso de la condición de militar en actividad del sujeto activo, nos encontramos frente a un elemento necesario pero insuficiente por sí mismo para definir el delito de función, ya que se requiere vincular la conducta de este sujeto activo con el quebrantamiento de bienes jurídicos institucionales de las Fuerzas Armadas o la Policía Nacional.

En segundo lugar, la argumentación de la Sala Penal Transitoria es deficiente porque los mismos argumentos para decidir la contienda de competencia a favor de la justicia castrense con relación a la Patrulla Tenaz y los que la comandaron pueden ser aplicados sin ningún problema al caso de Nicolás de Bari Hermoza Ríos, Roberto Huamán Azcurra y Jesús Zamudio Aliaga. En efecto, todos ellos actuaron de alguna manera en los hechos, por lo que el criterio del lugar de comisión del delito les resulta aplicable. A su turno, tratándose de un operativo de naturaleza militar, su intervención en los hechos no pudo haber sido posible sin la autorización, orden o aquiescencia de los que tuvieron la responsabilidad de dar las órdenes en el operativo.

Ahora bien, como ya quedó anotado, a efectos de solucionar esta situación, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, en la contienda de competencia 18-2004 (caso Indalecio Pomatanta), del 17 de noviembre de 2004, estableció con carácter de jurisprudencia vinculante para todos los órganos jurisdiccionales de la República, los criterios para definir el delito de función. Así, conforme con dicha jurisprudencia vinculante, el delito de función se caracteriza a partir de los siguientes elementos:

[...] a) que el delito de función es una noción subjetivo-objetivo, en tanto no protege un interés militar o policial del Estado como tal, sino ligado necesariamente a un sujeto activo cualificado determinado; b) que se trata de un delito de infracción del deber, en tanto que en este ilícito, por exigencia constitucional, el autor sólo puede ser quien lesiona un deber especial cuyo origen se encuentra fuera del Derecho penal —concretamente en el Derecho

administrativo— y que se muestra a través del tipo penal, vale decir, sólo puede ser cometido por quien ostenta una posición de deber determinada, derivada del ámbito estrictamente militar o policial, radicada en las finalidades, organización y/o funciones de la institución militar o policial; c) que es un delito especial propio, en tanto el elemento especial de la autoría: condición de militar o policía que vulnera bienes jurídicos institucionales, opera fundamentando la pena; d) que si el criterio material es el idóneo para construir los delitos de función, cuya sede normativa es el Código de Justicia Militar, entonces, cuando el deber sea vulnerable por cualquier ciudadano ajeno a las Fuerzas Armadas o a la Policía Nacional no se tratará de un delito de función, en tanto que el deber es propio, inherente y exclusivo de ambas instituciones, de suerte que estas son, a final de cuentas, el sujeto pasivo de la infracción penal [conforme MEINI, Iván: «Observaciones en torno a la parte general del Código de Justicia Militar». *Anuario de Derecho Penal 2001-2002. La reforma del derecho penal militar*, pp. 199 y 200]. (Fundamento jurídico n.º 6)

Ciertamente, una decisión como la de la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema en la contienda de competencia del caso Chavín de Huantar no es posible a partir de los criterios jurisprudenciales vinculantes citados, más aún si se tiene en cuenta que, en estricto, estos criterios son la traducción dogmático penal de los criterios sobre el delito de función establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el TC. Por ende, salvo que se recurra a la excepción del alejamiento motivado de los mencionados criterios jurisprudenciales, la Corte Suprema y todos los órganos jurisdiccionales de la República se encuentran vinculados por tales criterios.

Siendo esto así, se podría sostener que a partir de la contienda de competencia 18-2004, el tema de los vaivenes de la Corte Suprema en la resolución de las contiendas de competencia a favor de la justicia castrense había quedado resuelto. Sin embargo, como ya dejamos anotado en la introducción de este trabajo, con la entrada en vigencia de la ley 29182, publicada el 11 de enero de 2008, las contiendas de competencia entre la justicia castrense y ordinaria las debe resolver el TC (artículo 4). De este modo, conforme con esta norma, ya no será la Corte Suprema de Justicia de la República el órgano competente para dirimir estas contiendas de competencia.

Conviene destacar que un sector de la doctrina nacional se ha pronunciado por la inconstitucionalidad del artículo 4 de la ley 29182, tanto por la forma como por el fondo. Lo primero porque la norma en cuestión es una ley ordinaria que regula el proceso competencial, materia que se encuentra desarrollada en

el Código Procesal Constitucional, norma que fue aprobada a través del trámite de ley orgánica. Lo segundo porque el proceso competencial está previsto en la Constitución para tramitar conflictos entre organismos constitucionales, característica que no corresponde a la justicia castrense.¹⁵

Sin embargo, más allá de lo plausible de los argumentos de inconstitucionalidad, lo cierto es que la ley 29182 está vigente y por ende corresponde ser aplicada. En esa línea, corresponde entonces plantear la pregunta si el TC se encuentra vinculado por el precedente vinculante establecido por la Sala Penal Permanente en la contienda de competencia en el caso Indalecio Pomatanta. Si bien las decisiones de la Corte Suprema que establecen precedentes vinculantes solo alcanzan a los órganos jurisdiccionales integrantes del Poder Judicial, no es menos cierto que en estricto, como ya señalamos, lo resuelto en el caso Indalecio Pomatanta es simplemente la traducción dogmático penal de los criterios establecidos por el TC y la Corte Interamericana para definir el delito de función.

Siendo ello así, el TC, en estricto respeto de sus propios criterios jurisprudenciales, debería llegar a la misma conclusión que la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema en el caso Indalecio Pomatanta. Sin embargo, conviene recordar en este punto el anunciado retroceso del TC respecto de su consolidada línea jurisprudencial en materia de justicia castrense y policial. Por ende, asistimos nuevamente a una situación de inseguridad institucional relacionado tanto con la legitimidad constitucional de otorgar al TC la competencia para dirimir los conflictos competenciales entre la justicia castrense y la justicia ordinaria, como por la incertidumbre acerca de si el TC se apartará también en este tema de su consolidado criterio jurisprudencial.

Ahora bien, sin perjuicio de ser preocupante la conducta del TC en esta materia, nos interesa destacar que la decisión de que el supremo intérprete de la Constitución conozca de las contiendas de competencia entre la justicia castrense y ordinaria se sustente en la idea bastante difundida de que la justicia militar constituye un órgano constitucional, en la medida en que la Constitución menciona a esta especialidad jurisdiccional de manera expresa. Sin embargo, esta es una idea equivocada que no cuenta con respaldo normativo ni jurisprudencial alguno.

¹⁵ Véase DONAYRE MONTESINOS, Christian. «Entre espías y tribunales... ¿Quién juzgará a Ariza?». En <http://www.pucp.edu.pe/puntoedu/images/documentos/institucionales/quien_debe_juzgar_al_suboficial_acusado_de_esp.pdf>.

En efecto, ninguna de las normas constitucionales que se refieren a la justicia militar reconocen a esta como un organismo constitucional, ni le garantizan una reserva de organización autónoma. Así, ni el inciso 1 del artículo 139 ni los artículos 141 y 173 de la Constitución —únicas normas que se refieren a la justicia militar policial— contienen un mandato expreso e inequívoco al legislador, en el sentido de que se encuentra obligado a configurar la justicia penal militar y policial como un organismo constitucional. En el primer caso, se trata de una norma que contiene un grave error conceptual que obliga a una interpretación correctiva y, en los otros dos casos, nos encontramos frente a normas de naturaleza estrictamente competencial.¹⁶

En esa línea, los únicos contenidos normativos que se derivan del inciso 1 del artículo 139 y de los artículos 141 y 173 de la Constitución con relación a la justicia militar policial son los siguientes:

- a) La existencia de una *especialidad jurisdiccional* que debe juzgar los delitos de función militar y policial.
- b) Que los militares y policías que cometan delitos de función deben ser juzgados por dicha especialidad y debe aplicárseles las normas que tipifican tales delitos, que debe ser una con rango de ley.
- c) Que las normas que tipifican los delitos de función no pueden ser aplicadas a civiles en calidad de autores.
- d) Que en los casos en los que el servicio militar sea obligatorio, las omisiones a este con relevancia penal deben estar previstas en la norma que tipifica los delitos de función.

Por ende, resulta contrario a la Constitución tratar la justicia castrense y policial como un organismo constitucional y por tanto someter los conflictos de competencia que surjan entre ella y la justicia ordinaria al conocimiento del Tribunal Constitucional, tal como lo establece el artículo 4 de la ley 29182. Salvo que se considere que lo establecido por esta norma no constituye en estricto un proceso competencial al que alude la Constitución, teniendo en cuenta que la norma no remite al Código Procesal Constitucional, sino que utiliza la fórmula «[...] acuerdo a Ley». En esa línea, se podría sostener que se trata de un proceso sui géneris cuya competencia es atribuida al TC.

¹⁶ Véase ampliamente al respecto, PEREIRA, Roberto. «Tres problemas en torno a la Ley de Organización y Funciones del Fuero Militar Policial». *Jus Constitucional*, n.º 4, 2008, pp. 25-37.

Tal interpretación sin embargo no resulta plausible. Dadas la naturaleza y función constitucional del TC de garantizar en última instancia la supremacía de la Constitución, no le corresponde dirimir los conflictos de competencia que involucran a un órgano que no tiene naturaleza constitucional en sentido estricto, como es el caso de la justicia castrense y policial. Por otro lado, asumir que se trata de un proceso distinto al competencial implica aceptar la modificación de la ley 28301, Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y del Código Procesal Constitucional que también tiene naturaleza de ley orgánica. El problema es que la ley 29182 no fue aprobada por medio del trámite de ley orgánica por lo que no podría modificar las leyes orgánicas citadas.

En todo caso, el artículo 4 de la ley 29182 ha creado un problema institucional frente a la resolución de las contiendas de competencia entre la justicia castrense y la ordinaria, que corresponde solucionar a la brevedad.

4. La eventual intervención de los civiles (*extraneus*) en los delitos de función militar policial

En el caso Chavín de Huantar subyace un problema relevante que la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema ni siquiera se planteó al resolver la contienda de competencia, como consecuencia de su errónea decisión de recurrir al lugar de comisión del delito y la mera condición de militar del sujeto activo para dirimir el problema competencial planteado por el Consejo Supremo de Justicia Militar. Se trata de un problema vigente y que a nuestro juicio no encuentra una solución satisfactoria normativa ni jurisprudencialmente.

Nos referimos a la eventual participación de civiles, como Vladimiro Montesinos Torres en el caso Chavín de Huantar, en la comisión de delitos de función por parte de militares. Lo problemático viene determinado por lo siguiente.

Conforme con el artículo 173 de la Constitución:

En caso de delitos de función, los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional están sometidos al fuero respectivo y al Código de Justicia Militar.

Las disposiciones de éste no son aplicables a los civiles, salvo en el caso de los delitos de traición a la patria y de terrorismo que la ley determina.

De este artículo se deducen los siguientes contenidos normativos:

- a) Los miembros de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional, cuando cometen delitos de función militar y policial, no pueden ser juzgados por la justicia ordinaria, ni les puede ser aplicable el Código Penal.
- b) Los civiles no pueden ser juzgados por la justicia castrense y policial, en tanto no les resulta aplicable el Código de Justicia Militar —dado que no pueden cometer delitos de función a título de autor— salvo el caso de los delitos de traición a la patria y terrorismo.

Ahora bien, el TC ha interpretado que incluso en los casos de los delitos de terrorismo y traición a la patria no es posible que los tribunales militares policiales juzguen a civiles. Según el TC, a lo único que autorizaría dicha salvedad constitucional del segundo párrafo del artículo 173 de la Constitución es a que los tribunales civiles, en el caso del juzgamiento de los delitos de terrorismo y traición a la patria, apliquen algunas reglas previstas en el Código de Justicia Militar, siempre que resulten compatibles con el debido proceso y en casos excepcionales (expediente 010-2002-AI/TC, § 10, párr. 106; así como expediente 0017-2003-AI/TC, § 5, 5.5, párr. 130). De acuerdo con el criterio del TC, se trataría incluso de normas procesales, pero no de normas de derecho penal sustantivo.

De similar criterio es la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que ha establecido que el juzgamiento de civiles por tribunales militares resulta contrario al derecho al *juez natural* reconocido en el numeral 1 del artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Caso Castillo Petrucci, párr. 128; en sentido similar Caso Cantoral Benavides, párr. 114).

A su turno, el artículo III de la ley 29182 establece que:

Los delitos de función, de naturaleza y carácter militar policial son tipificados en el Código de Justicia Militar Policial y son *imputables, sólo y únicamente, a militares y policías en situación de actividad*.¹⁷

En la misma línea, el artículo IV de la propia ley 29182 complementa la prohibición anterior estableciendo que:

¹⁷ Las cursivas son nuestras.

El Fuero Militar Policial y el Código de Justicia Militar Policial *no alcanza a ciudadanos civiles, ni en forma directa, ni indirecta, ni análoga*, de conformidad con la Constitución Política del Perú, bajo responsabilidad.¹⁸

De acuerdo con las normas reseñadas y su interpretación por el Tribunal Constitucional y la Corte Interamericana, en ningún caso sería posible atribuir responsabilidad penal a los civiles por un delito de función militar y policial, lo cual conceptual y técnicamente no es plausible.

En efecto, en el asunto Indalecio Pomatanta (competencia 18-2004), la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema estableció como precedente obligatorio que en el caso del delito de función militar policial:

[...] b) que se trata de un *delito de infracción del deber*, en tanto que en este ilícito, por exigencia constitucional, el autor sólo puede ser quien lesiona un deber especial cuyo origen se encuentra fuera del Derecho Penal —concretamente en el Derecho administrativo— y que se muestra a través del tipo penal, vale decir, sólo puede ser cometido por quien ostenta una posición de deber determinada, derivada del ámbito estrictamente militar o policial, radicada en las finalidades, organización y/o funciones de la institución militar o policial; c) que es un *delito especial propio*, en tanto el elemento especial de la autoría: condición de militar o policía que vulnera bienes jurídicos institucionales, opera fundamentando la pena [...] (Fundamento jurídico n.º 6)¹⁹

De este modo, conforme al precedente vinculante de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, el *delito de función militar y policial*, constituye un delito consistente en una *infracción de deber*.²⁰ Siendo ello así, *el autor* de este tipo de injusto siempre será el sujeto sobre el que recae la obligación o el deber especial extrapenal infringido y que fundamenta el injusto; esto es, necesariamente un miembro de las Fuerzas Armadas o la Policía Nacional en situación de actividad (*intraneus*).

En otros términos, el delito de función militar policial nunca podrá imputarse a *título de autor* a los civiles, dado que sobre estos no recae ningún deber especial extrapenal de naturaleza castrense o policial (*extraneus*). Sin embargo, si es posible que un delito de infracción de deber (delito de función militar policial)

¹⁸ Las cursivas son nuestras.

¹⁹ Las cursivas son nuestras.

²⁰ Véase ampliamente sobre esta categoría, SÁNCHEZ-VERA, Javier. *Delito de infracción de deber y participación delictiva*. Madrid: Marcial Pons, 2002.

pueda ser imputado a título de partícipe (instigador o cómplice) a un sujeto sobre el que no recae deber especial alguno (es decir un civil o *extraneus*).²¹

Así, un civil puede participar en un delito de función militar policial, instigando o realizando un aporte al hecho de un militar o policía, es decir, al hecho de un obligado con el deber extrapenal que es infringido.²² Siendo ello así, debemos resolver entonces las siguientes preguntas:

- a) ¿Quién debe juzgar al civil (*extraneus*) partícipe de un delito de función militar o policial?
- b) ¿Con qué norma jurídico penal debe ser juzgado un civil (*extraneus*) partícipe de un delito de función militar o policial?

Dada la prohibición absoluta de que los civiles puedan ser juzgados por tribunales militares y que se les pueda aplicar las normas sustantivas del Código de Justicia Militar—incluso en el caso de los delitos de terrorismo y traición a la patria donde según el TC solo sería admisible la aplicación de normas procesales—, la única posibilidad de sanción a las conductas de participación de los civiles en delitos de función será en el caso de que estos últimos califiquen como *especiales impropios*. En efecto, solo en estos casos el delito de función tendrá un delito correspondiente en el Código Penal que permita la sanción del civil.²³ En todos los demás supuestos, las conductas de participación del civil quedarán impunes. Este es pues uno de los tantos costos institucionales que debemos asumir como consecuencia de mantener un modelo de justicia castrense orgánicamente al margen del Poder Judicial.

²¹ Véanse SÁNCHEZ-VERA, Javier. Ob. cit., pp. 215-230. BACIGALUPO, Silvina. *Autoría y participación en los delitos de infracción de deber*. Barcelona: Marcial Pons, 2007, pp. 121-122. SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos J. «Los delitos consistentes en la infracción de un deber. Particular referencia a los delitos cometidos por funcionarios». En Jesús-María Silva Sánchez y Carlos Suárez. *La dogmática penal frente a la criminalidad en la administración pública*. Lima: Grijley, 2001, pp. 155-165. Entre nosotros, en el mismo sentido, REANO PESCHIERA, José Leandro. «Autoría y participación en delitos especiales de funcionarios públicos cometidos en el marco de organizaciones criminales: un análisis dogmático a partir del delito de asociación ilícita». En César San Martín y otros. *Delitos de tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito y asociación para delinquir*. Lima: Juristas, 2002, pp. 276-279.

²² Esto independientemente de que el artículo 17 del Código de Justicia Militar, aprobado a través del decreto legislativo 961 y publicado en el diario oficial *El Peruano* el 11 de enero de 2006, solo prevea expresamente como partícipes a militares y policías, ya que un mínimo de coherencia con la doctrina de los delitos de infracción de deber obliga a considerar también como posibles partícipes a los civiles (*extraneus*).

²³ En similar sentido, MEINI, Iván. «Observaciones en torno a la parte general del Código de Justicia Militar». *Anuario de Derecho Penal 2001-2002. La reforma del derecho penal militar*, pp. 222-223.

5. Conclusiones

La contienda de competencia resuelta en el caso Chavín de Huantar plantea pues un conjunto de cuestiones problemáticas relacionadas con la *justicia militar policial*, cuya solución se encuentra aún pendiente. Es el caso de: a) el acatamiento de las sentencias del TC respecto del modelo de organización de la justicia castrense y policial, especialmente frente al cumplimiento de las exigencias de autonomía e independencia del Poder Ejecutivo; b) la incertidumbre institucional sobre el órgano competente para resolver las contiendas de competencia entre la justicia militar policial y la justicia civil, generada por el artículo 4 de la ley 29182; y, finalmente, c) el problema de impunidad que plantean algunos supuestos de participación delictiva de civiles en delitos de función militar policial.

La solución a este y otros problemas no abordados en el presente trabajo por razones de límites editoriales, implica necesariamente allanar el camino hacia una discusión genuina entre los sectores civiles y militares concernidos con estas materias. Nos referimos tanto a los operadores de la justicia civil y castrense, académicos, organizaciones no gubernamentales y congresistas. Se debe superar la polarización de las ideas y del discurso, identificando con criterio de relevancia las cuestiones verdaderamente problemáticas. Así, si bien no se puede seguir manteniendo concepciones anacrónicas y contrarias a las exigencias del programa penal de la Constitución en el ámbito de la justicia militar, tampoco se puede pretender deslegitimar por inconstitucional, cuestiones que en estricto solo pertenecen al ámbito de lo político criminalmente debatible y por ende a la esfera de decisión del legislador.

Caso Los Laureles

El concepto *desaparición forzada* en el delito de desaparición forzada de personas

IVÁN MEINI

1. Introducción

La sentencia del 13 de octubre de 2009 emitida por la Sala Penal Nacional (expediente 16-06) en el caso Los Laureles absolvió a los miembros del ejército Brito Gomero, Del Carpio Cornejo, Salazar Cabrera Rosas (como autores mediatos), Rojas García, Valdiviezo Ruiz y Camacllanqui Aburto (como autores inmediatos), de la acusación fiscal por el delito de desaparición forzada de personas (DFP) en agravio de Samuel Reynaldo Ramos Diego y Jesús Licetti Mego, y absolvió también a Hanke Velasco, Del Carpio Cornejo, Salazar Cabrera Rosas (como autores mediatos) y a Rojas García (como autor inmediato) de la correspondiente acusación fiscal por el delito de DFP en agravio de Esaú Cajas Julca.

Los hechos se pueden resumir sucintamente: el 7 de mayo de 1990, personal del I Batallón Contrasubversivo 313 (Los Laureles), con sede en Tingo María, detuvo a las víctimas por presuntos vínculos con grupos terroristas y las trasladó a las instalaciones del mencionado Batallón Contrasubversivo. Pese al reclamo de sus familiares, a las investigaciones que se iniciaron y a las versiones oficiales que señalaban que fueron liberados, nunca más se supo de ellos. La imputación del delito de DFP a quienes ejecutaron las detenciones fue a título de autores inmediatos y la de los mandos superiores por autoría mediata en virtud del dominio de la organización.

Los problemas jurídicos que plantea este caso son diversos. Como problemas de derecho penal material resaltan la necesaria interpretación del delito de DFP y la aplicación temporal de la ley, pues en la fecha en que ocurrieron los hechos el delito de DFP no se encontraba tipificado. Desde el punto de vista procesal, destaca la reconstrucción de un hecho y su valoración probatoria después de diecinueve años de ocurrido. Las siguientes líneas, a la luz de la sentencia del caso Los Laureles, abordan el primero de los problemas anotados y pretenden esclarecer el contenido y significado de DFP en la legislación interna como delito que cometen funcionarios públicos. Para ello se establece el marco de interpretación de la DFP a partir de la normativa internacional de

la cual el Perú es parte (2) y se reivindica la necesaria autonomía que debe tener el delito de DFP frente a otras formas delictivas a menos que quiera considerársele un supuesto agravado de otros delito (3). Sobre esa base se determina en qué consiste el comportamiento típico del delito de DFP según nuestra legislación (4) y también el bien jurídico protegido, lo que permite conceptualizar a la DFP y calificarla como delito de infracción de un deber (5 y 6). Ello condiciona el marco de autoría y participación (7), el momento consumativo del delito (8) y los eventuales concursos en que puede concurrir (9). Se toma en especial consideración el reciente acuerdo plenario 9-2009/CJ-116 emitido en el V Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanentes y Transitorias el 13 de noviembre de 2009, que versa, precisamente, sobre el delito de DFP.

2. El concepto desaparición forzada de personas en la normativa interna y su relación con la regulación internacional

La DFP se tipificó por primera vez en el derecho penal peruano en el artículo 323 del Código Penal de 1991. Incardinado en el capítulo II «Delitos de terrorismo» del título «Delitos contra la tranquilidad pública», el texto original del artículo 323 del Código Penal estipuló una pena privativa de libertad no menor de quince años e inhabilitación para el funcionario o servidor público que privara a una persona de su libertad y ordenara o ejecutara acciones que tuvieran por resultado su desaparición. El 5 de mayo de 1992, un mes después del golpe de Estado del ex presidente Fujimori, mediante decreto ley 25475, el gobierno de turno derogó los delitos de terrorismo que contenía el Código Penal —con la consiguiente derogación del delito de DFP— y tipificó los actos de terrorismo en una Ley Penal Especial en la que no se previó el delito de DFP. Posteriormente, el 26 de junio de 1992, el decreto ley 25592 se encargó de cubrir el vacío, y tipificó el delito de DFP con la misma pena (no menor de quince años de privación de libertad e inhabilitación) y en términos muy similares a los que empleara el Código Penal, agregando, sin embargo, que la desaparición de la persona debía ser *debidamente comprobada*.

En la actualidad, el delito de DFP se regula en el artículo 320 del Código Penal bajo la intitulación de «Delitos contra la humanidad»:

El funcionario o servidor público que prive a una persona de su libertad, ordenando o ejecutando acciones que tengan por resultado su desaparición

debidamente comprobada, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de quince años¹ e inhabilitación, conforme al Artículo 36, incisos 1 y 2.

La Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (CIDFP) considera, en su artículo 2, 2.º párr., a la DFP como:

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

El Estatuto de Roma (ER), por su lado, en su artículo 7, define el delito de DFP como:

[...] la aprehensión, la detención o el secuestro de personas por un Estado o una organización política, o con su autorización, apoyo o aquiescencia, seguido de la negativa a informar sobre la privación de libertad o dar información sobre la suerte o el paradero de esas personas, con la intención de dejarlas fuera del amparo de la ley por un período prolongado.

Una primera comparación entre la normativa interna y el derecho internacional enseña que en ambos casos la DFP se compone de dos actos sucesivos. En el primero de ellos, tanto el derecho interno como el internacional coinciden en ubicar a la privación de la libertad de otra persona. Y en el segundo, mientras que el artículo 2, 2.º párr. de la CIDFP y el artículo 7 del ER se empeñan por dejar en claro que a la privación de libertad le sigue la negativa de informar sobre la situación del detenido de manera que se dificulta o impide su protección jurídica, el artículo 320 del Código Penal demanda la desaparición debidamente comprobada.²

¹ Aun cuando por técnica legislativa no se consigne expresamente el límite legal máximo de la pena, por interpretación sistemática del artículo 29 del Código Penal, que prevé que la pena privativa de libertad temporal es desde dos días hasta treinta y cinco años, se entiende que en este caso la pena es no menor de quince ni mayor de treinta y cinco años.

² En detalle, sobre las características que debe tener el delito de DFP a la luz de la normativa internacional, véase MODOLLEL, Juan Luis. «La desaparición forzada de personas en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos». *Derecho PUCP*, n.º 62, 2009.

En la medida en que tanto la CIDFP como el ER han sido ratificados por el Estado peruano, coexisten, en el sistema jurídico penal, dos definiciones, disímiles, de DFP. Ello obliga a interpretar el tipo penal. Y a hacerlo con arreglo a los instrumentos internacionales. Pues por definición representan compromisos estatales asumidos con la comunidad internacional. A favor de esta propuesta interpretativa que inspira lo que aquí se dirá sobre el delito de DFP se pronuncia no solo la unidad del sistema jurídico, sino también que el modelo de Estado de derecho previsto por la Constitución Política garantiza el derecho a la personalidad jurídica que, como se verá más adelante, es el bien jurídico protegido en el delito de DFP. Se trata, entonces, de interpretar el artículo 320 del Código Penal de conformidad con la Constitución.

3. Autonomía de la DFP frente a otras formas de protección penal. ¿La DFP como delito pluriofensivo?

La sentencia del caso Los Laureles, inspirándose expresamente en la CIDFP, en los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y en la jurisprudencia nacional, concibe a la DFP como un delito pluriofensivo.³ La CIDH ha señalado que la DFP constituye una violación múltiple y continuada de varios derechos protegidos por la Convención Interamericana de Derechos Humanos, y que supone el desconocimiento del deber de organizar el aparato del Estado para garantizar los derechos reconocidos en la Convención.⁴ La misma CIDH ha señalado también que:

La desaparición forzada o involuntaria constituye una de las más graves y crueles violaciones de los derechos humanos, pues no sólo produce una privación arbitraria de la libertad sino que pone en peligro la integridad personal, la seguridad y la propia vida del detenido. Además, le coloca en un estado de completa indefensión, acarreando otros delitos conexos.⁵

Pero la CIDH va más allá, y afirma que con el delito de DFP: «se ve perjudicado el derecho de los familiares de la víctima a las garantías judiciales».⁶

³ Argumento 11 de la sentencia.

⁴ Caso Velásquez Rodríguez, párrs. 155 y 158; Caso Godínez Cruz, párrs. 163 y 166, Caso Blake, párr. 65.

⁵ Caso Blake, párr. 66.

⁶ Caso Blake, párr. 97. No hay que perder de vista que cuando la CIDH se pronuncia sobre los bienes o libertades que protege la DFP, lo hace a la luz de la Declaración Sobre la

La Sala Penal Nacional, en el caso Castillo Páez, siguiendo el derrotero marcado por la jurisprudencia de la CIDH, ha estipulado que

[...] la tipificación de la desaparición forzada busca la protección de una multiplicidad de bienes jurídicos, tales como el derecho a la vida, a la libertad, y a la seguridad de la persona, la prohibición de tratos crueles inhumanos o degradantes, el derecho a no ser arbitrariamente detenido, preso ni desterrado, el derecho a un juicio imparcial y un debido proceso, el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica ante la ley y el derecho a un tratamiento humano de detención entre otros.

En la misma sentencia se puede leer que la expresión «desaparición forzada de personas no es más que el *nomen iuris* para la violación sistemática de una multiplicidad de derechos humanos».

En la misma línea se pronuncia la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente 2488-2002-HC/TC, FJ. 3:

[...] la práctica de la desaparición forzada atenta contra diversos derechos fundamentales. Además de violar la libertad locomotora, impide interponer los recursos legales que permitan proteger los derechos conculcados, lesionando, así, el derecho de acudir a un tribunal a fin de que se decida, a la brevedad, sobre la legalidad de la detención, (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 9.4 y Convención Americana de Derechos Humanos, artículo 7.6). Asimismo, implica, generalmente, actos de tortura y tratos inhumanos y degradantes, por lo que también afecta el derecho a la integridad personal. De igual manera, esta práctica criminosa supone, con frecuencia, la ejecución extrajudicial de los detenidos, y el posterior ocultamiento de sus cadáveres. Lo primero lesiona el derecho a la vida, mientras que lo segundo procura la impunidad del hecho. Así lo ha entendido también la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos [Caso Velásquez Rodríguez, sentencia de fondo, párrafo 155-157].

También en el *Informe Final* de la Comisión de la Verdad y Reconciliación se le otorga a la DFP naturaleza de delito complejo:

Protección de Todas las Personas Contra las Desapariciones Forzadas, fundamentalmente de su artículo 1, y a la luz del artículo 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Es decir, de conceptos preestablecidos que le resultan obligatorios.

Los derechos afectados, como mínimo, son la libertad física, la integridad personal y la privación de un debido proceso al sustraerse a la persona de toda protección legal. Otros derechos pueden ser amenazados o afectados, tales como el derecho esencial a la vida y a la integridad corporal. Por ende, es un delito pluriofensivo que afecta o puede afectar al *núcleo esencial* de derechos de la persona.⁷

Sin embargo, parto aquí de la necesaria autonomía que ha de tener el delito de DFP. Lo que no significa que no pueda ni deba proteger, en mayor o menor medida, algún o algunos bienes jurídicos que ya encuentran tutela en otros tipos penales, pero sí que la protección que brinde el delito DFP sea la que justifique su existencia. Formulado con otras palabras: la autonomía del delito de DFP exige que cubra un vacío y no que sea una mera circunstancia agravante de otro delito,⁸ pues, de ser así, habría que buscar su justificación en la razón de ser del delito que agrava.

En esta línea de argumentación, el bien jurídico protegido en la DFP no es la vida del desaparecido. Es verdad que en muchos casos de DFP el sujeto será asesinado, pero el desvalor que recae sobre dicho acto no se integra en el desvalor de acción del delito de DFP, ya que es posible que el sujeto no muera, o que desaparezca solo durante un lapso de tiempo, corto o largo, pero que sea encontrado luego con vida. Existe además otro argumento en virtud del cual se descarta la vida como bien jurídico: una vez que el sujeto muere (por muerte natural, a consecuencias de las torturas a las que es sometido o es asesinado) no puede considerársele desaparecido. El concepto jurídico de *desaparecido* que aquí interesa no es sinónimo de *desconocimiento del destino del sujeto*, sino de *desconocimiento de su ubicación en tanto sujeto a quien se protege jurídicamente su personalidad*. Una vez producida la muerte, lo único que puede permanecer desaparecido es el cadáver, pero ello no es lo que protege la DFP. Por eso, la determinación de si el sujeto permanece con vida, o si por el contrario ha muerto y cuándo, repercute directamente en la consumación del delito de DFP.

La integridad corporal y/o psíquica tampoco se tutela en la DFP. Es posible que mientras dure la desaparición el sujeto no sea objeto de lesiones, torturas o ataques a su integridad física y/o psíquica. De ser ese el caso, debería admitirse que la lesión a dicho bien jurídico, protegido en el delito de lesiones, tampoco

⁷ COMISIÓN DE LA VERDAD Y RECONCILIACIÓN. *Informe Final*. Lima: CVR, 2003, t. VI, p. 75 s. Las cursivas son del original.

⁸ Ya antes en MEINI, Iván. «Informe Perú». En Kai Ambos (coord.). *Desaparición forzada de personas. Análisis comparado e internacional*. Bogotá: Temis, 2009, p. 118.

se integra en el desvalor propio de la DFP. Que el caso descrito sea una excepción, pues la realidad demuestra que en la gran mayoría de supuestos quien sufre una desaparición forzada suele padecer también algún tipo de agresión física o mental, no autoriza a suscribir la tesis de que la afectación a la integridad física y/o psíquica sea un elemento constitutivo del tipo de lo injusto del delito de DFP. En otras palabras, si cabe cometer el delito de DFP sin lesionar la integridad física y/o psíquica, es porque este bien jurídico no se protege aquí. De ahí que si, en el caso en concreto, se afecta la integridad física y/o psíquica del sujeto, ha de aplicarse la regla del concurso ideal de delitos.

Lo anterior no pierde validez aun cuando se deba admitir que toda DFP implica ya una afectación a la integridad psíquica. No es posible, pues, cometer un delito de DFP sin que ello no afecte, de alguna medida, a la integridad psíquica del sujeto. Pero *esa* afectación forma parte del riesgo típico inherente al delito de DFP, y mientras sin esa afectación no se puede cometer la DFP, no procede la imputación del delito de lesiones.⁹

Un razonamiento similar procede con respecto a la libertad individual, al menos en su faceta de libertad ambulatoria como se entiende en el delito de secuestro. En efecto, si bien es verdad que la DFP suele coincidir temporalmente con un secuestro o una detención arbitraria, no lo es menos que *no debe ser* así ni que el tipo de lo injusto de la DFP así lo exija. Para demostrar esta afirmación, basta recordar que la privación de libertad que se menciona en el artículo 230 del Código Penal que regula la DFP puede surgir como una detención legal. Es el caso de quien es detenido en flagrante delito o por mandado escrito y motivado del juez.

A esta altura del razonamiento es posible postular una *primera conclusión provisional*: el delito de DFP no es pluriofensivo. No protege ni la vida ni la integridad psicofísica.

4. El comportamiento típico en la DFP: la privación de libertad como *presupuesto* del comportamiento típico y no como *elemento* del comportamiento típico

En el texto legal del delito de DFP («funcionario o servidor público que prive a una persona de su libertad, ordenando o ejecutando acciones que tengan por resultado su desaparición debidamente comprobada») se advierten dos

⁹ En detalle, véase MEINI, Iván. «Informe Perú», p. 119.

momentos sucesivos. En el primero se describe la privación de libertad del sujeto que a la postre desaparece, y en el segundo la desaparición propiamente dicha. La tesis que sustento es que el comportamiento típico del delito de DFP, entendido como aquello que la norma penal prohíbe y que por ende se imputa y reprocha, está conformado únicamente por el segundo momento, es decir, por la *desaparición debidamente comprobada*. Qué ha de entenderse por *desaparición debidamente comprobada* es algo que será analizado luego. Ahora interesa que la privación de libertad, el primer momento del delito, no forma parte de lo que el tipo penal desvalora, sino que es el presupuesto o, dicho en otras palabras, el contexto en el cual se puede cometer el delito de DFP. A continuación se intentará demostrar este postulado.

Se ha dicho ya que la privación de libertad puede ser inicialmente lícita (detención judicial o delito flagrante).¹⁰ En tal caso, el comportamiento de quien detiene a otro es *atípico* y el reproche del delito de DFP deberá ubicarse únicamente en la *desaparición debidamente comprobada*. En los supuestos en que la detención es ilegal (por ejemplo, un secuestro o una detención arbitraria), el análisis de la situación no cambia. También aquí el único acto que reprocha la DFP es la desaparición, pues sería absurdo que el comportamiento típico de la DFP variara dependiendo de las circunstancias en que se ejecuta el delito (cuando la detención es ilegal la afectación a la libertad individual sería parte del tipo y cuando es legal no).

Tampoco es posible sostener que el tipo penal de DFP prevé dos modalidades de comisión distintas —una en la que la detención es legal y otras en la que la detención es ilegal—, y afirmar que en el segundo caso la vulneración de la libertad individual se incorpora al comportamiento típico. A ello se opone el principio de proporcionalidad: la misma pena, no menor de quince años de privación de libertad e inhabilitación conforme al artículo 36.1 y 2, procede en ambos supuestos. Y si bien el juez determinará judicialmente la pena atendiendo, entre otros criterios, las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión (artículo 46.5 del Código Penal), en tanto criterio para determinar judicialmente la pena no puede alterar el marco legal de pena ni constituirse en una razón que pueda ser invocada con carácter general como criterio diferenciador entre *distintas formas de comisión del mismo comportamiento típico*.

La tesis que aquí se postula, que entiende que la privación de libertad no forma parte del comportamiento prohibido en el delito de DFP a pesar de su

¹⁰ En el mismo sentido, acuerdo plenario 9-2009/CJ-116, argumento 11. Aunque en estos casos de detenciones originariamente legales, la desaparición, es decir, el no informar sobre la situación y paradero del sujeto, convierte a la detención en ilegal.

expresa mención en el tipo penal, encuentra sustento en la propia sistemática del derecho penal. Por ejemplo, no forma parte del comportamiento prohibido por el delito de apropiación ilícita el recibir la cosa, sino el apropiársela, aun cuando el artículo 190 mencione expresamente que el autor ha de haber recibido el bien. En el caso concreto de la DFP, la inclusión de la privación de la libertad debe ser interpretada como exigencia de prueba del único escenario en el cual es posible desaparecer forzosamente a otra persona. Fuera de él, el comportamiento será siempre atípico. Esta postura permite ofrecer una respuesta adecuada a los casos en los que no es posible vincular la desaparición de la persona con su detención. Es el caso, por ejemplo, de la detención legal por delito flagrante practicada por miembros de la Policía que ponen al sujeto a disposición del juez, y es el personal del juzgado quien lleva a cabo la desaparición cuando el policía ya se ha retirado.

La *segunda conclusión provisional* es que el comportamiento típico del delito de DFP está constituido únicamente por la desaparición del sujeto. La privación de libertad es el presupuesto del comportamiento típico.¹¹ A partir de esta premisa se deducen consecuencias de no poca valía, fundamentalmente en el ámbito de la autoría y participación.

5. La calificación de la DFP en la sentencia del caso Los Laureles como delito de infracción de un deber

La sentencia del caso *Los Laureles* afirma que la DFP es un delito de infracción de deber.¹² Y lo hace, en un primer momento, en la línea de lo sostenido por la defensa del procesado Hanke Velasco, sin definir qué es un delito de infracción de un deber ni distinguirlo de los delitos de dominio:

El delito de desaparición forzada es un delito de infracción de deber porque el autor tiene el deber especial de realizar u omitir ciertas conductas para no lesionar el bien jurídico, y en al [sic] caso de la desaparición forzada específicamente el deber especial de detener, ordenar o informar.

¹¹ Antes en MEINI, Iván. «Informe Perú», p. 120; GALAIN PALERMO, Pablo. «Informe Uruguay». En Kai Ambos (coord.). *Desaparición forzada de personas. Análisis comparado e internacional*. Bogotá: Temis, 2009, p. 159.

¹² En detalles, argumentos 9.3. b de la sentencia.

Sin embargo, esta definición de infracción de un deber llevaría a que todos los delitos sean de infracción de un deber, pues todos tenemos el deber general de no lesionar bienes jurídicos ajenos. Pero también a que todos los delitos sean, además, de dominio, pues todos tendríamos el deber de *realizar u omitir* conductas. Con lo cual, la diferencia entre delitos de infracción de un deber y delitos de dominio se pierde, a lo que sin duda contribuye que la defensa invoque impunemente, para sustentar su tesis de la infracción de un deber, autores que al respecto mantienen posturas distintas.¹³

La argumentación sobre la naturaleza de infracción de un deber del delito de DFP es un poco más extensa en otro lado de la sentencia,¹⁴ pero solo para equiparla al delito especial:

La Desaparición forzada, señala la Corte Suprema, es un delito especial propio, permanente y de resultado, así lo expresa en la Ejecutoria Suprema RN n.º 1598-2007101 cuando fundamenta que «el delito de desaparición forzada de personas tiene como notas características su estructura y modus operandi complejo. Implica no solo la privación de libertad de la persona —sobre la que recae la acción típica— por agentes del estado —así en la concepción limitada de nuestro legislador—, sino también en el ocultamiento sistemático de tal aprehensión para que el paradero de la víctima se mantenga desconocido, lo que permite calificarlo de delito permanente, de resultado, y, esencialmente, especial propio. Para ello asume una actitud negativa a informar sobre el paradero del agraviado (el subrayado es nuestro), con lo que crea y mantiene un estado de incertidumbre acerca de su destino, de suerte que el desaparecido queda fuera del amparo de la ley, así como de toda posibilidad de tutela judicial».

En otras palabras, la DFP sería un delito de infracción de deber porque el autor debe ser un funcionario público.

Estimo que las dificultades presentadas para conceptuar la DFP como delito de infracción de un deber se debe, básicamente, a que no existe acuerdo en la doctrina de qué se ha de entender por infracción de un deber y cómo diferenciarlo de los delitos de dominio. Pero además porque ni siquiera es seguro que la categoría de delito de infracción de un deber deba ser mantenida. Pues si bien una de las bondades de calificar un delito como infracción de un deber es que su imputación precisará tan solo la ejecución de la conducta sin que importe

¹³ Baste con citar a los más conocidos: Roxin y Jakobs.

¹⁴ Al final del punto 9.

quién la lleva a cabo, ya que el deber que determina la autoría consiste precisamente en que dicho comportamiento no se realice, ello no autoriza la calificación de un delito como infracción de un deber. Hacerlo sería tanto como invertir el orden lógico del razonamiento, pues por alcanzar facilidades probatorias y de imputación se calificaría, ad hoc, un delito como de infracción de un deber. Por eso resulta más adecuado, desde el punto de vista de la argumentación jurídica, identificar cuál es el bien jurídico en la DFP y retomar luego lo dicho sobre la estructura típica de la DFP. A ello se dedican las siguientes líneas.

6. La *personalidad jurídica* como bien jurídico protegido: la infracción del deber de informar como desaparición debidamente comprobada

La necesidad de interpretar el tipo penal de la DFP de conformidad con las Convenciones Internacionales que ha suscrito el Perú, a las que anteriormente se ha aludido, cobra ahora importancia. No solo es posible sino también obligatorio dotar de contenido a la locución *desaparición debidamente comprobada* a partir de lo estipulado tanto en la CIDFP como en el ER. Pues siendo dichos instrumentos internacionales parte del derecho interno, la interpretación normativa en estos términos viene impuesta por la necesidad de mantener la unidad del sistema jurídico.

Una desaparición debidamente comprobada no se da cuando el funcionario público, responsable por la detención, o brinda la información que está obligado a proporcionar sobre el paradero y/o situación jurídica del sujeto. El comportamiento típico del delito de DFP es, pues, la infracción del deber de informar que tiene el funcionario público, y que asume por injerencia, al intervenir en la detención, legal o ilegal del sujeto,¹⁵ o cuando sin haber participado materialmente en ella, tiene el deber de cautelar al detenido. En este sentido es que la DFP es un delito de infracción de un deber. En sentido parecido lo antiende la Sala Penal Nacional en el caso Los Laureles:

La sala considera que la infracción de deber tiene que ser entendida en un plano más adecuado al sentido de justicia, vinculado al bien jurídico protegido, al deber básico de *neminem laedere* (no dañar), que en el caso de los miembros de las Fuerzas Armadas y Policiales resulta de mayor exigencia pues debido al cargo

¹⁵ Acuerdo plenario 9-2009/CJ-116, argumento 9.b. Antes, MEINI, Iván. «Informe Perú», p. 122.

que tienen asignado conforme a la Constitución Política del Estado, tienen el deber de protección del ciudadano, por tanto no se espera de ellos que infrinjan dicho deber y lo sustraigan de su ámbito de acción, de su seno familiar y social, y le impidan el libre ejercicio de sus derechos fundamentales, sino que los cuiden, tienen una función de garantes.¹⁶

Lo anterior se puede expresar en otros términos: el delito de DFP sustrae jurídicamente a la víctima de la protección que merece como persona.¹⁷ Esa sustracción jurídica, que se manifiesta con la negativa a informar el paradero y/o la situación jurídica del sujeto, no requiere que en el caso concreto se logre entorpecer, dificultar o impedir la imposición de recursos legales o de garantías procesales a favor del sujeto (por ejemplo, hábeas corpus). La infracción del deber, en realidad, supone, por su propia naturaleza, la posibilidad de que ello suceda.

Basándose en la consideración del delito de DFP como delito de infracción de un deber cuya comisión supone la sustracción jurídica del sujeto, es posible conceptualizar el bien jurídico protegido como la *personalidad jurídica*.¹⁸ La personalidad jurídica abarca el derecho a acceder a los mecanismos legales de protección, incluido el debido proceso, pero se centra en la detracción del sujeto del sistema jurídico que ocurre, no en sentido material, sino en sentido normativo con la omisión de informar.

Sin embargo, el delito de DFP no es, como podría pensarse, un delito omisivo. No al menos en términos normativos. Si bien desde una perspectiva naturalística podría sostenerse que al tratarse de la infracción de un deber el comportamiento típico es uno omisivo, en realidad importa muy poco que el deber de informar el paradero y/o la situación jurídica del sujeto no se cumpla, se cumpla tardíamente, se cumpla de manera parcial o se brinde información falsa o tergiversada. Relevante es que el deber no se cumpla en la forma y plazos en que lo establece la ley. Esta idea se condice plenamente con la naturaleza del deber y permite solventar los casos en que el funcionario público no es emplazado para que cumpla con informar.

¹⁶ Citando a VÉLEZ, Giovanna. *La desaparición forzada de personas y su tipificación en el Código Penal Peruano*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2004.

¹⁷ Véase MONTOYA, Yvan. *La desaparición forzada de personas como delito permanente: consecuencias dogmático penales*. Cuaderno de Trabajo N.º 11. Lima: Departamento Académico de Derecho PUCP, 2009, p. 25; MEINI, Iván. «Informe Perú», p. 121 s.; GALAIN PALERMO, Pablo. «Informe Uruguay», p. 148.

¹⁸ Acuerdo Plenario 9-2009/CJ-116, argumento 12. Antes, MONTOYA, Yvan. *La desaparición forzada de personas como delito permanente: consecuencias dogmático penales*. Cuaderno de Trabajo N.º 11, p. 28.

En efecto, el cumplimiento del deber no se relaja cuando, por ejemplo, nadie se percata de la ausencia del sujeto, o no tiene amistades o parientes que le busquen. El emplazamiento del que pueda ser objeto el funcionario público es tan solo una de las formas de requerimiento que existen. Pero es que ni siquiera es necesario que se le requiera, pues el funcionario se encuentra obligado a cumplir su deber incluso antes de ser emplazado. En caso de que la detención sea legal, el funcionario encargado se encuentra obligado, por injerencia, a consignar la identidad del detenido, su ubicación y los motivos de la detención, antes de cualquier requerimiento y sin necesidad de que este se produzca. En caso de que la detención practicada por el funcionario público sea ilegal, por ejemplo un secuestro, también por injerencia se asume el deber de *reintegrar* al sujeto a la protección jurídica, es decir, de restituirle su personalidad jurídica.

Como delito de infracción de un deber, la DFP solo puede ser cometida por funcionarios o empleados públicos que tienen el deber de informar el paradero y/o la situación jurídica del sujeto. Es, por lo tanto, también un delito especial propio.¹⁹ Sobre las consecuencias que ello genera en orden a la autoría y participación se volverá luego. Ahora interesa determinar en qué momento y cómo se fundamenta la asunción del deber por parte del funcionario público, y hasta qué momento es exigible su cumplimiento.

Sobre lo primero, el deber surge del comportamiento que expresa un compromiso de actuar como garante de la personalidad jurídica del detenido (injerencia) que se da en el contexto de privación de libertad.²⁰ Y ello con independencia de si la privación de libertad es legal o ilegal. Sobre lo segundo, es decir, hasta cuándo resulta exigible el deber, es obvio que dicha exigencia cesa en el momento en que se cumple o que ya no resulta exigible su cumplimiento, cuando el sujeto, o sus restos, aparecen.

Esto, que cobra especial importancia para determinar la consumación del delito, permite sostener que el cumplimiento del deber resulta exigible incluso cuando el sujeto ya no tiene la calidad de funcionario o empleado público, por haber pasado a situación de retiro, dado de baja, o simplemente por haber sido destacado a otra dependencia o habersele encargado una función distinta de aquella en la que asumió el deber.²¹ En estas hipótesis se impone admitir que el deber de informar sobre el paradero y/o la situación jurídica del sujeto, si bien repercute *directamente* en la persona a la que se ha privado de su libertad, compete también a la sociedad. Aquí tiene valía lo manifestado por el Tribunal

¹⁹ Así también se expresa la Sala Penal Nacional en varios puntos de la sentencia.

²⁰ En términos parecidos, el acuerdo plenario 9-2009/CJ-116, argumento 11.

²¹ Así también el acuerdo plenario 9-2009/CJ-116, argumento 15.c

Constitucional sobre el derecho a la verdad,²² en el sentido de que la obligación del Estado de investigar y pronunciarse sobre *todas* las violaciones de derechos humanos tiene rango de *derecho fundamental*, es *imprescriptible* y su titular es la sociedad en su conjunto, pues conocer-qué-paso es un requisito imprescindible del modelo de organización democrática y del Estado de derecho. Expresado en otras palabras, a partir del reconocimiento del derecho a la verdad es posible entender que la obligación de informar que tiene el funcionario público se mantiene mientras subsista el derecho de la sociedad de conocer si y cómo se violaron los derechos humanos, o lo que es lo mismo, mientras el Estado esté obligado a explicar si y cómo ocurrieron dichas violaciones.

De ahí que sea factible sostener que si bien la obligación de informar sobre el paradero y/o la situación jurídica del sujeto surge mientras se ejerce el cargo de funcionario o empleado público, toda vez que solo desde dicha posición se puede asumir por injerencia el mencionado deber, una vez asumido, pasa a integrar el conjunto de deberes que tiene el sujeto como ciudadano, y no como funcionario público.

7. Autoría y participación

LA DFP es un delito especial propio. Las limitaciones que ello genera en el ámbito de la participación criminal son conocidas. Aquí se destaca simplemente que la exigencia de que el autor del delito de DFP sea un funcionario o empleado público no se satisface con la constatación de la mencionada calidad en el sujeto, sino que requiere, además, que sea competente para informar sobre el paradero y/o situación jurídica del sujeto. No cualquier funcionario público puede, entonces, ser autor del delito. Cualquiera puede, sí, al menos según la jurisprudencia nacional, partidaria de la teoría de la unidad del título de imputación y por lo tanto de la responsabilidad del *extraneus* en delitos especiales, ser cómplice del delito.

Más allá de ello, habiéndose descartado que la privación de libertad que menciona el artículo 320 del Código Penal sea parte del comportamiento típico, resulta totalmente irrelevante, frente a la sanción que recae sobre el autor del DFP, quién o quiénes intervienen en la detención. Ello, en su caso, y según se verá cuando se analicen los concursos de delitos, dará lugar al delito de secuestro. Sin embargo, que la privación de libertad sea solo el presupuesto

²² Sentencia del TC de fecha 18 de marzo de 2004, expediente 2488-2002-HC/TC. Caso Villegas Namuche.

del comportamiento típico no impide que quien participa en ella pueda responder como cómplice en el delito de DFP. Pues nada impide —es más, la realidad demuestra que normalmente es así— que tanto la privación de la libertad como la desaparición propiamente dicha sean partes de un mismo operativo, plan o estrategia. En tal caso solo queda aplicar las reglas generales sobre intervención criminal, con la única limitante de que por más que quien interviene en la detención sea un funcionario público, si no tiene la obligación de informar sobre el paradero y/o situación del sujeto, no podrá responder como autor del delito. Será, según lo visto, cómplice de la DFP y autor de secuestro agravado por actuar como funcionario público (artículo 152.3 del Código Penal).

En el delito de DFP caben, por lo demás, todas las formas de autoría: directa, coautoría y mediata. El requisito, como se viene insistiendo, es que el o los autores detenten el deber de informar. Especial importancia adquiere la ejecución del delito de DFP a través de otro en la modalidad de autoría mediata por dominio de la organización. Esta posibilidad fue sostenida por el Ministerio Público en el caso Los Laureles, y admitida como posible por la Sala.²³ Y, como se aprecia en dicho fallo, el que los ejecutores de la desaparición respondan como autores materiales del delito, no impide que el hombre de atrás, en quien recae también el deber de informar, lo haga pero como autor mediato.²⁴

Al ser la DFP un delito que requiere que se mantenga la desaparición de la persona por algún lapso de tiempo, se admite la intervención criminal mientras perdure el estado antijurídico. De ahí que no sea necesario que los autores o partícipes intervengan desde el inicio de la ejecución para que respondan penalmente. Es el caso, por ejemplo, del oficial que asume el mando de una dependencia policial o militar en la que se viene cometiendo un delito de DFP y él, a pesar de estar obligado, niega la presencia del detenido. Aquí el oficial reemplazado empezó a cometer el delito desde que le era exigible el cumplimiento del deber de informar el paradero y/o situación jurídica del detenido, el reemplazante lo comete desde que asume el deber y ambos lo siguen cometiendo hasta que no cumplan el deber.

Una situación particularmente interesante en la sentencia del caso Los Laureles es la posibilidad de admitir que un militar en situación de retiro pueda seguir siendo considerado autor del delito de DFP. El eventual problema vendría generado por el principio de legalidad, pero si se admite que también el personal

²³ Sentencia, argumento 9.1.

²⁴ En detalle, véase MEINI, Iván. *El dominio de la organización en derecho penal*. Lima: Palestra Editores, 2008, p. 24 s.

en situación de retiro es funcionario público no existe inconveniente alguno en imputar el delito. Y esta idea no supondría construir un concepto particular de funcionario o servidor público para el delito de DFP.²⁵ Sin embargo, si no se pierde de vista que el bien jurídico protegido es la personalidad jurídica (y no el correcto ejercicio de la administración pública), que se trata de un delito de infracción de un deber y de consumación instantánea, la condición de funcionario público se requiere solo para asumir el deber. Una cosa es asumir el deber en tanto funcionario público, pues solo si es funcionario público se puede acceder por injerencia al deber. Pero otra cosa, distinta, es la forma en que dicho deber se impregna y acompaña a su portador: se trata de un deber que se puede cumplir después de pasar a situación de retiro o ser expulsado de las Fuerzas Armadas,²⁶ y además vincula al sujeto con el sistema de protección de derechos humanos y no solo con la administración pública. En estos casos el sujeto mantiene un deber específico sobre el suceso, de carácter extrapenal respecto al sujeto privado de la libertad, dada la posición de proximidad fáctica con respecto a la vulnerabilidad del bien jurídico.²⁷

8. Consumación

Es doctrina prácticamente unánime y jurisprudencia unánime aquella que indica que el delito de DFP es de consumación permanente.²⁸ También los instrumentos internacionales que el Perú ha suscrito se decantan por la naturaleza permanente del delito. Ello se explicaría en un afán por vincular a los Estados miembros en la investigación y persecución de los casos de DFP, haciendo que la prescripción del delito no opere mientras el sujeto siga desaparecido, pero es manifiesta la confusión en la que se incurre. En todo caso, si se admite la imprescriptibilidad de los delitos contra los derechos humanos, la razón de ser de la permanencia debe encontrarse en otro lugar.

Para la postura mayoritaria que entiende que la privación de la libertad constituye el inicio de la ejecución del delito de DFP, no hay problema en

²⁵ Para lo cual no habría problema, pues la DFP no es un delito contra la administración pública.

²⁶ Y esta es una de las diferencias frente a los deberes funcionariales propios de los delitos contra la administración pública, que solo se pueden cumplir mientras se ejerza el cargo público.

²⁷ Véase MOTOYA, Yvan. *La desaparición forzada de personas como delito permanente: consecuencias dogmático penales*. Cuaderno de Trabajo N.º 11, *passim*.

²⁸ Véase solo el acuerdo plenario 9-2009/CJ-116, considerandos 14 y 15.

afirmar que es ahí donde se inicia la tentativa. De manera que la *desaparición debidamente comprobada*, y ello con independencia del significado que se le otorgue a dicha locución, determina la consumación del delito pero no su punición. Esta situación es una razón más para descartar que la detención sea parte del comportamiento que se desvalora en la DFP: si se asume que la tentativa de DFP constituye un delito consumación de secuestro, la DFP debería ser una circunstancia agravante del secuestro. Pero, en todo caso, sirve también para llamar la atención sobre la naturaleza permanente del delito de DFP, pues la desaparición, si bien empieza en un momento determinado, no cesa inmediatamente, sino que perdura en el tiempo tanto como la voluntad del autor lo quiera. Es verdad. Pero, probablemente, a partir de dicha premisa no se pueda concluir que el delito es de consumación permanente.

Si se comparte lo dicho con respecto a: que el bien jurídico protegido en el delito de DFP es la personalidad jurídica (faceta individual) pero su tutela interesa a la colectividad (faceta colectiva); su naturaleza como delito de infracción de un deber; que el comportamiento típico lo constituye la infracción del deber de informar el paradero y/o situación jurídica del sujeto; y, que la privación de libertad es solo el presupuesto del delito, debería aceptarse luego que el delito de DFP se consuma instantáneamente. Tres son las razones.

En primer lugar, que la consumación es un concepto formal que hace referencia a la concurrencia de los elementos del tipo y, como tal, posibilita la aplicación de la pena dentro de sus márgenes legales. Todo aquello que queda fuera de la consumación, es decir, lo que ocurra luego de consumado el delito, no puede fundamentar el castigo, solo permitirlo (condiciones objetivas de punibilidad). Así, la consumación del delito indica también que la norma penal ha sido vulnerada en toda su integridad. Por lo mismo, cuando se afirma que los delitos permanentes se siguen consumando durante el lapso de tiempo que dura el estado antijurídico que mantiene el autor por su voluntad, en realidad se incurre en una imprecisión, pues el delito ya se consumó desde el primer momento en que se inició el estado antijurídico. Que el estado antijurídico perdure mucho o poco tiempo es algo irrelevante para la consumación; relevante es, sí, su existencia, aunque sea instantánea.²⁹ Esto se aprecia con meridiana claridad en el delito de DFP: la desaparición ocurre de manera instantánea desde que el autor incumple su deber de informar. Que *siga* incumpliendo su deber durante una semana, un mes, un año o más, no enerva que ya consumó el delito.

²⁹ Véase MONTROYA, Yvan. *El delito de desaparición forzada de personas como delito permanente: consecuencias dogmático penales*. Cuaderno de Trabajo N.º 11, p. 12.

En segundo lugar, cuando la tesis del delito permanente señala que el estado antijurídico es mantenido por el autor voluntariamente y por esa razón la consumación termina cuando cesa la permanencia, lo que hace en realidad es *imputarle* el mantenimiento del estado antijurídico porque el autor domina dicho escenario. Si se asume, como procede la doctrina mayoritaria, que después de la consumación del delito nada cabe imputar al sujeto, parece lógico que se retrase el final de la consumación hasta que cese el estado antijurídico cuya permanencia se le imputa al sujeto. Sin embargo, es posible pensar en otra explicación: si, efectivamente, como aquí se asume, el delito de DFP es uno de consumación instantánea, no por eso se debe negar que tiene efectos permanentes ni afirmar que se trata de un delito de Estado. Por el contrario, cabe entender que si el mantenimiento del estado antijurídico es atribuible al sujeto (sobre eso no hay discusión) debe imputársele también todas las consecuencias que de ello se deriven. Una de ellas es que el plazo de prescripción no empiece a computarse antes de que cese la permanencia. El artículo 82.4 del Código Penal expresamente se coloca en esta situación («los plazos de prescripción de la acción penal comienzan [...] en el delito permanente a partir del día en que cesa la permanencia»). Si esto conlleva una revisión de la teoría del *iter criminis* y de la consumación es algo que ahora no puede ser abordado.

Y, en tercer lugar, lo mencionado en el párrafo anterior viene avalado por el hecho de que el deber funcional, cuya infracción sanciona el delito de DFP, es exigible hasta que se cumple o hasta que su cumplimiento sea posible. Mientras ello no ocurra, el cumplimiento del deber *sigue siendo exigible* y el estado antijurídico —la desaparición de la víctima— se mantiene.

Según el razonamiento seguido, el delito de DFP es un delito de mera actividad, pues no exige algún resultado separable espacial y temporalmente del comportamiento, sino, tan solo, la negativa de informar. Por lo mismo, parece difícil admitir la tentativa. No porque se trate de un delito de mera actividad, sino porque la detención, si es ilegal, quedará íntegramente subsumida en el tipo penal de secuestro agravado.

Por lo demás, apostar porque el delito de DFP es uno de consumación instantánea pero cuyos efectos permanentes se imputan al sujeto, permite, exactamente igual que la tesis del delito permanente, ofrecer un argumento de valía para enfrentar los casos en que la desaparición empezó antes de la tipificación del delito. Aquí, si bien por mandato del principio de legalidad no es posible imputar la comisión del delito de DFP antes de su entrada en vigencia, sí lo es a partir del momento en que empezó a regir, aun cuando el comportamiento haya sido iniciado con antelación. La razón no es otra que la

que explica los cambios normativos en el tiempo, a saber, la valoración siconormativa que recae sobre el hecho: cuando se decidió tipificar el delito de DFP se expresó una desvaloración que antes no existía; si el sujeto continúa comportándose como antes, cuando ahora su conducta es de riesgo prohibido para un bien jurídico, no hay razón alguna para no imputar la comisión del delito a partir de la vigencia de aquella nueva valoración siconormativa, es decir, desde la tipificación del delito.

9. Consideraciones concursales

Lo que se pueda decir en materia de concursos de delitos y leyes viene condicionado por la interpretación que se ofrezca del delito de DFP. De manera que, teniendo en cuenta lo dicho, se concluye, en primer lugar, que entre un delito de DFP y uno de secuestro no es posible un concurso aparente de leyes. No rige aquí el principio en virtud del cual la ley especial prima sobre la general, pues no es esa la relación que existe entre uno y otro. No se insistirá más en que la privación de la libertad es el presupuesto del delito de DFP y no un elemento del comportamiento típico, pero esa es la razón por la que si a la detención ilegal del sujeto le sigue su *desaparición debidamente comprobada*, se trata de un concurso de delito, que será un concurso *ideal*, en la medida en que el sujeto permanezca secuestrado mientras el funcionario público encargado sigue sin cumplir su deber de informar (concurso ideal entre dos delitos de efectos permanentes).

Con el delito de lesiones o de tortura es posible tanto el concurso *ideal* como el concurso real. El primero sucederá cuando se le causen lesiones o se torture al sujeto mientras permanece desaparecido. Lo segundo, concurso *real* de delitos, puede darse si las lesiones o la tortura se practican antes de la omisión del deber de informar. Por supuesto, no debe descartarse un concurso de delitos entre lesiones o tortura, secuestro y desaparición forzada de personas.

Por último, las relaciones concursales entre homicidio y DFP se limitan a dos modalidades. La primera es de *concurso real*, pues ahí donde se termina con la vida del desaparecido no cabe seguir hablando de lesión a su personalidad jurídica. Ello descarta no solo el concurso ideal, pues es imposible que con el mismo acto se cometan ambos delitos, sino que la perpetración del delito de homicidio marcará la terminación del estado antijurídico que mantiene el autor de la desaparición o, dicho en otros términos, la sustracción jurídica del sujeto que implica la DFP presupone que tenga derecho a ser reintegrado a la protección jurídica.

La segunda posibilidad de relacionar la DFP y el homicidio es que este se cometa para ocultar aquel. El asesinato que regula el artículo 108.2 del Código Penal así lo permite (el que mata a otro para ocultar *otro* delito). Al encontrarse específicamente regulado, este particular caso de concurso *real* no requiere acudir a las reglas generales del concurso de delito.

Tratamiento de la prueba en el delito de desaparición forzada: especial referencia a la prueba indiciaria

LUIS VARGAS

1. Introducción

La doctrina es consistente en señalar el proceso como el instrumento utilizado por el Estado para resolver el o los conflictos generados por el delito y permitir la materialización, tanto de los derechos y garantías constitucionales como del derecho penal. La finalidad del proceso es alcanzar la verdad, aunque los especialistas no coinciden en si ello es consecuencia de la obligación que tiene el Estado de buscar la verdad o si la verdad se alcanza en el proceso gracias a una actividad de construcción o reconstrucción de esta, lo que se logra gracias a la actividad probatoria.

Alcanzar la verdad, a través del proceso penal, es de interés no solo para las partes o el Estado, sino en general para la sociedad, especialmente si se trata de delitos que afectan bienes jurídicos de gran trascendencia, o que afectan la institucionalización del Estado, o que hayan sido perpetrados aprovechándose de los aparatos estatales.

Para llegar a establecer lo que sucedió en el pasado es necesario reconstruir —a través de la actividad probatoria— el acontecimiento histórico de los hechos que originaron la transgresión de la norma penal, a efectos de establecer la forma y circunstancias como acontecieron estos, individualizar tanto a los autores y partícipes, establecer los móviles, las circunstancias tanto agravantes como atenuantes, e identificar a las víctimas.

Sin embargo, la búsqueda de la verdad no puede realizarse de cualquier manera. Es preciso llegar a ella mediante una investigación lícita que garantice la primacía de los principios y valores constitucionales y el respeto de los derechos fundamentales, tanto del imputado como de las partes.

En la medida en que el juez se encuentra vinculado a la Constitución, a los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos, políticos y sociales y a la ley es su deber ser minucioso y prolijo en la actividad probatoria, a fin de garantizar tanto la incorporación de medios probatorios válidos (esto es acorde con los principios de legalidad, inmediación, oralidad y contradicción), como la debida valoración de estos.

Al respecto el proceso penal peruano, al igual que el modelo eurocontinental, sigue el sistema de libre valoración o también llamado *de sana crítica*. Este sistema establece que si bien el juez cuenta con plena libertad de evaluación y convencimiento, sin embargo, exige de él que las conclusiones que lo lleven a la decisión final (sentencia), sean fruto racional de las pruebas actuadas, debiendo además plasmar debidamente el método de raciocinio utilizado (obligación a la fundamentación).

Obviamente, el juez solo puede valorar aquellas pruebas que hayan sido actuadas conforme a la normatividad constitucional. Al respecto, el Tribunal Constitucional¹ ha señalado que una prueba es constitucional si guarda ciertas características, entre las que destacan la pertinencia, idoneidad, utilidad y legalidad, entre otras. Consideramos necesario recordar que en dicho concepto se incorporan también los derechos garantizados en los instrumentos

¹ Así lo ha señalado el Tribunal Constitucional en la STC 01014-2007-HC/TC y en la STC 06712-2005-HC/TC. En esta última sentencia, se señala expresamente lo siguiente: «Así, entre otros, el medio probatorio debe contar con:

Pertinencia: exige que el medio probatorio tenga una relación directa o indirecta con el hecho que es objeto de proceso. Los medios probatorios pertinentes sustentan hechos relacionados directamente con el objeto del proceso.

Conducencia o idoneidad: el legislador puede establecer la necesidad de que determinados hechos deban ser probados a través de determinados medios probatorios. Será inconducente o no idóneo aquel medio probatorio que se encuentre prohibido en determinada vía procedimental o prohibido para verificar un determinado hecho.

Utilidad: se presenta cuando contribuya a conocer lo que es objeto de prueba, a descubrir la verdad, a alcanzar probabilidad o certeza. Sólo pueden ser admitidos aquellos medios probatorios que presten algún servicio en el proceso de convicción del juzgador, mas ello no podrá hacerse cuando se ofrecen medios probatorios destinados a acreditar hechos contrarios a una presunción de derecho absoluta; cuando se ofrecen medios probatorios para acreditar hechos no controvertidos, imposibles, notorios, o de pública evidencia; cuando se trata de desvirtuar lo que ha sido objeto de juzgamiento y ha hecho tránsito a cosa juzgada; cuando el medio probatorio ofrecido no es el adecuado para verificar con él los hechos que pretenden ser probados por la parte; y, cuando se ofrecen medios probatorios superfluos, bien porque se han propuesto dos medios probatorios iguales con el mismo fin (dos pericias con la finalidad de acreditar un mismo hecho) o bien porque el medio de prueba ya se había actuado antes.

Licitud: no pueden admitirse medios probatorios obtenidos en contravención del ordenamiento jurídico, lo que permite excluir supuestos de prueba prohibida.

Preclusión o eventualidad: en todo proceso existe una oportunidad para solicitar la admisión de medios probatorios, pasado dicho plazo, no tendrá lugar la solicitud probatoria.

A partir básicamente de esta última exigencia, corresponde analizar qué sucede en el caso nacional con relación a los plazos en las solicitudes probatorias».

La STC 06712-2005-HC/TC corresponde al caso Magaly Medina Vela y Ney Guerrero Orellana, del 17 de octubre de 2005, fundamento 26. Versión electrónica: <<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/06712-2005-HC.html>>.

internacionales de protección de los derechos humanos, políticos y civiles suscritos y ratificados por nuestro país.

Si bien en algunos casos la reconstrucción de los hechos será más fácil gracias a las denominadas *pruebas directas*, que permiten al juzgador recrear (como en un texto de historia) la conducta ilícita observada por el imputado; sin embargo, ello no siempre es posible, máxime si nos encontramos ante delitos perpetrados a través de organizaciones delictivas o si estas se encuentran enquistadas en el propio aparato del Estado y utilizan precisamente los servicios de seguridad o de mantenimiento del orden interno, no solo para perpetrar delitos, sino también para evitar el esclarecimiento de ellos. En estos casos es menester recurrir a la prueba indiciaria o indirecta, que en realidad es un método racional en el que se acreditan una serie de eventos (denominados *indicios*), que si bien no se encuentran referidos directamente al acontecimiento materia del proceso, sin embargo, a través de un juicio o razonamiento de inferencia lógica, nos lleva como conclusión unívoca a probar o acreditar los hechos materia de proceso.

En el sistema procesal peruano no hay ninguna graduación o diferencia valorativa entre prueba directa y prueba indirecta sino que las dos están en un plano absoluto de igualdad. En efecto, el artículo 158, inciso 3 del Código Procesal Penal² establece que para la valorización de la prueba por indicios se requiere: a) que el indicio esté probado; b) que la inferencia esté basada en reglas de la ciencia o la experiencia; y, c) que cuando se trate de indicios contingentes, estos sean plurales, convergentes y concordantes y que no se presenten conindicios consistentes. Por su parte, el artículo 283 del Código de Procedimientos Penales³ se refiere a la valoración razonada en conciencia de todas las pruebas practicadas en el plenario, por lo tanto se está refiriendo a las pruebas de cargo ya sean de naturaleza directa o indiciaria como a las de descargo.

² Código Penal de 2004, artículo 158, numeral 3:

«[...]»

3. La prueba por indicios requiere:

a) Que el indicio esté probado.

b) Que la inferencia esté basada en las reglas de la lógica, la ciencia o la experiencia.

c) Que cuando se trate de indicios contingentes, éstos sean plurales, concordantes y convergentes, así como para que no se presenten conindicios consistentes».

³ Código de Procedimientos Penales, artículo 283: «Los hechos y las pruebas que los abonen serán apreciados con criterio de conciencia. Tratándose de declaraciones obtenidas en los procedimientos por colaboración eficaz, para que el juez dicte sentencia condenatoria e, inclusive, cualquier medida cautelar, resulta indispensable que las informaciones que proporcionen los colaboradores estén corroboradas con elementos de prueba adicionales que acrediten fehacientemente las imputaciones formuladas».

Todo ello debe ser valorado de forma crítica para llegar, si es posible, al juicio de certeza sobre un contenido incriminatorio objetivado en los hechos probados.

La prueba indiciaria es tan garante como la prueba directa y probablemente más, por el plus de motivación que exige, lo que en la práctica permite un mejor control del razonamiento del Tribunal tanto de la valoración de la prueba como de las conclusiones que sustenten la sentencia.

2. La prueba indiciaria en la jurisprudencia de la Corte Suprema

Nuestra Corte Suprema ha venido desarrollando, a través de la jurisprudencia producida en los últimos años, una serie de conceptos y principios referidos a la prueba por indicios. Así en la ejecutoria suprema vinculante, recaída en el recurso de nulidad 1912-2005/Piura,⁴ de fecha 6 de septiembre de 2005, se establece lo siguiente:

[...] Cuarto: Que, según lo expuesto inicialmente, la Sala sentenciadora sustentó la condena en una evaluación de la prueba indiciaria, sin embargo, como se advierte de lo expuesto precedentemente, no respetó los requisitos materiales legitimadores, única manera que permite enervar el derecho a la presunción de inocencia; que sobre el particular, por ejemplo, se tiene lo expuesto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en doctrina que se comparte, que la prueba por indicios no se opone a esa institución [Asuntos Pahm Hoang contra Francia, sentencia del veinticinco de setiembre de mil novecientos noventa y dos y Telfner contra Austria, sentencia del veinte de marzo de dos mil uno]; que en efecto, materialmente, los requisitos que han de cumplirse están en función tanto al indicio, en sí mismo, como a la deducción o inferencia, respecto de los cuales ha de tenerse el cuidado debido, en tanto que lo característico de esta prueba es que su objeto no es directamente el hecho constitutivo del delito, tal y como está regulado en la ley penal, sino otro hecho intermedio que permite llegar al primero por medio de un razonamiento basado en el nexo causal y lógico

⁴ Mediante acuerdo plenario 1-2006/ESV-22, con fecha 13 de octubre de 2006, el Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia declaró que el fundamento cuarto de la sentencia recaída en el recurso de nulidad 1912-2005/Piura constituye precedente vinculante. La ejecutoria fue resuelta el 6 de septiembre de 2005 por los vocales supremos Sivina Hurtado, San Martín Castro, Palacios Villar, Lecaros Cornejo y Molina Ordóñez.

existente entre los hechos probados y los que se tratan de probar; que, respecto al indicio, (a) éste —hecho base— ha de estar plenamente probado —por los diversos medios de prueba que autoriza la ley—, pues de lo contrario sería una mera sospecha sin sustento real alguno, (b) deben ser plurales, o excepcionalmente únicos pero de una singular fuerza acreditativa, (c) también concomitantes al hecho que se trata de probar —los indicios deben ser periféricos respecto al dato fáctico a probar, y desde luego no todos los son—, y (d) y deben estar interrelacionados, cuando sean varios, de modo que se refuercen entre sí y que no excluyan el hecho consecuencia —no sólo se trata de suministrar indicios, sino que estén imbricados entre sí—; que es de acotar que no todos los indicios tienen el mismo valor, pues en función a la mayor o menor posibilidad de alternativas diversas de la configuración de los hechos —ello está en función al nivel de aproximación respecto al dato fáctico a probar— pueden clasificarse en débiles y fuertes, en que los primeros únicamente tienen un valor acompañante y dependiente de los indicios fuertes, y solos no tienen fuerza suficiente para excluir la posibilidad de que los hechos hayan ocurrido de otra manera —esa es, por ejemplo, la doctrina legal sentada por el Tribunal Supremo Español en la Sentencia del veinticinco de octubre de mil novecientos noventa y nueve que aquí se suscribe—; que, en lo atinente a la inducción o inferencia es necesario que sea razonable esto es que responda plenamente a las reglas de la lógica y de la experiencia, de suerte que de los indicios surja el hecho consecuencia y que entre ambos exista un enlace preciso y directo. [...]

Existe pues doctrina jurisprudencial consolidada de nuestra Corte Suprema, en el sentido de que para juzgar acerca de la culpabilidad del acusado es posible tener en consideración tanto las llamadas *pruebas directas* —de las que surge naturalmente el conocimiento del hecho cuya demostración se intenta por la Fiscalía—, como las denominadas *pruebas indirectas* o *indiciarias* —aquellas de las que nace la certeza de un hecho del que se infiere, en concatenación lógica, la realidad de otro hecho que era precisamente aquel que se intentaba comprobar, y que inicialmente no resultaba acreditado en forma directa—, aunque como es obvio en este último caso se imponen un conjunto de requisitos o presupuestos materiales y procesales que es del caso respetar acabadamente.

La prueba por indicios tiene lugar, en consecuencia, cuando el hecho objeto de prueba no es el constitutivo del delito sino otro intermedio que permite llegar a él por inferencia lógica. Por lo demás, la Corte Interamericana de Derechos Humanos tiene expuesto que:

La práctica de los tribunales internacionales e internos demuestra que la prueba directa, ya sea testimonial o documental, no es la única que puede legítimamente considerarse para fundar la sentencia. La prueba circunstancial, los indicios y las presunciones, pueden utilizarse, siempre que de ellos puedan inferirse conclusiones consistentes sobre los hechos.⁵

3. La prueba indiciaria en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional

De la misma manera, la prueba indiciaria goza de reconocimiento constitucional. En efecto, el Tribunal Constitucional tuvo la oportunidad de señalar, en el caso Llamoya Hilares,⁶ que el juez puede utilizar la prueba indiciaria para sustentar una sentencia condenatoria, pero está obligado a darle el tratamiento correspondiente para poder enervar la presunción de inocencia del imputado.

En consecuencia, no basta con que el juez señale que la conclusión a la que arriba responde a las reglas de la lógica, las máximas de la experiencia o a los conocimientos científicos, pues dicho razonamiento debe estar exteriorizado en la resolución que contiene.

Si el juez no realiza ese trabajo, el Tribunal Constitucional considera que es válido ejercer cierto control constitucional, incluso de las máximas de la experiencia, pues de lo contrario «[...] cualquier conclusión delirante sería invulnerable, convirtiéndose así en una paradójica garantía de discrecionalidad judicial incontrolada [...]» (Fundamento jurídico n.º 27).

⁵ SCIDH, del 29 de julio de 1998, asunto Velásquez Rodríguez *vs.* Honduras, párrafo 130.

⁶ STC 00728-2008-PHC/TC. En el fundamento 25 se señala: «Bajo tal perspectiva, si bien el juez penal es libre para obtener su convencimiento porque no está vinculado a reglas legales de la prueba y, entonces, puede también llegar a la convicción de la existencia del hecho delictivo y la participación del imputado, a través de la prueba indirecta (prueba indiciaria o prueba por indicios), será preciso empero que cuando ésa sea utilizada, quede debidamente explicitada en la resolución judicial; pues no basta con expresar que la conclusión responde a las reglas de la lógica, las máximas de la experiencia o a los conocimientos científicos, sino que dicho razonamiento lógico debe estar debidamente exteriorizado en la resolución que lo contiene. Y el fundamento 26 complementa: justamente, por ello, resulta válido afirmar que si el juez puede utilizar la prueba indirecta para sustentar una sentencia condenatoria, y si ésta, a su vez, significa la privación de la libertad personal, entonces, con mayor razón, estará en la obligación de darle el tratamiento que corresponde; sólo así se podrá enervar el derecho a la presunción de inocencia, así como se justificará la intervención al derecho a la libertad personal [...]».

Asimismo el Tribunal Constitucional considera, al igual que lo hace la jurisprudencia de la Corte Suprema, que lo mínimo que debe observarse para la aplicación de la prueba indiciaria son los siguientes elementos:

[...] el hecho base o hecho indiciario, que debe estar plenamente probado (indicio); el hecho consecuencia o hecho indiciado, lo que se trata de probar (delito) y entre ellos, el enlace o razonamiento deductivo. Este último, en tanto que conexión lógica entre los dos primeros debe ser directo y preciso, pero además debe responder o sujetarse plenamente a las reglas de la lógica, a las máximas de la experiencia o a los conocimientos científicos [...] (Fundamento jurídico n.º 26)

El razonamiento probatorio por indicios, desde el punto de vista del Tribunal Constitucional, exige por tanto: a) que entre los indicios y la conclusión exista una regla de la lógica, máxima de la experiencia o conocimiento científico; y, b) que el razonamiento esté debidamente explicitado y reseñado en la sentencia (Fundamento jurídico n.º 27).

El Tribunal Constitucional no admite la posibilidad de que el juez emita una sentencia de condena si antes no explica el procedimiento del razonamiento lógico que le permitió llegar a esa conclusión. Por lo tanto, el juez se encuentra obligado a explicitar en su sentencia cuál o cuáles son los indicios que se estiman probados y cuál o cuáles son los hechos que hay que probar.

Además, el Tribunal señala que se le debe exigir al juez que en su sentencia se encuentre explicitado qué regla de la lógica, máxima de la experiencia o qué conocimiento científico han sido utilizados, y si hubiera varios de estos, por qué se ha escogido a uno de ellos.

4. Valoración de la prueba indiciaria en el delito de desaparición forzada

A efectos de determinar los elementos que deberán ser tomados en cuenta tanto por las partes en la actividad probatoria, como sobre todo por el juez al momento de evaluar esta y desarrollar el proceso de análisis lógico utilizado para llegar a las conclusiones que sustentan su fallo (las que como hemos señalado deben estar debidamente explicitadas en la sentencia como materialización de la garantía de la fundamentación de las resoluciones judiciales), es necesario tener en cuenta el objeto de la prueba que, como en todo proceso, lo constituye tanto la comisión del delito así como el nivel de participación del imputado.

En tal sentido resulta pertinente tener en cuenta que en el delito de desaparición forzada, la conducta típica consiste en la privación de la libertad de la víctima, ordenando o ejecutando acciones que tengan por resultado su desaparición debidamente comprobada. El comportamiento delictivo así configurado contiene un elemento objetivo: desaparición debidamente comprobada. «[...] el tipo penal no contiene elementos que permitan entender cuáles son los alcances de dicha frase, la que, además es de imposible verificación en un proceso penal [...]»⁷, lo que conlleva a la interpretación, dada su ofensividad antes anotada, teniendo como criterio los instrumentos internacionales de los cuales el Perú es parte. Entre ellos tenemos los siguientes.

La Convención Interamericana sobre la Desaparición Forzada de Personas, cuyo artículo II establece:

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

El Estatuto de Roma, en cuyo artículo 7 se define el delito de desaparición forzada como:

[...] la aprehensión, la detención o el secuestro de personas por un Estado o una organización política, o con su autorización, apoyo o aquiescencia, seguido de la negativa a admitir tal privación de la libertad o dar información sobre la suerte o el paradero de esas personas, con la intención de dejarlas fuera del amparo de la ley por un período prolongado [...]

Ahora bien, la valoración probatoria en los procesos por dichos ilícitos debe realizarse con especial cuidado, toda vez que, como bien lo señala Rivera

⁷ IDEHPUCP. *Boletín Especializado*, n.º 5, 2009 (boletín en versión virtual), que cita la sentencia de la Primera Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Lima del 8 de abril de 2008, la que a su vez cita a MEINI, Iván. «Los delitos contra la humanidad en el ordenamiento legal peruano». En Francisco Macedo (coord.). *Los caminos de la justicia penal y los derechos humanos*. Lima: IDEHPUCP, 2007, p. 122.

Paz,⁸ el delito de desaparición forzada de personas, como otros delitos contra la humanidad o crímenes contra los derechos humanos, es aquel perpetrado por agentes de los aparatos de seguridad del Estado, persiguiendo una finalidad política en el escenario de un conflicto armado.

Siendo esto así, es obvio que en este tipo de delitos los órganos encargados de la investigación y juzgamiento no cuenten con mayor evidencia de las circunstancias en las cuales ocurrieron los hechos, de igual manera los implicados tampoco son fácilmente identificados.

Regularmente no existen pruebas directas porque el hecho se comete en las condiciones de mayor ocultamiento, o porque a pesar de que se haga a la luz pública es difícil obtener la declaración de los testigos, quienes callan la verdad por temor a las represalias, por lo tanto, la prueba indiciaria es aquella a la que se debe recurrir para reconstruir los hechos.

Así lo hizo, por ejemplo, la Sala Penal Nacional al señalar en la sentencia recaída en el caso Castillo Páez, de fecha 20 de marzo de 2006, que:

[...] El Colegiado por todo lo señalado en líneas anteriores, por las pruebas directas indiciarias (concurrentes y convergentes) aportadas al presente proceso, recoge la tesis del Ministerio Público y de la parte civil en el sentido de encontrar responsabilidad penal en los acusados Juan Carlos Mejía León, Juan Fernando Aragón Guibovich, Carlos de Paz Briones y Manuel Arotuma Valdivia en la detención y posterior desaparición del estudiante Ernesto Castillo Páez [...]

En esta sentencia, la Sala Penal Nacional describe una serie de indicios que constituyen pautas y a la vez exigencias probatorias para futuros casos, a saber:

- a) La participación de los agentes del Estado, personas o grupos de personas que actúan bajo control con su autorización o aquiescencia en la privación de la libertad de la víctima, cualquiera que fuere su forma.
- b) Si los funcionarios no dieron información oportuna a los familiares respecto al paradero de la víctima o simplemente negaron la privación de la libertad de la víctima.
- c) Si se negó la información sobre el paradero de la víctima.
- d) Si existió renuencia del Estado para sancionar a los presuntos responsables del delito y si hubo una política de encubrimiento.

⁸ Véase RIVERA PAZ, Carlos. «Una sentencia histórica: la desaparición forzada de Ernesto Castillo Páez». En <<http://www.idl.org.pe/Publicaciones/castillo.pdf>>.

Asimismo, debe tenerse en cuenta que al momento de analizar y valorar los indicios debidamente acreditados en el proceso, los jueces deben tener en cuenta el contexto histórico en el que se produjeron los hechos materia de proceso. Esto resulta trascendental sobre todo en casos de conflictos, sean estos externos o internos. Al respecto la Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia del Perú estableció, en la sentencia dictada contra el ex presidente Alberto Fujimori, que a fin de poder tener en claro el contexto histórico es posible recurrir al *Informe* de la Comisión de la Verdad y Reconciliación,⁹ el cual puede ser considerado una prueba instrumental, la cual si bien no resulta suficiente para acreditar la comisión de los delitos materia de proceso y/o la responsabilidad de los acusados, sin embargo, estimamos resulta indispensable al momento de analizar de manera concatenada y coherente los indicios que han sido debidamente acreditados, evitándose así que estos puedan ser evaluados de manera aislada, lo que permitiría conclusiones equivocadas, las que como es obvio sustentarán sentencias que habrán de afectar las garantías del debido proceso y, sobre todo, del derecho a la verdad tanto de las partes como del Estado y, en general, de la colectividad dada la naturaleza de estos delitos de lesa humanidad.

⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala Penal Especial, sentencia a Alberto Fujimori, exp. A. V. 19-2001. Fundamento 123:

«El Informe Final de la CVR es un documento público —la CVR fue un organismo creado por el Poder Ejecutivo con un objeto determinado, ya establecido, de eminente trascendencia pública, y quienes la integraron fueron designados por un acto oficial, revistieron la calidad de funcionarios públicos, por lo que las actuaciones que realizaron y la documentación que generó revisten esa naturaleza o carácter—. Su valoración dependerá de las características de los hechos que aborda, del ámbito y naturaleza de sus conclusiones, de los aportes que proporcione.

1. Es evidente, por un lado, que, en aquellos hechos respecto de los que insta su judicialización, no podrá darse por probado judicialmente lo que presenta por su solo mérito. Por lo demás, así lo ha sostenido esta Corte Suprema en la causa número 1598–2007/ Lima, FJ 17°, al señalar que «... las conclusiones del citado Informe [el Informe Final de la CVR] no son vinculantes al órgano jurisdiccional, más allá de reconocer su calificado valor jurídico y fuente de referencia».

2. Sin embargo, otro será el criterio respecto de *hechos contextuales*, es decir, de aquellos que se refieran a la situación general del fenómeno subversivo y a la conducta de los agentes del Estado para enfrentarlo. Las características del Informe Final, el material que le sirvió de análisis —que recopiló, organizó y comparó— y los métodos utilizados —su carácter interdisciplinario, científico y las contrastaciones que merecieron las fuentes y base de datos que se construyó al efecto, como consecuencia de la tarea impuesta por la norma de creación— permiten otorgarle —esencialmente a la constatación de situaciones fácticas que realizó— valor probatorio calificado, salvo que prueba concreta o información judicial consolidada enerve su valor —lo que no se ha producido en el caso de autos. [...]»

5. Caso de desapariciones y torturas en la Base Contrasubversiva 313-Tingo María «Los Laureles»

En el marco del seguimiento al juicio que la Sala Penal Nacional ha instaurado desde hace varios meses en contra de diversos oficiales del Ejército peruano por la desaparición de los ciudadanos Samuel Reynaldo Ramos Diego y Jesús Liceti Mego, ocurrido el 7 de mayo de 1990, y de Esaú Cajas Julia ocurrido el 20 de noviembre de 1990, todos ellos en la Base Contrasubversiva 313-Tingo María «Los Laureles» resulta pertinente realizar un somero análisis de una de las principales conclusiones que sustentaron la sentencia absolutoria. En efecto, los magistrados integrantes de la mencionada sala señalan que de las pruebas indiciarias actuadas no es posible concluir que los agraviados hayan desaparecido como consecuencia del obrar de los procesados, existiendo la posibilidad de que ello haya sido resultado de la actuación de alguna organización delictiva.

Es obvio que los jueces de la Sala Penal Nacional no han tenido en cuenta ni la jurisprudencia tanto del Tribunal Constitucional como de la Corte Suprema, al momento de analizar los diferentes indicios acreditados en el curso del proceso, ni tampoco los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la cual, en la sentencia recientemente dictada (22 de setiembre de 2009) en el caso *Anzualdo Castro vs. Perú*, reitera la importancia de la prueba circunstancial, los indicios y las presunciones, en especial tratándose de casos de desapariciones forzadas, «[...] ya que esta forma de represión se caracteriza por procurar la desaparición de todo elemento que permita comprobar el secuestro, el paradero y la suerte de las víctimas».¹⁰ Señala igualmente, en el mismo fallo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que conforme aparece en el *Informe de la Comisión de la Verdad y Reconciliación de Perú*, la desaparición forzada «[...] se convirtió en un mecanismo de lucha contrasubversiva empleado en forma sistemática por agentes estatales entre 1988 y 1993, en gran parte del territorio nacional, que adquirió mayor relevancia cuando el Poder Ejecutivo decidió que las Fuerzas Armadas reemplazaran a las Fuerzas Policiales en las tareas de control interno y combate a la subversión. Se atribuye a miembros de las Fuerzas Armadas el mayor porcentaje de las víctimas de esa práctica».¹¹

¹⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Anzualdo Castro vs. Perú*. Sentencia del 22 de septiembre de 2009, párrafo 38, p. 15.

¹¹ *Ib.*, párrafo 48, p. 17.

«La CVR considera que la desaparición forzada en el Perú tuvo además un carácter sistemático, particularmente en los años 1983-1984 y 1989-1993. Ello supone un modus

Es por ello que consideramos que el método de análisis de los indicios corroborados en el curso del juicio oral, seguido por los jueces superiores en dicho caso no ha sido el más adecuado. Ello debido a que no han tenido en cuenta, como hemos indicado, el contexto histórico de los hechos, lo que los lleva, por ejemplo, a sostener que en el curso del proceso se ha establecido que en las fechas señaladas en la imputación no aparece registrado vuelo de helicóptero alguno de las Fuerzas Armadas peruanas, cuando las reglas de la ciencia y la experiencia apuntan de manera uniforme a que en este tipo de delitos no se registran precisamente las intervenciones de las fuerzas de seguridad interna, sea a través de sus integrantes o de su aparato logístico.

Por otro lado, tampoco se han analizado debidamente las declaraciones testimoniales de Aldo Jiménez Valle (quien declaró que su padre, soldado del BCS 313, le contó que habrían matado a Samuel Ramos Diego), así como de Jorge Rosas Olivera (quien declaró haber sido detenido por efectivos de las Fuerzas Armadas y conducido detenido al cuartel Los Laureles, habiendo compartido celda con Esaú Cajas Julca), como tampoco las contradicciones incurridas por los acusados en el curso del proceso.

Conforme lo ha establecido la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el manejo de la prueba indiciaria en esta clase de delitos requiere un esfuerzo singular en materia de motivación jurídica y, especialmente, de apreciación y valoración de la prueba.

A efectos de realizar el juicio valorativo de las pruebas actuadas y debatidas en el juicio, es pertinente establecer, en primer lugar, si existe evidencia directa o indirecta de que las víctimas fueron detenidas por uno o alguno de los imputados.

En segundo lugar, es necesario verificar quién ostentaba el mando, es decir, quién fue la autoridad que ordenó la detención de las víctimas. En tercer lugar, debe verificarse la causa de la detención. En cuarto lugar, resulta pertinente señalar qué ocurrió después de la detención de la víctima, cuál fue la respuesta que dieron los oficiales del Ejército, si se negaron a dar información.

operandi estándar, un conjunto de procedimientos establecidos para la identificación, selección y procesamiento de las víctimas, así como para la eliminación de la evidencia —en particular los cuerpos de las víctimas— de los crímenes cometidos a lo largo de ese procedimiento (violación del debido proceso, torturas y ejecuciones extrajudiciales). La escala en la que se utilizó la desaparición forzada supone, además, un aparato logístico que proveyera los medios y el personal para aplicarla». COMISIÓN DE LA VERDAD Y RECONCILIACIÓN. *Informe Final*. Lima: CVR, 2003, t. VI, p. 128.

Y es que, en la medida que un oficial del Ejército tiene una posición de garante respecto a las personas que tiene bajo su cuidado, resulta lógico sostener que si el oficial detuvo, ordenó o tuvo conocimiento de la detención de alguna de las víctimas por parte de sus subordinados, este adquirió desde ese instante la obligación de velar por su seguridad e integridad personal, a la vez que tenía el deber de regresarlo al seno de su familia en similares condiciones a las que se encontraba al momento de ser privado de la libertad.

En síntesis, frente a los retenidos el Estado tiene una obligación específica de protección y seguridad, porque estos se encuentran en una situación de particular sujeción, en razón de la cual ven limitados sus derechos y libertades y la autonomía para responder por su propia integridad y, por lo tanto, deben gozar del pleno amparo de las autoridades frente a los posibles daños y peligros que los amenacen.

Si ni el Estado ni sus funcionarios son capaces de garantizar dicha seguridad y por el contrario niegan el paradero de la víctima, ello puede ser considerado un indicio de la responsabilidad penal del funcionario. En todo caso, ante la escasez de pruebas directas, el juez no puede dejar de considerar las conductas reuñentes de las autoridades, más aún, si no existía una orden lícita de detención en contra de las víctimas.

Anexos*

* Para mayor información sobre los casos Chavín de Huantar y Los Laureles, pueden consultarse las crónicas judiciales que fueron elaboradas a partir de la observación de ambos juicios orales. Las crónicas se encuentran alojadas en <www.pucp.edu.pe/idehpucp>, página web del IDEHPUCP.

Anexo 1

Cuadros informativos de casos presentados por la CVR al Poder Judicial y al Ministerio Público*

a) Estado de casos presentados por la CVR al Poder Judicial y al Ministerio Público

Cuadro 1
Casos por etapas

Procesos con sentencia definitiva	8
Procesos con sentencia en primera instancia	2
Procesos en juicio oral	4
Procesos en etapa intermedia	17
Procesos en etapa de instrucción	9
Investigación preliminar (Ministerio Público)	21
Archivo definitivo (Ministerio Público)	1
Total de casos	62

Nota 1. La CVR presentó 47 casos para su judicialización, 45 al Ministerio Público y 2 al Poder Judicial. Estos procesos, en algunos casos, se han dividido y, en otros casos, se han acumulado. De allí que el número de procesos no coincida con el número de casos inicialmente presentados por la CVR.

Nota 2. Se considera procesos en etapa intermedia aquellos que se encuentran pendientes de acusación fiscal o que, habiéndose presentado la acusación, no se ha iniciado el juicio oral correspondiente.

Nota 3. El caso Asesinato de campesinos en Soccus no ha entrado en esta contabilidad, dado que fue sentenciado y ejecutoriado antes de la existencia de la CVR.

* Los cuadros presentados en este anexo fueron elaborados en el marco del proyecto «Justicia y derechos humanos en el Perú: asesoría, capacitación y seguimiento para una eficaz judicialización de las violaciones de derechos fundamentales», realizado por la Dirección de Proyectos del IDEHPUCP. Información actualizada hasta enero de 2010.

b) Procesos con sentencia

Cuadro 2

Procesos con sentencia definitiva

Hugo Bustíos
Chuschi
Ernesto Castillo Páez
Cúpula Sendero Luminoso (casos Lucanamarca y asesinato de Rodrigo Franco)
Delta Pichanaki (caso con sentencia en primera instancia que fue consentida, al no apelarse)
La Cantuta (Salazar Monroe y miembros del Destacamento Colina)
Desaparición forzada de Pedro Haro y César Mautino
Caso Alberto Fujimori (Barrios Altos - La Cantuta - Sotanos SIE)

Nota. Si bien la CVR no presentó casos sobre el Movimiento Revolucionario Túpac Amaru (MRTA) al Ministerio Público para su judicialización, cabe mencionar que se encuentra con sentencia firme el proceso mediante el cual se condenó a la cúpula de esta organización, con penas que varían entre los dieciséis y treinta y cinco años de prisión.

Cuadro 3

Procesos con sentencia en primera instancia

Masacre de campesinos en Santa Bárbara
Batallón contrasubversivo 313 de Tingo María - Los Laureles (casos Esaú Cajas Julca, Samuel Ramos Diego y Jesús Liceti Mego)

Nota. En el proceso seguido contra el Destacamento Colina (Casos Barrios Altos, Santa, familia Ventocilla, Mariela Barreto y Pedro Yauri) se ha dictado sentencia anticipada para dos de los agentes procesados. Sin embargo, en tanto que el proceso aún se encuentra en juicio oral para los demás procesados, se le ha considerado ubicado en esta última etapa procesal.

c) Sentenciados**Cuadro 4****Sentenciados en instancia definitiva**

Condenados	28
Absueltos	11
Reserva de sentencia por ausencia	10
Total	49

Cuadro 5**Sentenciados en primera instancia**

Condenados	3
Absueltos	12
Reserva de sentencia por ausencia	6
Total	21

d) Rango de penas privativas de la libertad**Cuadro 6****Condenados en instancia definitiva**

Cadena perpetua	4
26 a 35 años de prisión	1
21 a 25 años de prisión	8
16 a 20 años de prisión	4
11 a 15 años de prisión	8
5 a 10 años de prisión	3
Total	28

Cuadro 7
Condenados en primera instancia

Cadena perpetua	0
26 a 35 años de prisión	0
21 a 25 años de prisión	0
16 a 20 años de prisión	0
11 a 15 años de prisión	1
5 a 10 años de prisión	2
Total	3

e) Procedencia de los condenados

Cuadro 8
Condenados en instancia definitiva

Ejército	8
Marina	0
Ronderos	3
Policía Nacional	4
Sendero Luminoso	12
Otros	1
Total	28

Cuadro 9
Condenados en primera instancia

Ejército	3
Marina	0
Ronderos	0
Sendero Luminoso	0
Policía Nacional	0
Otros	0
Total	3

Anexo 2

Cuadro de seguimiento de casos presentados por la CVR al Poder Judicial y al Ministerio Público*

Caso	Ministerio Público	Poder Judicial	Sistema Interamericano de Derechos Humanos	Patrocinio ¹
Hugo Bustíos Saavedra y tentativa de homicidio de Eduardo Rojas		Con sentencia definitiva: se condenó a Víctor La Vera Hernández y Amador Vidal Sambento a diecisiete y quince años de prisión por homicidio calificado	Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Caso 10.548, informe n.º 38/97.	COMISEDH
Caso Totos y caso de los comuneros asesinados en Quispillacta (acumulados)		Pendiente de juicio oral (reserva por ausencia del condenado)		CEAS y Paz y Esperanza

* El presente anexo fue elaborado en el marco del proyecto «Justicia y derechos humanos en el Perú: asesoría, capacitación y seguimiento para una eficaz judicialización de las violaciones de derechos fundamentales», realizado por la Dirección de Proyectos del IDEHPUCP. Información actualizada hasta enero de 2010. El cuadro que aquí presentamos es una versión resumida. Véase el cuadro completo en <http://www.pucp.edu.pe/idehpucp/index.php?option=com_content&task=view&id=29&Itemid=70>.

¹ Esta sección del cuadro se realizó sobre la base de información recogida en los informes de la Defensoría del Pueblo sobre el estado de los casos de la CVR, así como en las páginas web de las organizaciones de defensa de derechos humanos.

Violaciones de derechos humanos en el cuartel Los Cabitos 51		Pendiente de acusación		APRODEH - ANFASEP
Matanza de 34 campesinos en Lucmahuaycco		Pendiente de acusación		APHORVIDA - IDL
Masacre de campesinos de Santa Bárbara		Sentencia de primera instancia, apelada ante Corte Suprema. Condena a Óscar Alberto Carrera Gonzáles a doce años de prisión por extorsión, pero se le exculpa por los demás cargos.		Paz y Esperanza
Violación de los derechos humanos en el batallón contra-subversivo 313 de Tingo María (Los Laureles) (2 procesos)	Investigación fiscal (víctimas no identificadas)	Sentencia de primera instancia absuelve a todos los acusados (6 personas). Está en apelación (proceso seguido por la muerte de Esaú Cajas Julca, Samuel Ramos Diego y Jesús Liceti Mego).		Comité de Derechos Humanos del Alto Huallaga - IDL (caso en PJ) Comité de Derechos Humanos del Alto Huallaga (caso en MP)

Asesinato de colonos por rondas campesinas (Delta Pichanaqui)		Sentencia en primera instancia consentida. Se condenó a Benito Omiñori López, Sebastián Omiñori López y Juan Carlos Valerio a diez años de prisión por homicidio calificado.		
Ejecuciones extrajudiciales de Pucará		En juicio oral		IDL
Caso Cayara		Pendiente de acusación	No se emitió sentencia en la Corte IDH por temas de forma en la presentación de la demanda	APRODEH
Ejecuciones extrajudiciales en El Frontón (2 procesos)		Ambos casos en etapa de instrucción	La Corte IDH emitió 2 sentencias en este caso: – Neira Alegría y otros (19 de enero de 1995) – Durand Ugarte (16 de agosto de 2000)	APRODEH - COMISEDH - IDL - FEDEPAZ
Ejecuciones extrajudiciales en el Lurigancho	Investigación preliminar			APRODEH - COMISEDH - IDL - FEDEPAZ

Los sucesos en el Penal Miguel Castro Castro (2 procesos)		Ambos casos pendientes de acusación	Sentencia de la Corte IDH (25 de noviembre de 2006)	Paz y Esperanza
Desaparición de candidatos en Huancapi		Pendiente de juicio oral (en reserva por acusados ausentes)		APRODEH
Casos Destacamento Colina ² (8 procesos)	– La Cantuta: 2 casos con denuncia fiscal (miembros del Grupo Colina)	– Barrios Altos - La Cantuta: sentencia definitiva (Fujimori: veinticinco años de prisión) – Barrios Altos - El Santa - Ventocilla - Pedro Yauri: en juicio oral, con sentencia anticipada a 2 procesados – La Cantuta: con sentencia definitiva (Salazar Monroe y agentes Colina) – La Cantuta: pendiente de juicio oral (Pinto Cárdenas)	Barrios Altos: sentencia de la Corte IDH (14 de marzo de 2001) La Cantuta: sentencia de la Corte IDH (29 de noviembre de 2006)	APRODEH - COMISEDH - IDL - FEDEPAZ

² La presentación de casos correspondientes al Destacamento Colina se ha hecho con fines didácticos.

		<ul style="list-style-type: none"> - La Cantuta: en etapa de instrucción (Montesinos, Pérez Dócumet, Hermoza Ríos, otros) - Familia Ventocilla: en etapa de instrucción (Fujimori, Montesinos, Hermoza) 		
Operativo Chavín de Huantar: ejecución extrajudicial de los miembros del MRTA (2 procesos)		<ul style="list-style-type: none"> - Un caso está pendiente del reinicio del juicio oral, luego de su quiebre - Un caso comprende al ex presidente Alberto Fujimori, se encuentra en etapa de instrucción 	En proceso en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos	APRODEH
Ejecuciones arbitrarias en Accomarca		Pendiente de acusación		ADHER PERU
Indalecio Pomatanta Albarrán		Corte Suprema ordenó nuevo juicio oral en este caso. Pendiente de establecimiento de fecha.		IDL - CODEH Pucallpa

Caso Chuschi (3 procesos)		<ul style="list-style-type: none"> – Uno con sentencia definitiva para dos procesados y ordena abrir juicio oral a otro inculcado – Dos en proceso: uno pendiente de juicio oral y otro en etapa de instrucción 		APRODEH
Desaparición de Ernesto Castillo Páez		Con sentencia definitiva. Se condena a Juan Carlos Mejía León a dieciséis años de prisión, a Manuel Arotuma Valdivia, Carlos de Paz Briones y Juan Aragón Guibovich a quince años de cárcel.	Sentencia de la Corte IDH (3 de noviembre de 2007)	IDL
Caso Rafael Salgado Castilla		En etapa de instrucción		APRODEH
Masacre de Lucanamarca (acumulado con el caso asesinato de Rodrigo Franco)		Con sentencia definitiva. Se condena a los líderes de Sendero Luminoso a penas que van desde veinticuatro años de prisión a cadena perpetua.		COMISEDH (Lucanamarca)

La desaparición forzada de Pedro Haro y César Mautino		Con sentencia definitiva, se absuelve a los 5 procesados		
Asesinato de campesinos en Socos		Con sentencia definitiva y ejecutada previa al <i>Informe</i> de la CVR		
Caso Universidad Nacional del Centro del Perú (4 procesos)	3 casos por víctimas no identificadas se encuentran en investigación preliminar	En juicio oral (respecto a 2 desaparecidos)		IDL - CEAS
Ejecuciones en Pomatambo y Parcco Alto		En juicio oral		CEAS - COMISEDH
Caso Huanta (2 procesos)	Investigación preliminar (Jaime Ayala y Pucayacu)	Pendiente de acusación (Callqui)		COMISEDH (Caso Callqui) APRODEH - COMISEDH - Paz y Esperanza (Caso Jaime Ayala y Pucayacu)
Matanza de campesinos en Putis	En investigación			Paz y Esperanza
Ejecuciones arbitrarias en Sancaypata		Pendiente de acusación (reserva por ausencia del condenado)		CEAS - Paz y Esperanza

Asesinato de Luis Morales, la familia Solier, Leonor Zamora y otros		En etapa de instrucción		APRODEH - COMISEDH
Asesinatos en la comunidad campesina de Cancha Cancha	En investigación			COMISEDH
Matanza de campesinos de Chilcahuaycco	En investigación			
Pucayacu II		Pendiente de juicio oral		Paz y Esperanza
Arrasamiento en la comunidad de Huayao	En investigación			
Ejecuciones arbitrarias en el Hospital de Ayacucho	Archivo definitivo			Paz y Esperanza
Hechos cometidos por el denominado Comando Rodrigo Franco		En etapa de instrucción		APRODEH
El caso de María Magdalena Monteza Benavides	En investigación			IDL

Ejecuciones arbitrarias de Abel Malpartida Páez y Luis Alberto Álvarez Aguilar	En investigación			IDL
Violaciones de los derechos humanos en la base militar de Capaya (acumulado al caso Violaciones de los derechos humanos en la base militar de Santa Rosa)	En investigación			APRODEH
Matanza de colonos en el valle de Tsiari	En investigación			
Violación de los derechos humanos en Los Molinos	En investigación			CEAS
Arrasamiento en la margen izquierda del Río Huallaga (2 procesos)	En investigación (Operativos Aries, Cuchara y Venenillo)	En etapa de instrucción (Operativos Paraíso y Cayumpa Chico)		Comité de Derechos Humanos del Alto Huallaga (ambos procesos)
Asesinatos en la Comunidad de Apiza	En investigación			

Violencia sexual en Huancavelica: las bases militares de Manta y Vilca		En etapa de instrucción		IDL - DEMUS
Desaparición forzada de Ángel Escobar y asesinato de Falconieri Zaravia	En investigación			APRODEH
Matanza de Chumbivilcas	En investigación			Vicaría de Sicuani - APRODEH

Colaboradores

CAMILO BERNAL

Abogado por la Universidad Nacional de Colombia y máster en Sistema Penal y Problemas Sociales por la Universidad de Barcelona (España). Actualmente se desempeña como coordinador del Área de Justicia del Centro Internacional para la Justicia Transicional (ICTJ Colombia, por sus siglas en inglés) y como profesor de Criminología en la Universidad Nacional de Colombia.

JULIO ESPINOZA

Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Con estudios concluidos en la Maestría de Derecho Penal de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP) y estudios de posgrado en la Facultad de Derecho de Buenos Aires (Argentina). Desde el 2006 se desempeña como profesor de la Facultad de Derecho de la PUCP.

JOSÉ ALEJANDRO GODOY

Bachiller en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú y diplomado en Periodismo Político y Análisis Cultural por la Universidad Antonio Ruiz de Montoya. Fue 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» que realizó la Dirección de Proyectos del IDEHPUCP entre octubre de 2008 y noviembre de 2009. Actualmente se desempeña como asistente de la Dirección de Proyectos del mismo instituto.

LUIS HUERTA

Abogado y magíster en Derecho Constitucional por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Es profesor en la Facultad de Derecho en la Academia de la Magistratura y la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Ha sido 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.

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 los años 1994 y 2004, año en que fue designado rector emérito. Presidió la Comisión de la Verdad y Reconciliación de Perú (CVR).

INÉS MARTENS

Bachiller en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú y alumna de la Maestría de Ciencia Política en esa misma casa de estudios. Fue investigadora y responsable de eventos en el proyecto «Justicia y derechos humanos en el Perú: asesoría, capacitación y seguimiento para una eficaz judicialización de las violaciones de derechos fundamentales» que realizó el IDEHPUCP entre octubre de 2008 y noviembre de 2009. Actualmente se desempeña como asistente de la Dirección de Proyectos del mismo instituto.

IVÁN MEINI

Doctor en Derecho por la Universidad de Cádiz (España). Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Es profesor en la Facultad de Derecho y en la Maestría en Derecho Penal de esa casa de estudios. Fue procurador público adjunto de la Procuraduría Ad Hoc Anticorrupción del Estado para los casos Fujimori-Montesinos.

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 jefe de la Unidad de Extradiciones de la Procuraduría Ad Hoc para los casos Fujimori-Montesinos.

ROBERTO PEREIRA

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Con maestría en Derecho Penal por la Universidad de Barcelona (España) y la Universidad Pompeu Fabra (España). Es profesor de la Facultad de Derecho y de la Maestría en Derecho Penal de la PUCP. Por once años fue funcionario de la Defensoría del Pueblo donde estuvo encargado de la Adjuntía en Asuntos Constitucionales y la Primera Adjuntía de dicha institución.

VÍCTOR MANUEL QUINTEROS

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP) y alumno de la Maestría en Ciencia Política de esa casa de estudios. 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, por sus siglas en inglés), del juicio por derechos humanos seguido contra el ex presidente Alberto Fujimori Fujimori.

FÉLIX REÁTEGUI

Director de investigaciones del IDEHPUCP. Sociólogo egresado de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Profesor de esa casa de estudios y miembro del Instituto Ética y Desarrollo de la Universidad Antonio Ruiz de Montoya. Fue coordinador operativo del *Informe Final* de la Comisión de la Verdad y Reconciliación de Perú.

ROGER RODRÍGUEZ

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP) y máster en Estudios Avanzados en Derechos Humanos por la Universidad Carlos III de Madrid (España). Diplomado por el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales del Ministerio de la Presidencia de España. Es profesor de la Maestría en Derecho con mención en Política Jurisdiccional de la PUCP y del Post Título en Derecho Procesal Constitucional del Centro de Educación Continua de esa misma casa de estudios.

LUIS VARGAS

Abogado por la Universidad Nacional Federico Villarreal. Fue procurador ad hoc del Estado para los casos Fujimori-Montesinos. Es profesor de Derecho Procesal Penal en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC). Fue magistrado del Poder Judicial, cargo al que renunció luego del autogolpe del 5 de abril de 1992. Es socio del estudio jurídico Benites, Forno y Ugaz.

JUDICIALIZACIÓN DE VIOLACIONES
DE DERECHOS HUMANOS: APORTES SUSTANTIVOS Y PROCESALES
se terminó de imprimir
en Cartolan Editora y Comercializadora E.I.R.L.
Pasaje Atlántida 113, Lima 1