

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ**  
**FACULTAD DE DERECHO**



**EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD**  
**EN LA PERSECUCIÓN DE CRÍMENES INTERNACIONALES EN PERÚ**

**Tesis para optar el Título de Abogada que presenta la Bachiller:**  
**JOSEFINA MIRÓ QUESADA GAYOSO**

**ASESOR**  
**IVÁN FABIO MEINI MÉNDEZ**

**LIMA – PERÚ**  
**2019**

## RESUMEN

La persecución y sanción de crímenes internacionales enfrenta aparentemente una barrera en el Perú: el principio de legalidad. Dado que no están implementados (o no lo están debidamente) en el derecho interno, aplicarlos directamente desde el derecho penal internacional es para un nutrido sector de la doctrina, un imposible jurídico que solo podría solucionarse si antes se tipifican correctamente en el Código Penal o en una ley penal especial. Ello, a fin de garantizar el fiel cumplimiento del *nullum crimen sine lege*, en virtud del cual el Estado -se sostiene- sólo puede sancionar penalmente las conductas calificadas como delito antes de su comisión en una ley previa, estricta, escrita y clara. La presente investigación parte de la premisa que, al día de hoy, es insuficiente la respuesta que ofrece el principio de legalidad estricta y formal al momento de investigar y procesar hechos que califican como crímenes internacionales ocurridos durante el conflicto armado interno entre 1980 y 2000. La impunidad generada en ciertos casos, los vacíos legales y el desconocimiento del real desvalor de dichas conductas lleva a la autora de este trabajo a optar por una salida que permita revertir este escenario y con ello, garantizar de manera idónea las obligaciones internacionales de investigar, perseguir y sancionar tales hechos, en conformidad con los principios constitucionales del derecho penal. Esta tesis propone, así, una interpretación alternativa del principio de legalidad que, primero, reivindique el fundamento material que lo legitima, según el cual la ley penal, antes de ser un mandato de autoridad, debe ser la válida expresión de una conducta merecedora de sanción penal solo en tanto salvaguarda de bienes jurídicos fundamentales, y segundo, que recoja el sentido que de este brinda el derecho internacional, cuyas fuentes -tratados, costumbres y principios- finalmente autorizan la prohibición de los crímenes internacionales y obligan a los Estados vinculados a sancionar estos actos, por encima, incluso, de su legislación interna. Esta nueva lectura habilita, por tanto, procesar los crímenes internacionales ocurridos en Perú, según la tipificación que recogen las fuentes de derecho penal internacional, conforme a un modelo de aplicación, aquí sugerido, para operadores del derecho.

## Índice

<b>INTRODUCCIÓN</b> .....	<b>5</b>
<b>Capítulo 1: Del Principio de Legalidad</b> .....	<b>9</b>
1. “Nullum crimen sine lege” .....	11
2. Orígenes y fundamento liberal .....	15
2.1 Bajo el positivismo jurídico.....	19
2.2. Impacto de los Ilustrados y los derechos naturales.....	22
3. Las cuatro manifestaciones del principio de legalidad.....	24
3.1 Ley previa y prohibición de retroactividad (lex praevia) .....	25
3.2 Prohibición de analogía (ley estricta / lex stricta).....	27
3.3 Prohibición de costumbre (ley escrita / lex scripta) .....	30
3.4 Prohibición de leyes penales indeterminadas (ley cierta / lex certa) .....	34
3.4.1. Elementos descriptivos y elementos valorativos (o normativos) .....	35
3.4.2. Interpretación teleológica .....	37
4. Evolución del Principio de Legalidad.....	39
4.1. Contexto jurídico político.....	40
4.2. Legalidad material .....	42
4.3. Legalidad y derecho .....	45
5. Principio de legalidad en el Derecho Internacional.....	48
5.1. Post Núremberg .....	48
5.2 Principio de Legalidad en los Sistemas Regionales.....	52
5.2.1 Sistema Europeo .....	53
5.2.2 Sistema Interamericano.....	57
5.3 Sistema Penal Internacional.....	61
5.4 El principio de legalidad internacional: Perú.....	63
<b>Capítulo 2. De los Crímenes Internacionales</b> .....	<b>69</b>
1. Definición de crímenes internacionales .....	72
1.1. Estructura del delito.....	74
1.2 Los Orígenes.....	77
1.3 Clasificación y bienes jurídicos .....	79
2. Fuentes de represión .....	82
2.1 Tratados .....	83
2.1.1 Crímenes de guerra.....	83
2.1.2 Genocidio.....	85
2.1.3 Apartheid.....	86
2.1.4 Tortura .....	86
2.1.5 Crímenes de Lesa Humanidad.....	87
2.1.6 Aporte de los Estatutos de Tribunales Internacionales.....	87
2.1.7 Tratados de Derechos Humanos .....	88
2.2. Costumbre.....	89
2.3 Principios Generales del Derecho .....	91
2.4. Normas ‘Ius Cogens’ .....	93
3. El Derecho Penal Internacional (DPI).....	95
3.1 Características del Derecho Penal Internacional.....	96
3.2 Responsabilidad penal internacional .....	98
3.3 Derecho Penal Internacional, Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario .....	100
4. Deberes de Penalizar.....	103

4.1. Derecho escrito: Tratados.....	104
4.2. Derecho no escrito: Costumbre y Principios Generales del Derecho.....	109
<b>5. Represión de Crímenes Internacionales.....</b>	<b>111</b>
5.1 Tribunales penales nacionales.....	112
5.1.1 Principio de territorialidad.....	113
5.1.2 Principio de extraterritorialidad.....	114
5.1.3 Jurisdicción Universal.....	114
5.1.4 Perú.....	116
5.2 Tribunales Penales Internacionales.....	120
<b>Capítulo 3. Un modelo de aplicación para los Operadores del Derecho.....</b>	<b>124</b>
1. Diagnóstico.....	127
1.1 Estado de la Implementación.....	128
1.2 Jurisprudencia.....	132
1.2.1 Atentado Tarata.....	133
1.2.2 Barrios Altos y La Cantuta.....	138
1.2.3. Ernesto Castillo Páez.....	143
1.2.4. Los Cabitos.....	145
1.2.5. Manta y Vilca.....	148
1.2.6. Resumen.....	154
2. La función del derecho penal.....	154
2.1. Orientación a los fines del derecho penal internacional y del derecho internacional humanitario.....	155
2.2 Impunidad y fines de la Pena.....	158
2.3 Justicia transicional: Reconciliación, verdad y paz.....	163
3. La legalidad de la pena.....	165
3.1 Normas Primarias y Normas Secundarias.....	166
3.2 Nullum crimen sine poena.....	168
<b>CONCLUSIONES.....</b>	<b>173</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>175</b>

## INTRODUCCIÓN

¿Qué entendemos por el principio de legalidad en el derecho penal? ¿Qué entendemos por este principio eje en la rama del derecho más violenta capaz de privar a una persona del bien máspreciado: la libertad? La ley no es sinónimo de derecho. En un Estado de derecho, debe ser expresión de ella, pero no siempre lo es. ¿Hay leyes injustas? ¿Hay leyes inconstitucionales? Sí. Las hay. La historia habla de ellas. De ordenamientos jurídicos positivos que cobijaron actos injustos, actos inhumanos, actos contrarios a derecho. “¡Que no se rían los penalistas! Las leyes son en cualquier caso actas que el legislador levanta<sup>1</sup>”, dice Naucke.

¿Basta que una ley diga que algo es delito para que la conducta reprochada por ella sea legítimamente sancionada? ¿Para que sea penada acorde a los valores de un Estado social y democrático de derecho? ¿Basta que esté escrito en el Código Penal para decir que se ha respetado el principio de legalidad? ¿Existe algo así como una presunción de legitimidad de prohibir una conducta por el solo hecho de ser ley penal? Estas son las preguntas que han de hacerse al discutir sobre este principio que busca limitar el poder de castigar del Estado (ius punendi). “No existe una discusión sobre la relación entre ley penal y lo que merece ser recogido en la ley penal. De la prudencia de las leyes no gusta hablarse<sup>2</sup>”, agrega Naucke.

El derecho puede expresarse en leyes positivas. Puede estar en valores y principios. En tratados y en fuentes extra convencionales, como la costumbre, y en el ius cogens internacional. Pero también puede no estar en la ley escrita. Y puede, incluso, una ley positiva contravenirlo. El principio de legalidad no se satisface únicamente con verificar que el hecho socialmente reprochado esté prohibido expresamente en una ley penal del Congreso, como si aplicar el derecho fuera un mecánico y sencillo silogismo jurídico. Hay algo adicional que subyace a la ley y que la legitima: un contenido material axiológico. Un juicio de valor que permite identificar cuándo la legalidad formal es solo un cascarón vacío de contenido o cuando ella coincide con una legítima prohibición de comportamientos que ponen en riesgo los bienes jurídicos más indispensables que la comunidad internacional considera necesario salvaguardar.

¿Qué lleva a uno a sostener que investigar, procesar y sancionar hechos que materialmente han sido probados y que califican como crímenes de lesa humanidad o como crímenes de guerra, sea contrario al principio de legalidad? Básicamente que los tipos penales no estén escritos en el Código Penal. Esta visión reduccionista de lo que significa este principio, sin embargo, no satisface lo referido al desvalor social de una conducta prohibida merecedora de sanción penal que puede no estar recogida por la ley penal positiva. Menos, cuando son conductas que el derecho internacional -los tratados, la costumbre, los principios, y a su vez, el ius cogens- ya reprocha penalmente y reconoce como tal.

---

<sup>1</sup> NAUCKE, Wolfgang. “La progresiva pérdida del contenido del principio de legalidad penal como consecuencia de un positivismo relativista y positivizado”. En: La Insostenible Situación del Derecho Penal, Trad.: SÁNCHEZ-OSTIZ, Granada: Comares, 2000, p. 546.

<sup>2</sup> Ibidem.

Si bien las normas de derecho internacional público vinculantes al Estado se integran, según la Constitución peruana, automáticamente al derecho interno, acorde a la teoría monista del derecho internacional, un sector mayoritario de la doctrina sostiene que, tratándose de normas incriminatorias como las del derecho penal internacional (DPI), no podría atribuírsele responsabilidad penal en base a ellas, salvo que se implementen (y bien) antes en la legislación positiva nacional. Sólo así podría respetarse el principio de legalidad penal, reconocido en el Código Penal, la Constitución peruana y el derecho internacional. Ello, dada la tesis de que estas normas son 'no auto aplicativas', por tanto, exigen una adecuación legal interna.

Esta es la razón por la cual cierta jurisprudencia regional ha optado por una solución intermedia referida a la aplicación concurrente de tipos penales ordinarios vigentes al momento de la comisión del hecho y a una calificación simultánea del delito como crimen internacional (doble subsunción) que permita desplegar efectos como la imprescriptibilidad del delito, la no amnistía, el no indulto y la posibilidad de invocar la jurisdicción universal para perseguirlos. Esto fue lo que ocurrió en el caso del ex presidente Alberto Fujimori en la condena por la matanza de Barrios Altos y La Cantuta, procesado por los tipos penales de asesinato y lesiones calificadas como crímenes contra la humanidad. La salida, sin embargo, representa un reto ante el principio de proporcionalidad al no graficar el real desvalor del hecho en la pena.

Los crímenes internacionales perpetrados en el Perú ocurrieron durante el conflicto armado no internacional entre 1980 a 2000. En su momento, no estaban incluidos en el Código Penal y hoy, en su mayoría, no lo están. De los que sí se encuentran implementados, algunos fueron incluidos después de ocurridos los hechos (para entonces, ya estaban prohibidos por el derecho internacional) y algunos no guardan consonancia con la regulación que recoge el DPI. Dado que estas conductas sí se encontraban, en su mayoría, ya prohibidas y sancionadas por el DPI consuetudinario y los principios generales del derecho, ello representa una limitación frente a las garantías tradicionales del principio de legalidad, en virtud del cual, el comportamiento típico de estos delitos debe encontrarse en una ley penal escrita, estricta, clara y previa.

Esta investigación sugiere una alternativa: es posible investigar, perseguir y sancionar crímenes internacionales perpetrados en el Perú, ocurridos durante el conflicto armado interno, si el principio de legalidad es reinterpretado en función de una aproximación material del principio de legalidad y de la regulación que ofrece sobre este el derecho internacional. No se trata de pasar por encima este principio que constituye, a su vez, un derecho de los individuos, sino de darle contenido en función de la naturaleza de injusto penal, de su gravedad (por tanto, de su desvalor social y merecimiento de pena) y de las fuentes que sirven para prohibir y sancionarlo, recaídas en el DPI.

Una visión rígida y estricta del principio de legalidad resulta, además, insatisfactoria de cara a la función del derecho penal, no sólo porque la ley por sí sola no es garante de que la conducta prohibitiva que subyace a ella sea legítimamente penada por su comisión, sino porque incluso aquellas conductas prohibidas que ponen en riesgo los bienes jurídicos más relevantes de la

comunidad internacional no necesariamente se encuentran positivizadas en ella. Piénsese en el ‘delito’ de homicidio piadoso (artículo 112 del Código Penal), donde la conducta prohibida y sancionada no lesiona bien jurídico alguno -quien dispone del bien ‘vida’ es el titular que pide expresamente cesar con ella-, y penarlo sería contrario al principio de lesividad y a los valores y principios de un Estado social y democrático de derecho al servicio de los individuos. No basta, así, verificar que la conducta esté prohibida por la ley positiva, sino que ha de existir un contenido material, producto de una interpretación teleológica que justifique esta represión solo en tanto salvaguarda de libertades fundamentales. Solo así el principio de legalidad tiene sentido en un Estado de Derecho.

Si, en vez de reducir el valor del principio de legalidad a una mera constatación de palabras escritas en la ley positiva -tratándose de determinar la conducta prohibida es absolutamente insuficiente-, destacásemos el contenido axiológico que la legitima y armonizáramos con ello la definición que ofrece el derecho internacional sobre el principio de legalidad, el principio de legalidad, visto así, dejaría de ser una barrera que impide alcanzar las obligaciones internacionales que pesan sobre el Estado peruano de cumplir plenamente con los deberes de investigación, persecución y sanción de tan execrables crímenes. Frente a estas situaciones, además, el Estado tiene un deber de garante en el respeto, protección y garantía de derechos humanos que se satisface con la prevención y represión de estas conductas -cuanto más grave son, mayor es el deber-. No puede para evitar cumplir con ello alegar razones de derecho interno, como lo sería una aproximación estricta y rígida del principio de legalidad.

Las personas se deben a la ley porque detrás de ella, hay un valor inherente que refuerza su legitimidad. El fenómeno de los derechos humanos así lo comprueba: su peso radica en su fuerza moral, más que en su fuerza legal. Se piensa que el derecho penal es sinónimo de ley positiva y solo aplicándola, cumplen los jueces (o fiscales al calificar) el deber de impartir justicia. Esto resulta abiertamente contradictorio con la Constitución que reconoce que los jueces no pueden dejar de administrar justicia cuando hay vacío o deficiencia de la ley, añadiendo que “en todo caso deben aplicarse los principios generales del derecho y el derecho consuetudinario”. La persecución de crímenes internacionales, precisamente, tiene lo último como fuente de legitimidad.

Siguiendo esa línea, esta tesis ofrece una reinterpretación del principio de legalidad -material y de derecho internacional- que permita reivindicar la función originaria de protección del individuo ante el abuso u arbitrariedad del ius punendi, conforme a los valores que distinguen a un Estado social y democrático de derecho. Ello permitirá aplicar directamente los tipos penales recogidos en fuentes de DPI y a su vez, cumplir con los deberes de persecución y satisfacer el derecho de las víctimas al acceso a la justicia y a la verdad.

*Nos quitaron la justicia y nos dejaron la ley*  
Eduardo Galeano

*“¿Qué ley divina he podido transgredir? ¿De qué me sirve, infortunada, elevar todavía mi mirada hacia los dioses? ¿Qué ayuda puedo invocar, ya que el premio de mi piedad es ser tratada como una impía? Si la suerte que me aflige es justa a los ojos de los dioses, acepto sin quejarme el crimen y la pena; pero si los que me juzgan lo hacen injustamente, ojalá tengan ellos que soportar más males que los que me hacen sufrir inicuaamente.”*

Antígona.



## **Capítulo 1**

### **Del Principio de Legalidad**



## Capítulo 1: Del Principio de Legalidad

No hay crimen sin ley, ni pena, sin ley. Esto postula en términos sencillos el principio de legalidad. Para que una conducta pueda ser sancionada como delito, antes debe estar prohibida por el derecho penal. La prohibición y sanción debe estar recogida por la ley penal. Es una garantía del Derecho penal moderno que busca limitar el poder del Estado<sup>3</sup>. La finalidad: proteger a los ciudadanos por igual y garantizarles la seguridad de saber cuáles son los límites de su libertad y cuándo y cómo la autoridad puede o no sancionar esta transgresión.

Este capítulo estudia el principio de legalidad desde sus orígenes hasta su contenido a la actualidad: su razón de ser atada a un contexto social y político determinado, la evolución que ha sufrido en función de la transformación de la sociedad y por tanto, del derecho penal, las sub garantías que lo definen -y el análisis crítico de cada una-, la distinción entre derecho y ley y finalmente, la aparición del principio de legalidad en el escenario internacional, su protección como derecho humano y la definición de contenido que ofrece el derecho internacional.

La primera parte es un repaso del principio de legalidad y cómo está actualmente regulado por el derecho penal nacional. Con ello, se plantea la problemática que representa esta visión dominante para la persecución y sanción de crímenes internacionales no implementados en la ley penal interna. La segunda parte, a fin de identificar si para este propósito, hay un conflicto con el principio de legalidad, estudia el período político y social en el que surge: la Ilustración. Con ello, se pretende recuperar la razón de ser de dicha herramienta utilizada para controlar el poder público, garantizar la separación de poderes en el Estado moderno, proteger al ciudadano y principalmente, traducir los dictados de la razón humana a través de la ley para garantizar los derechos naturales inherentes al individuo. Se evaluará, además, el impacto del iuspositivismo jurídico en definir el valor de la ley penal.

En la tercera parte se analizan las sub garantías del principio de legalidad recogidos por el derecho penal de tradición continental. Es decir, las manifestaciones de la garantía de la ley previa (o la prohibición de retroactividad), de la ley estricta (o la prohibición de la analogía penal), de la ley escrita (o la prohibición del uso de la costumbre como fuente de represión) y de la ley cierta (como mandato de determinación). Cada una de estas será estudiada a profundidad para verificar el razonamiento detrás de tales exigencias y ver si se mantienen incólumes frente al paso del tiempo, o si se cumplen a cabalidad en la práctica. Esto permitirá cuestionar la rigidez de las sub-garantías con el propósito de trasladar el valor de seguridad jurídica que pretende ofrecer no al cobertor positivo recogido en la ley, sino a la racionalidad del contenido valorativo que subyace a ella y a la finalidad de dicha represión (interpretación teleológica).

La cuarta parte desarrolla la evolución del principio de legalidad, a partir de la constatación de cambios en el orden social y político que obligan a repensar sus sub garantías. En la actualidad, ya no es suficiente que la ley recoja un precepto formal sin más para garantizar este principio,

---

<sup>3</sup> ROXIN, Claus. Derecho Penal Parte General. Editorial Civitas, S.A. 1997. p. 142.

sino que debe legitimarse en función de una legalidad material con contenidos valorativos y fines coherentes con el orden constitucional e internacional. Como dice Naucke, el principio de legalidad ha sufrido como resultado de la influencia del positivismo jurídico una progresiva pérdida de contenido del que era dotado en sus orígenes<sup>4</sup>. Esta idea de distinguir entre legalidad formal y material encuentra eco también en el escenario internacional, donde no existe un poder legislativo que emita leyes formales, sino un derecho integrado por un sistema de valores universales que los Estados están comprometidos en garantizar.

La quinta parte analiza el principio de legalidad bajo la regulación del derecho internacional, a partir de las fuentes que generan este conjunto de normas. La consolidación de un DPI, post juicios de Núremberg, toma el principio de legalidad como un principio de justicia hasta ser luego entendido como un derecho subjetivo de los individuos frente al *ius punendi*. Se evalúa también cómo ha sido entendido tanto en el sistema universal de protección de derechos humanos, como en el sistema regional europeo y latinoamericano. Se estudia también la interpretación que los tribunales penales internacionales han realizado sobre ello y a partir de ello, se plantea la adecuación del principio de legalidad de tradición continental a las exigencias previstas por el derecho internacional, así como al criterio material de legalidad.

En otras palabras, se busca armonizar la idea de justicia material que ha de respaldar el principio de legalidad penal nacional -represión penal justificada solo en tanto protección de los valores más esenciales de una comunidad- con la idea de un derecho -no necesariamente escrito- igualmente punitivo que subyace al principio de legalidad penal internacional -represión penal justificada en tanto protección de los valores más esenciales de la comunidad internacional-. Ello, con mayor razón si existen obligaciones internacionales que colocan al Estado en una posición de garante de proteger los derechos fundamentales lesionados con la comisión de estos crímenes, teniendo, además, deberes de penalización que así lo exigen.

La realidad histórica demuestra que no siempre hubo ley penal. Que no siempre estuvo escrita. Que no siempre fue precisa y que fue retroactiva, a favor o en contra del reo. No se trata aquí de pasar por encima de este principio, sino de entenderlo e interpretarlo en función del injusto penal, la finalidad que pretende conseguir y de los bienes jurídicos que el derecho penal, a través de la ley penal, busca proteger. La evolución del principio de legalidad obliga a repensar cada una de sus manifestaciones. Más aún en un escenario de cambios en la estructura de poder del Estado de Derecho y del mismo dentro de la comunidad internacional.

---

<sup>4</sup> NAUCKE, Wolfgang: Óp. Cit. P.549.

## 1. “Nullum crimen sine lege”

El artículo 2.24 d) de la Constitución del Perú<sup>5</sup> de 1993 y el artículo II<sup>6</sup> del Título Preliminar del Código Penal de 1991 recogen el principio de legalidad. La prohibición en la Carta Magna de procesar o sancionar a una persona por un acto no previsto en la ley antes de que esta lo cometiese, es el resultado del precepto anterior (el artículo 2.24 a) que prescribe que nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido a hacer lo que ella no prohíbe. Con esto, la Constitución peruana reconoce la autonomía del individuo y su derecho al libre desarrollo de la personalidad, pero especifica que estos tienen límites. Por eso, en un afán de distribuir equitativamente estas libertades en sociedad, dispone que el derecho penal sea la herramienta que delimite solo mediante ley, las fronteras que determinen cuándo la libertad de uno pone en riesgo la de un tercero.

Contravenirlas legitimará, entonces, al Estado a imponer una sanción con “la más enérgica arma a disposición de los gobiernos<sup>7</sup>”, como diría Carlos Santiago Nino. Esta es la paradoja del derecho penal: para garantizar las libertades de unos, el Estado está legitimado de privar las libertades de otros. La ilegítima intromisión en la esfera de libertad de un tercero materializada en la comisión de un delito podrá tener como consecuencia la privación del bien máspreciado: la libertad<sup>8</sup>.

En el Código Penal, el principio de legalidad se ubica como uno de los principios generales que ha de guiar el ‘ius punendi’ (el derecho a castigar) del Estado al prohibir que una persona sea sancionada por un acto si no ha sido antes previsto como delito o falta en la ley. Además, mientras que la Carta Magna sólo dice que la pena ha de estar contemplada en la ley, el Código Penal precisa que debe exigirse lo mismo para las medidas de seguridad. Esto es, medidas aplicadas a sujetos inimputables -que no tienen capacidad penal para comprender la norma penal y adecuar su comportamiento acorde a ello- regidas por un criterio de peligrosidad social, como el internamiento y el tratamiento ambulatorio (art. 71 CP)<sup>9</sup>. Dado que esta institución responde a otras necesidades y como no es objeto de esta tesis, restringiremos el análisis del principio de legalidad al extremo del injusto y la pena.

Por su parte, el principio de legalidad también se presenta en el artículo III<sup>10</sup> del Título Preliminar al prohibir la analogía de la ley penal; un método jurídico válido en otras ramas del derecho para llenar los vacíos y lagunas de la ley<sup>11</sup>, pero no en esta (más adelante, veremos si esto es cierto).

---

<sup>5</sup> Constitución Política del Perú de 1993. Artículo 2. Toda persona tiene derecho a: 24. La libertad y la seguridad personales. En consecuencia: d) Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley.

<sup>6</sup> Código Penal, 1991. Título Preliminar. Principios Generales. Artículo II. Nadie será sancionado por un acto no previsto como delito o falta por la ley vigente al momento de su comisión, ni sometido a pena o medida de seguridad que no se encuentren establecidas en ella.

<sup>7</sup> NINO, Carlos S. Fundamentos del Derecho Penal. Editorial: Gedisa, 2009. P.14

<sup>8</sup> HASSEMER, Winfried. Crítica al Derecho Penal de Hoy. Ed: Universidad del Externado de Colombia, 1997. P. 19.

<sup>9</sup> ROXIN, Claus. Óp.Cit. p. 104.

<sup>10</sup> Artículo III. - No es permitida la analogía para calificar el hecho como delito o falta, definir un estado de peligrosidad o determinar la pena o medida de seguridad que les corresponde.

<sup>11</sup> EXP. N. 0025-2005-PI/TC y 0026-2005-PI/TC. Párrafo 16.

Sobre el principio de legalidad, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado en reiteradas oportunidades<sup>12</sup>. No solo ha recogido las sub garantías que desarrollaremos más adelante (*lex praevia, lex scripta, lex stricta, lex certa*), sino que ha destacado que es un derecho subjetivo constitucional de los ciudadanos<sup>13</sup> en tanto lo protege de los márgenes de actuación del Poder Legislativo al comunicar qué conductas estarán prohibidas, pero también del Poder Judicial, al determinar por cuáles serán sancionados.

En la medida de que estamos ante un derecho fundamental<sup>14</sup>, además, ha de interpretarse también de acuerdo a los tratados internacionales de derechos humanos que el Estado peruano ha suscrito, léase el artículo 9 de la Convención Americana (CADH)<sup>15</sup>, el artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)<sup>16</sup> y el artículo 11<sup>17</sup> de la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH)<sup>18</sup> (cuyas disposiciones tienen también naturaleza de derecho consuetudinario y de *ius cogens*<sup>19</sup>). El principio de legalidad no sólo es un freno a la arbitrariedad de la autoridad pública, sino también del mismo derecho penal. En palabras de Roxin, “para que el ciudadano no quede desprotegido y a merced de una intervención arbitraria o excesiva del Estado Leviatán<sup>20</sup>”.

Concebir hoy un derecho penal que no gire en torno al principio de legalidad es impensable. El límite de la legalidad permite proteger al individuo de la arbitrariedad estatal. La ley penal, al servicio del derecho penal, debe delimitar, por tanto, las fronteras de su intervención para proteger los bienes jurídicos más elementales reprimiendo las conductas que los ponen en riesgo<sup>21</sup>, así como al individuo sindicado de cometerlas. Todo delito debe poner en riesgo o lesionar, en virtud del principio de lesividad recogido en el artículo IV del Título Preliminar del Código Penal, un bien jurídico. De lo contrario, una ley que prohíba una conducta que no cumpla este requisito,

---

<sup>12</sup> EXP. N. 010-2002-AI/TC Párrafo 46. / EXP. N. 08646-2005-PHC/TC Párrafo 1.

<sup>13</sup> EXP. N. 08886-2006-PHC/TC. Fundamento: Párrafo 4.

<sup>14</sup> Esta afirmación se desprende de una lectura sistemática del artículo 55, artículo 3 y la cuarta disposición transitoria de la Constitución peruana de 1993 que reconoce que los tratados internacionales de los que el Perú es Estado Parte se integran al derecho interno y aquellos que versan sobre derechos humanos, tienen rango constitucional.

<sup>15</sup> Artículo 9. Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.

<sup>16</sup> Artículo 15. 1. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello. / 2. Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional.

<sup>17</sup> Artículo 11. 2. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el Derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito.

<sup>18</sup> BURNEO, José. Derecho Penal Internacional. Genealogía de los crímenes internacionales más graves. Fondo Editorial: PUCP. P. 73

<sup>19</sup> NOVAK, Fabián. La Declaración Universal de Derechos Humanos cincuenta años después. En: Revista Agenda Internacional. P.85.

<sup>20</sup> ROXIN, Claus. Óp. Cit. P. 137.

<sup>21</sup> MEINI, Iván. Lecciones de Derecho Penal - Parte General: Teoría Jurídica del Delito. Fondo Editorial PUCP, 2014. P.22

será ilegítima. Ha de precisarse que por ‘bienes jurídicos’ se entienden las condiciones imprescindibles para que las personas podamos desarrollarnos en libertad; condiciones que la sociedad (y con ello, el ordenamiento jurídico) estima necesario proteger<sup>22</sup>.

Ahora, ¿qué hay detrás de la ley penal? ¿o qué la justifica? Las leyes, precisa Naucke, son reglas de contenido causal asociadas a una coacción contundente<sup>23</sup>. Esta coacción, por eso, necesita de una fundamentación material. Bien dice Fletcher que nadie en la tradición continental diría que el derecho penal se reduce a lo que está regulado en el Código Penal: “Ello llevaría a confundir derecho penal con ley penal<sup>24</sup>”. La ley penal es instrumental a los propósitos del derecho penal. “Las leyes, y, sobre todo, las leyes que imponen la fuerza y limitan la libertad de los ciudadanos solo pueden resultar legítimas en la medida en que resulten útiles para alcanzar esas finalidades”, dice Prieto Sanchís<sup>25</sup>. El derecho penal es legítimo, así, solo en tanto proteja la libertad e igualdad de sus ciudadanos.

Por eso, el argumento de la ‘ley es la ley’<sup>26</sup> no tiene cabida en un Estado social y democrático de derecho. Como señala Radbruch:

“El concepto del derecho establecido, el incuestionable positivismo dominante por décadas entre los juristas alemanes y su doctrina de ley es ley, fueron inermes e impotentes frente a semejante injusticia en forma de ley: los partidarios de esta doctrina fueron obligados a reconocer como derecho leyes tan injustas. La ciencia del derecho debe de nuevo recordar la milenaria sabiduría común a la antigüedad, a la edad media cristiana y a la época de la Ilustración, esto es, que hay un derecho más alto que la ley, un derecho natural; un derecho divino, un derecho racional, en una palabra, un derecho suprallegal, ante el cual lo injusto permanece injusto, así sea promulgado en forma de ley, ante el cual también una sentencia pronunciada con fundamento en semejante ley, no es administración de justicia, sino más bien injusticia, así no se impute al juez semejante injusticia como culpa personal, precisamente a causa de su educación positivista<sup>27</sup>”.

La falacia de autoridad, en virtud de la cual hemos de cumplir la ley porque lo manda el poder público, solo nos llevaría al punto de partida que hizo necesaria la aparición del principio de legalidad: el incuestionable poder de un soberano que había que controlar para proteger al individuo. El mismo órgano embestido del poder de dictar las leyes que han de regir nuestros comportamientos, está supeditado a los valores y principios de la Carta Magna. Como dice Bacigalupo, la defensa de los derechos fundamentales opera como una limitación al designio de las mayorías legislativas<sup>28</sup>.

Por eso, una ley positiva puede ser luego expulsada del ordenamiento jurídico si sucede así (a través del control concentrado de una acción de inconstitucionalidad) o puede un juez inaplicarla

---

<sup>22</sup> MEINI, Iván. Óp.Cit. P.30

<sup>23</sup> NAUCKE, Wolfgang. Óp. Cit. P. 547.

<sup>24</sup> FLETCHER, George. The Grammar of Criminal Law: American, comparative, and international: volume one: foundations. Oxford University Press, 2007. P. 74.

<sup>25</sup> PRIETO SÁNCHEZ, Luis. La Filosofía penal de la Ilustración. Editorial: Palestra. Lima, 2007. P.35

<sup>26</sup> RADBRUCH, Gustav. Arbitrariedad Legal y Derecho Supranacional. En: Relativismo y Derecho. Trad: Luis Villar Borda. Editorial Temis S.A, 1992. P. 21

<sup>27</sup> RADBRUCH, Gustav. La Renovación del Derecho. En: Relativismo y Derecho. Trad: Luis Villar Borda. Editorial Temis S.A, 1992. P.13

<sup>28</sup> BACIGALUPO, Enrique. Principios Constitucionales del Derecho Penal. Ed. Hammurabi. P. 16.

a un caso en función del control difuso. “Junto a la legalidad formal, el contenido de las leyes penales debe responder a la Constitución; especialmente, al concepto de Estado social y democrático de derecho y a los derechos fundamentales<sup>29</sup>, dice Naucke.

Si la ley penal es un ‘contenido causal asociado a una coacción contundente’ que necesita un contenido axiológico para legitimarse, es ilegítima la ley que carece de esto último. La pregunta es, si es posible extender este razonamiento a casos en donde la ley penal -entendida en términos formales- no recoge estos valores porque el “recipiente formal” no existe debido a un deber de implementación que el Estado peruano incumple -es decir, hay un vacío legal- o, existe de manera defectuosa, por responsabilidad del legislador que no adecúa el tipo penal a los estándares normativos internacionales. Es decir, cuando la ley penal nacional no positiviza los valores y principios indispensables de un Estado de derecho, pero además de la comunidad internacional.

Para colocarlo con un ejemplo: ¿Qué pasa cuando no hay una ‘ley’ penal nacional que resguarde adecuadamente los bienes jurídicos individuales y colectivos que exige proteger el derecho internacional y obliga a sancionar crímenes de guerra o crímenes de lesa humanidad? Es decir, cuando no hay ley penal, aunque sí exista derecho. He ahí el debate de la persecución y sanción de crímenes internacionales en el Estado peruano. La gran mayoría de estos no han sido implementados en leyes internas, lo han sido de manera deficiente, o después de haberse cometido los crímenes. El Estado obligado a investigar, perseguir y sancionar estos crímenes se ha visto, por tanto, impedido de recurrir a otra fuente de derecho que no sea la ley penal nacional, bajo el entendimiento de que el principio de legalidad estricto así lo exige.

Aplicar directamente desde el DPI los tipos penales de los crímenes internacionales es, por eso, según un nutrido sector de la doctrina<sup>30</sup>, un imposible jurídico que solo podría resolverse si se tipifican bien en el Código Penal nacional o en una ley especial. El resultado: lagunas de impunidad, no reconocimiento del desvalor sociojurídico de los crímenes internacionales -por tanto, del merecimiento de sanción- e incumplimiento de obligaciones internacionales que pesan sobre el Estado peruano. No solo por la no implementación o adecuación de la normativa interna. Sino por la no judicialización de estos crímenes, ahí donde las leyes penales impidan dicha persecución<sup>31</sup>. Esto último no quita que el delito deje de serlo, pero los hechos no son sancionados (atribuidos penalmente a un individuo) por razones que escapan a la configuración del delito, como el paso del tiempo que hace imperar leyes de prescripción<sup>32</sup> u otros excluyentes de

---

<sup>29</sup> NAUCKE, Wolfgang. Derecho Penal. Una Introducción. Ed: Astrea, 2006. P.103

<sup>30</sup> Léase CHANG, Romy; Debate en torno a la Imprescriptibilidad de Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad ¿Es posible su aplicación retroactiva?. En: Ius et Veritas. Num.43 (2011). MONTROYA, Yvan. El derecho Internacional y los delitos. En: Los Caminos de la Justicia, PUCP.

<sup>31</sup> Incluyo dentro de ello, la ‘no idoneidad’ de la sanción frente a estos graves hechos que se explican por la falta de proporcionalidad de las penas, el no reconocimiento jurídico penal del desvalor del injusto, las sanciones interrumpidas por leyes de amnistía, indultos o excluyentes de responsabilidad penal, y otros.

<sup>32</sup> Véase el artículo 80 del Código Penal: ‘La acción penal prescribe en un tiempo igual al máximo de la pena fijada por la ley para el delito, si es privativa de libertad. En caso de concurso real de delitos, las acciones prescriben separadamente en el plazo señalado para cada uno. En caso de concurso ideal de delitos, las acciones prescriben cuando haya transcurrido un plazo igual al máximo correspondiente al delito más grave. La prescripción no será mayor a veinte años. Tratándose de delitos sancionados con pena de cadena perpetua se extingue la acción penal a los treinta años

responsabilidad penal (amnistías, indultos), o debido a la ausencia de una tipificación interna de los crímenes acorde al DPI.

Si entendemos la legalidad desde esta perspectiva estrictamente positiva, la ley penal, se torna en una barrera no sólo para los propósitos del derecho penal nacional como instrumento de protección de los bienes jurídicos más importantes de un Estado social y democrático de derecho, y del DPI que se vale, principalmente, de los tribunales internos para cumplir los cometidos que este dispone. Más, si entendemos que el principio de legalidad no tiene una única acepción y desde el Derecho Internacional, se erige como un derecho fundamental que protege a los individuos de ser sancionados por delitos que no lo fueran según el derecho nacional e internacional.

Esta investigación busca reinterpretar el principio de legalidad y cuestionar la acepción positiva de la ley penal a fin de recoger el contenido axiológico que la legitima, que, además, tratándose de crímenes internacionales, habilita a un Estado a perseguir crímenes internacionales reconocidos en el derecho internacional, aun si la ley penal positiva no lo hace o no lo hizo cuando se cometieron.

En otras palabras, este trabajo busca armonizar la idea de justicia material que ha de respaldar el principio de legalidad penal nacional -represión penal justificada solo en tanto protección de los valores más esenciales de una comunidad- con la idea de un derecho -no necesariamente escrito- igualmente punitivo que subyace al principio de legalidad penal internacional -represión penal justificada en tanto protección de los valores más esenciales de la comunidad internacional-. Con mayor razón si hay obligaciones internacionales que colocan al Estado en una posición de garante de proteger los derechos fundamentales lesionados con la comisión de estos crímenes, teniendo, además, deberes de penalización que hacen estos actos sancionables por razones de merecimiento -dada la gravedad- y de necesidad social -dado los compromisos internacionales- de pena.

## 2. Orígenes y fundamento liberal

El principio de legalidad nace en el Siglo de las Luces (mitad del S.XVIII). Este periodo, también llamado de la Ilustración, se caracterizó por una exponencial ebullición de ideas, estudios, debates socioculturales destinados a reconocer y potenciar la racionalidad del individuo y sus derechos naturales. La razón humana era el instrumento para combatir la ignorancia y la tiranía. Esta base impulsó el movimiento liberal clásico que pensadores como Immanuel Kant, John Locke, Jean Jacques Rousseau, Montesquieu compartían para reivindicar la libertad y autonomía del individuo en dirigir su propia existencia marcando un claro divorcio de aquellos fenómenos que por años lo habían hecho: la religión, la familia, la tradición<sup>33</sup> y todo aquello que representaba el Antiguo Régimen (*Ancien Regime*).

---

<sup>33</sup> RIVERO, Ángel, *Liberalismo radical (De Paine a Rawls)*. Coordinador: J. Antón Mellón. Ideologías y movimientos políticos contemporáneos. Ed. Tecnos, Madrid, 2006, p. 50.

Las teorías contrarias a la monarquía absoluta, la separación de poderes de Montesquieu<sup>34</sup>, la teoría del hombre bueno de Rousseau<sup>35</sup>, las ideas anticlericales de Voltaire<sup>36</sup>, el estado de naturaleza de Hobbes<sup>37</sup>, las distintas limitaciones al poder impulsaron la reforma política y jurídica que sentó las bases de la Revolución Francesa. Las tesis de la filosofía Ilustrada entraron en abierta contradicción con las instituciones penales del Antiguo Régimen: la penitencia religiosa era incompatible con la secularización, el sistema jurídico arbitrario y desproporcional lo era con el racionalismo, la pena expiatoria era contraria al utilitarismo y la crueldad de los procedimientos y los castigos era absolutamente inviable bajo un espíritu humanitario y filantrópico<sup>38</sup>.

La Ilustración cambió las estructuras de poder al interior del Estado y de cara al ciudadano. Implicó pasar de una sociedad estamental, organizada en función de los privilegios inamovibles con los que algunos individuos nacían, a una sociedad de clases sin privilegios<sup>39</sup> que reivindicaba la libertad e igualdad ante la ley de los individuos como base para el cambio. La razón, en ese contexto, fue el motor de la acción. El propósito de los ilustrados se basaba en transitar de las preocupaciones etéreas de conceptos puros y abstractos hacia los problemas mundanos para entender la realidad y transformarla. Según recoge Prieto Sanchís<sup>40</sup>, el punto de partida que impulsa esta transición estuvo fuertemente marcado por una tendencia iusnaturalista ‘etérea’ que autores como Leibniz seguían cuando distinguían claramente, por ejemplo, la ley positiva del derecho (“*la equivocación de aquellos que han hecho a la justicia depender del poder, viene, en parte, de que han confundido el derecho con la ley. El derecho no puede ser injusto; sería una contradicción. Pero la ley bien puede serlo*”<sup>41</sup>).

Esta separación (entre lo abstracto y lo pragmático), explica el autor, se volvió insoportable para los ilustrados que consideraban que la razón no podía ser razón si no era capaz de tener un impacto en la realidad. Por eso, su propuesta incluía comprender a través de la razón humana las leyes naturales que rigen al individuo, y bajo un razonamiento pragmático, plasmarlas en el derecho positivo. De ahí, la vocación del siglo XVIII hacia la legislación<sup>42</sup>. La ley perpetua y segura era, bajo esos presupuestos, la herramienta para materializar la razón: “cuanto más análogas sean las leyes positivas con las leyes naturales, más fácil y segura será su ejecución, y recíprocamente, cuanto más se alejen, su observancia se convertirá en penosa e incierta”<sup>43</sup>.

---

<sup>34</sup> MONTESQUIEU. Del Espíritu de Las Leyes, 1748.

<sup>35</sup> ROUSSEAU, J. J. (1955). Emilio. Buenos Aires, Eds. Safian.

<sup>36</sup> VOLTAIRE. Traducción: Fernando Savater. Cartas Filosóficas. Madrid: Editora Nacional, 1976. Print.

<sup>37</sup> HOBBS, Thomas. Leviatán. Trad. de C. Mellizo, Madrid, Alianza, 2006, XLVI.

<sup>38</sup> PRIETO SANCHÍS, Luis. La filosofía penal de la Ilustración Española. En: Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos in memoriam. Ediciones de la Universidad de Castilla - La Mancha, Ediciones Universidad Salamanca, Cuenca 2001. P. 490.

<sup>39</sup> DAVIES, Peter. La Revolución Francesa. Una breve introducción. Alianza, Madrid, 2014.

<sup>40</sup> Idem. P.12

<sup>41</sup> Idem. P.13

<sup>42</sup> Idem. P.14.

<sup>43</sup> ‘Un projet de declaration anonyme’, junio de 1789 en La declaration des droits de l’homme et du citoyen, por S. Rials. Citado, p. 583.



En este contexto, el modelo de organización política secularizada<sup>44</sup>, de separación entre derecho y moral, fue significativa para lograr una sociedad de seres libres. Como sostiene Ferrajoli, la secularización tuvo tres efectos: 1) impidió al Estado ser el brazo secular al servicio de alguna opción moral o religiosa, con lo cual limitó la represión a acciones dañosas contra terceros, 2) orientó al Estado a castigar hechos y no rasgos morales de las personas; y 3) excluyó los fines de reeducación moral de la pena; por tanto, el Estado solo debía intervenir cuando lesionara bienes sociales y no cuestiones de fe<sup>45</sup>. Sostiene Prieto Sanchís, que esta postulada separación entre derecho y moral condujo a una concepción artificial e instrumental del Estado -impactada también por el utilitarismo-, en donde el Estado ya no se justifica por sí mismo o una dependencia religiosa, sino exclusivamente por sus servicios a los individuos<sup>46</sup>. Las leyes, en ese contexto, resultaban legítimas solo en tanto sean útiles para alcanzar finalidades ulteriores, como la seguridad de sus ciudadanos.

Aunque no todos los filósofos ilustrados de la segunda mitad del siglo XVIII pensaban igual, en términos generales, la legislación se percibía como aquella ciencia tendiente a producir leyes racionales que moldearan el comportamiento humano. Se confiaba en la legislación porque la tesis era que las leyes que la integraban habían sido formadas a través de la razón humana (no más la moral o alguna deidad). En la filosofía ilustrada, precisa Prieto Sanchís, la ley distaba de ser la mera expresión de una voluntad política y era “ante todo el instrumento de las Luces para hacer realidad los dictados de la razón y por ello, además, de garantizar los derechos naturales, es preciso que ella misma reúna en su formulación las características propias de la ley natural<sup>47</sup>”.

De ahí la insistencia en que las leyes fueran claras, precisas, accesibles, uniformes para todos los ciudadanos. Solo así, sería una garantía no solo de la seguridad y certeza de los individuos, sino también de la igualdad: la ley natural (y positiva) debía ser igual para todos. Así lo recoge el autor más representativo de la época, el marqués Cesare Beccaria en su famoso tratado “De los delitos y las penas<sup>48</sup>”, quien defendía el principio de legalidad y criticaba las leyes ambiguas, vagas y oscuras. Esta absoluta confianza en las leyes para definir los delitos y las penas tuvo como contracara en Beccaria la desconfianza en el poder y en la riesgosa discrecionalidad de los jueces al aplicarlas. Tanto, que llegó a rechazar categóricamente su interpretación<sup>49</sup>.

La interpretación era, para este autor, una manera ilegítima de crear derecho por parte de un órgano que no tenía la competencia para hacerlo: “[...] ningún magistrado puede con justicia decretar a su voluntad penas contra otro individuo<sup>50</sup>”. Similar posición tenía el filósofo Denis Diderot, citado por Prieto Sanchís, para quien la jurisprudencia, es decir, la interpretación de jueces volcada en sentencias era un instrumento nocivo que desvirtuaba el estricto sometimiento a la ley por parte del juez: “a la larga terminan por conformar una contra-autoridad legal. Los

---

<sup>44</sup> Idem. P. 11

<sup>45</sup> FERRAJOLI, Luigi. Derecho y Razón. P.222.

<sup>46</sup> PRIETO SANCHÍS, Luis. La filosofía penal de la Ilustración. Ed. Palestra. P.34

<sup>47</sup> PRIETO SANCHÍS, Luis. Op.Cit. p.59

<sup>48</sup> BECCARIA, Cesare. Del delito y de las Penas. P. 21

<sup>49</sup> Idem. P. 22

<sup>50</sup> Ibídem.

comentaristas de los libros sacros han dado lugar a mil herejías. Los comentaristas de las leyes las han sofocado; por tanto, [hay que] prohibir toda cita de una sentencia<sup>51</sup>”.

En la misma línea y en palabras del entonces jurista Gaetano Filangeri: “El juez es en el tribunal el órgano de la ley y no tiene libertad para separarse de ella. Si la ley es inflexible, debe serlo el juez igualmente; si esta no conoce amor, odio, temor ni lástima, el juez debe ignorar como ella esas pasiones. Aplicar el hecho a la ley es el único objeto de su ministerio<sup>52</sup>”. Y finalmente, la frase que mejor grafica este pensamiento es la de Montesquieu al precisar que “los jueces de la nación no son, como hemos dicho, más que el instrumento que pronuncia las palabras de la ley<sup>53</sup>”.

Esta manera de percibir la justicia por parte de los ilustrados alentó un modelo de juez pasivo, neutral y sometido únicamente a la ley<sup>54</sup>. Era una legalidad estricta cuyo apego a la ley, sin embargo, tenía un motivo: la racionalidad que ella comportaba, como ya se ha advertido antes. Esta racionalidad, al suprimir la arbitrariedad, garantizaría la seguridad jurídica. La premisa era que una ley racional debía tender hacia una interpretación racional a través de la más lógica operación del silogismo jurídico. El juez solo debía verificar hechos y subsumirlos mecánicamente en la ley. El derecho natural de las personas que necesariamente reflejaba la ley de manera abstracta y general era una válida expresión de la soberanía, y escrita de manera clara, precisa, sencilla era una medida que garantizaría la libertad y seguridad de los individuos.

Como dice Ferrajoli, “lo que unifica el pensamiento político ilustrado (...) es en todo caso, la concepción (del deber ser) del estado y del derecho positivo no como fines o valores en sí mismos, sino como instrumentos de garantía de los contenidos y de los valores dictados por el derecho natural y asumidos como sus fundamentos externos; ya se entiendan éstos al modo tradicional como imperativos de la naturaleza o de la razón<sup>55</sup>”.

Esto explica la aparente paradoja del pensamiento contractualista de la Ilustración: “iusnaturalista en la medida en que halla en el derecho natural los fundamentos del estado y sus principios de justificación externa; pero al mismo tiempo iuspositivista en tanto en cuando estos fundamentos externos, empezando por el principio convencionalista de legalidad, sirven precisamente para fundamentar, así como para moldear y limitar, al derecho estatal positivo como el único derecho vigente<sup>56</sup>”. Esto último se manifestó principalmente en el principio de legalidad estricta que fue teorizado en la Ilustración en términos tan ingenuos y extremistas como para resultar irrealizable, según este autor: “baste pensar en la prohibición no sólo de una analogía sino incluso de interpretación y en la ilusión de una aplicación mecánica y literal de la ley<sup>57</sup>”.

---

<sup>51</sup> PRIETO SÁNCHEZ, Luis. *Op. Cit.* P. 63

<sup>52</sup> FILANGERI, Ciencia de la Legislación, citado, Libro III, cap. XX. P 269.

<sup>53</sup> MONTESQUIEU, Del espíritu de las Leyes, Libro XXIX, cap. VI. P. 156

<sup>54</sup> PRIETO SÁNCHEZ, Luis. *Op.Cit.* p.62.

<sup>55</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal.* Madrid: Trotta. 1995. P. 227

<sup>56</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Op. Cit.* P. 226

<sup>57</sup> *Idem.* P. 383

Los ilustrados reaccionaron a un contexto de crisis del Antiguo Régimen que los llevó a justificar el Estado con fines utilitarios extra-estatales y límites racionales. Movidamente aun por premisas iusnaturalistas, señala Ferrajoli, el pensamiento jurídico ilustrado reformó el Estado, colocando las bases del estado de derecho como un sistema de poder vinculado a reglas que asumían como fin, no valores ultraterrenales o ultrahistórico, sino la tutela de la vida y los demás derechos fundamentales del ciudadano<sup>58</sup>. De ahí que el artículo 5 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano<sup>59</sup> de 1789, limitase el poder punitivo mediante la ley en los siguientes términos: “la ley no puede prohibir más que las acciones dañosas para la sociedad”. En otras palabras, debían ser instrumental para la protección de los derechos de los individuos.

## 2.1 Bajo el positivismo jurídico

Tras la formación del estado liberal, el proceso de codificación -empezando con la creación del Código Penal Francés inspirado en los postulados de la razón y el Código Penal bávaro redactado por von Feuerbach<sup>60</sup>-, y el consiguiente ocaso del derecho natural, se pierde en la cultura jurídica toda referencia axiológica para justificar y limitar el derecho vigente. La ‘carga de la justificación’ se diluye con la consolidación de un Estado libre de vínculos naturales o religiosos. Como dice Ferrajoli, “no es ya la ‘legislación’, es decir, el derecho por establecer, sino solo la ley ‘positiva’ o la ya establecida la que se convierte, del siglo XIX en adelante, en el objeto común de los que piensan<sup>61</sup>”. El objeto de estudio de juristas se vuelve lo que es y no lo que debiera ser; de ahí su aproximación empirista.

Desde 1813 hasta 1871, señala Schmidt, la legislación penal estuvo dominada por la incidencia de Feuerbach, creador del aforismo en latín “Nullum crimen, nulla poena, sine lege<sup>62</sup>”. “En los códigos penales sometidos al influjo de von Feuerbach podemos observar que el positivismo legal que ellos hicieron posible, y quisieron realizar, fue obra del espíritu científico y se basa en el positivismo científico<sup>63</sup>”, señala. Feuerbach construyó toda una dogmática penal sistemáticamente cerrada, transfiriendo sus conocimientos científicos al lenguaje de la ley<sup>64</sup>. Como dice Schmidt, “las leyes del siglo XIX que se apoyaban en ese conocimiento objetivo estrictamente científico podían ostentar con toda razón el nombre de ‘ley’”. El positivismo científico que impregnó las leyes estaba en una “inconsciente concordancia con las exigencias políticas y económicas de su época, que era la del liberalismo<sup>65</sup>”.

La filosofía política liberal y el principio de legalidad llevó al derecho penal, como dice Mir Puig, a sustraer a la ciencia jurídica, y muy especialmente a la penal, de toda capacidad creadora del

---

<sup>58</sup> *Ibidem*.

<sup>59</sup> DE FROUVILLE, Olivier. Droit International Penal: sources, incriminations, responsabilité. P. 29.

<sup>60</sup> PRIETO SÁNCHEZ, Luis. *Óp. Cit.* P.6

<sup>61</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Óp. Cit.* P. 228

<sup>62</sup> SCHMIDT, Eberhard. La Ley y los Jueces. Valores positivos y negativos del positivismo. En Derecho Injusto y Derecho Nulo. Ed. Aguilar. Trad: Jose María Rodríguez Paniagua. 1971. P. 27

<sup>63</sup> *Idem*. P. 28

<sup>64</sup> *Idem*. P.30

<sup>65</sup> *Idem*. P.33

Derecho<sup>66</sup>. Según Schmidt, tenía que resultar contraproducente mirar de soslayo a otros valores distintos de los inmanentes a la ley<sup>67</sup>. Por eso, Roxin dice que el positivismo destierra de la esfera de lo jurídico las dimensiones de lo social y lo político<sup>68</sup>. Hart, precursor del positivismo jurídico, postuló la separación entre derecho y moral al punto que la existencia del derecho era una cosa, su mérito o demérito, otra diferente<sup>69</sup>. Bajo esta perspectiva, aunque algo pareciera moralmente injusto, podía ser considerado derecho válido.

Con el propósito de crear un método científico que excluyera cualquier tipo de connotación extrajurídica, el positivismo jurídico de fines del siglo XIX destaca Welzel, significó “la reducción de la razón captadora de sentidos al entendimiento técnico-instrumental, orientado a la existencia<sup>70</sup>”. La teoría jurídica se definía en función de lo constante, mediante la observación empírica: “No importa el valor de tal derecho, cada existencia del derecho es una cosa, su valor o desvalor es otra<sup>71</sup>”.

No era el criterio de legitimidad o el de justo o injusto, en base a consideraciones morales o éticas lo que determinaba si algo podía ser llamado derecho, sino el de la validez de las normas. La teoría pura del derecho (libre de cualquier rasgo moral) de Hans Kelsen llegó a afirmar, incluso, que podía ser “derecho cualquier contenido arbitrario<sup>72</sup>”. El derecho podía ser justo o injusto, pero una ley injusta nunca dejaba de ser ley: “La validez de un orden jurídico positivo es independiente de su correspondencia, con cierto sistema moral<sup>73</sup>”. Como sostiene Miró Quesada, filósofos como Kelsen sostienen que los conceptos de moralidad y de justicia son demasiado vagos para poder fundar el derecho sobre bases éticas<sup>74</sup>. “Según ellos, lo único que debe ser considerado como norma jurídica es que haya sido promulgada cumpliendo los requisitos exigidos por la ley. Por ejemplo, que haya sido aprobada por la Cámara de Diputados y el presidente de la República la haya refrendado con su firma. (...) Si se aplica su concepción al pie de la letra, cualquier tipo de derecho es válido”, añade.

La concepción estándar de positivismo jurídico -para Atienza, la que utiliza Bobbio<sup>75</sup> era la de un positivismo jurídico como “enfoque metodológico” que concebía al derecho como un conjunto

---

<sup>66</sup> MIR PUIG, El Derecho Penal en el Estado Social y Democrático de Derecho. Editorial: Ariel S.A Barcelona, 1994. P.16

<sup>67</sup> SCHMIDT, Eberhard. Op. Cit. P.30

<sup>68</sup> ROXIN, Claus. Política Criminal y sistema del derecho penal. (Criminal Politik und Strafrechtssystem), Huelva, Universidad de Huelva-Imprenta Beltrán, 2009. P. 41

<sup>69</sup> H.I.A, HART., El concepto de derecho, Buenos Aires. 1961. P.184.

<sup>70</sup> WELZEL, Hans. Positivismo y Neokantismo. ACFS, 1962, Núm 2. P.34

<sup>71</sup> Ibídem.

<sup>72</sup> Idem. P. 37.

<sup>73</sup> KELSEN, Hans. Teoría pura del derecho, tratado de Roberto J. Vernengo, México, UNAM. P. 80

<sup>74</sup> MIRÓ QUESADA CANTUARIAS, Francisco. El hombre, el mundo, el destino. Universidad de Lima. Fondo de Desarrollo Editorial. P.161

<sup>75</sup> ATIENZA, Manuel; RUIZ MANERO, Juan. Dejemos atrás el positivismo jurídico. En Revista Isonomía. No.27. Octubre, 2007. P.10. Las tres formas de entender el positivismo según Norberto Bobbio eran: 1) como enfoque metodológico, en el sentido de delimitar el objeto de estudio al derecho que es; 2) como teoría, para referirse a la teoría estatal en base a características como la definición del derecho, las normas jurídicas, las fuentes del derecho, etc; y 3) y como ideología, para referirse a la actitud valorativa frente al derecho positivo, donde solo por el hecho de existir, el derecho tiene desde ya un valor positivo; hay, por tanto, un deber moral de obedecer las reglas que existen, cualquiera fuera su contenido.

de normas válidas o un ordenamiento no determinado por criterios morales, sino por los de eficacia o reconocimiento. Así señala: “La identificación de un cierto sistema como Derecho positivo vigente se haría depender de criterios como la eficacia general, al modo de Kelsen, o el reconocimiento por los tribunales y funcionarios, al modo de Hart, y la identificación de sus normas integrantes vendría determinada, en todo caso, por criterios contenidos en el propio sistema, de manera que el jurista (positivista) no tendría mayores dificultades para afirmar que una norma puede ser una norma válida de acuerdo a los criterios de validez de un cierto Derecho positivo vigente, y al mismo tiempo, injusta<sup>76</sup>”.

Señala Schmidt que, al derivarlo de una atribuida científicidad, el positivismo jurídico “era un símbolo de armonía de todos los elementos que constituyen una vida jurídica sana y ordenada<sup>77</sup>”. Incluso Welzel sostuvo que el jurista recurría a la norma positiva y daba preferencia al orden existente, no porque venerase el poder, sino porque reconocía en el orden positivo “el primer valor elemental del derecho: la superación del caos y la seguridad de la existencia de todos<sup>78</sup>”.

La armonía del positivismo jurídico de fines del siglo XIX se rompió, sin embargo, a mediados del siglo XX: no ofrecía per se una fuerza legitimadora o garantizaba la aplicación de un derecho justo y razonable. Autores como Dworkin criticaron a Hart al señalar que el derecho no estaba solo constituido de reglas jurídicas, sino de principios, los últimos que pertenecen a un orden moral, con lo cual no cabía sostener la nítida división entre derecho y moral, propia del positivismo jurídico<sup>79</sup>. Agregaba que el derecho no consiste exclusivamente en normas, sino que es una actividad, una práctica interpretativa donde juega un papel importante los fines y valores de la misma: la teoría del derecho no ha de tener un carácter descriptivo, sino normativo: “no importa tanto la descripción de una realidad ya dada, existente fuera de nosotros, como la participación en esa práctica de cara a conformarla de manera que se logre una realización máxima de los valores y fines que dan sentido a las normas y que tienen primacía sobre ellas<sup>80</sup>”.

El gran problema de esta corriente, en palabras de Atienza, fue que “versaba acerca de lo que es indudablemente un artefacto construido por nosotros –nuestros sistemas jurídicos–, pero se vedaba a sí misma el plantearse problemas relativos tanto a la justificación del artefacto como al buen uso del mismo<sup>81</sup>”. Señala así que el positivismo jurídico, que veía lo “valioso derivado de lo ordenado, los juicios de valor como derivados de directivas, y éstas como expresiones de una voluntad que esgrime una pretensión de autoridad ilimitada” lo inhabilita para intervenir hoy en las discusiones centrales de un Estado constitucional<sup>82</sup>. Dicha tesis necesariamente partía de una mirada del derecho como sistema y no (también) como práctica social consistente en decidir casos, justificar sus decisiones, producir normas, etc.

---

<sup>76</sup> ATIENZA, Manuel. Óp. Cit. P. 13

<sup>77</sup> SCHMIDT, Eberhard. Op. Cit. P.32

<sup>78</sup> WELZEL, Hans. Op. Cit. P.34

<sup>79</sup> ATIENZA, Manuel. Óp. Cit. p. 14

<sup>80</sup> *Ibíd.*

<sup>81</sup> *Idem.* P. 22

<sup>82</sup> *Idem.* P.24

Naucke, en esa línea, critica cómo el principio de legalidad, influenciado por el positivismo jurídico, perdió contenido desde Binding a inicios del siglo XX<sup>83</sup> (“con Binding, emerge la idea de la invulnerabilidad de la ley, de su inquebrantable autoridad. Incluso se confirma la ‘excelencia’ de la ley, pero no se concibe ya el principio jurídico-penal de legalidad, ni en cuanto al contenido, ni en cuanto a la forma, como un absoluto cultural<sup>84</sup>”), donde vino predeterminado por las necesidades políticas del Estado y la sociedad, hasta Von List (“desde el pensamiento de Von Listz: la ley penal es una regla positivizada no determinada en cuanto a su contenido en la que puede apreciarse la dimensión e identidad de la fuerza de la pena estatal<sup>85</sup>”), llegando a ser la ley pura forma vacía, pues “puede desde una concepción positivista acoger de todo: derecho, desorden o injusto<sup>86</sup>”. Añade así que, bajo el positivismo jurídico, “solo es preciso insistir en la validez de la regla a la vez que se incluye en las recopilaciones de textos legales<sup>87</sup>”, de ahí que el autor advierta que las leyes necesitan de una fundamentación para la coacción: “un principio de legalidad penal empeñado en hallar concretos contenidos de humanidad es lo que caracteriza fundamentalmente la idea de legalidad<sup>88</sup>”. Esta fundamentación a la que hace alusión Naucke es precisamente lo que ha de tener una ley penal para ser legítima, lo que será analizado en el acápite 4.2.

## 2.2. Impacto de los Ilustrados y los derechos naturales

Si ha de resumirse en cuatro los principales fenómenos que incidieron en lo que hoy conocemos por el principio de legalidad, Roxin recata los siguientes: 1) el liberalismo político -antes descrito-; 2) la democracia y la división de poderes, 3) la prevención de los delitos y 4) el principio de culpabilidad. Los primeros dos tiene una razón política, asentada en la lucha de la burguesía contra el Estado absolutista, en la sumisión de los gobernantes y jueces al mandato de las leyes y, en la separación de poderes en una democracia participativa que determine que sólo el poder legislativo, órgano de representación directa del pueblo, pueda delimitar las conductas que la sociedad no ha de tolerar y, por tanto, ha de castigar, mientras que los jueces, se limitan a respetar y aplicar ese mandato.

Los últimos dos aspectos tienen una razón jurídico penal. Lo primero -la prevención del delito- está relacionado a los postulados de Feuerbach<sup>89</sup>, quien desarrolla la idea de que la pena debía ser un medio de coacción psicológica en los individuos para evitar que cometan delitos, algo que solo podía lograrse si el individuo conocía y entendía la ley para motivarse por ella. Con ello, la ley debía ser accesible, expresa, clara. La relación entre el principio de legalidad y el fin preventivo

---

<sup>83</sup> WOLFGANG, Naucke. La progresiva pérdida de contenido del principio de legalidad. P. 536

<sup>84</sup> Ibidem.

<sup>85</sup> Idem. p.537

<sup>86</sup> Idem. p.542.

<sup>87</sup> Idem. p.548

<sup>88</sup> Idem. P. 549

<sup>89</sup> Esta acepción se erige como presupuesto de la teoría de la pena de Feuerbach, cuya función era intimidar a la población (“preventivo general positivo”). Así, sostenía que como la pena ocurre después de que se perpetra el delito, no era suficiente para prevenirlo. Por tanto, enfatiza la necesidad de instaurar una coacción psicológica para anticiparse al delito. La población que aún no delinque se inhibirá de ese modo, de cometer el delito a través del ejemplo con el infractor. La pena como “coacción psicológica”.

negativo especial de la pena era evidente. El autor sostenía además que el delincuente manifestaba con la pena su conformidad con las reglas que libremente había decidido transgredir: si el autor conocía la ley, y a pesar de eso, delinquía, consentía la sanción con el mismo derecho con que se le podría exigir el cumplimiento de un contrato<sup>90</sup>. Esto último refuerza el segundo punto -la culpabilidad-, donde el principio de legalidad garantiza que el ciudadano haya conocido antes, o por lo menos, haya tenido la oportunidad de averiguar, que su conducta estaba prohibida.

El principio de legalidad no puede sino entenderse en función del contexto histórico en el que aparece y en base a las finalidades que pretendía lograr según los principales filósofos de la época. Los aportes de esta institución no solo abarcan la ventaja que ofrecía para limitar el poder punitivo del Estado, sino que englobaban el constituirse en una herramienta para hacer respetar los derechos naturales, entendiéndose inherentes, de los gobernados<sup>91</sup>. La ley positiva debía, a través de la razón humana, reflejar estos derechos<sup>92</sup>.

La idea de que los derechos naturales de la persona racional, autónoma, libre por naturaleza e igual ante la ley, integra en efecto, los cimientos de lo que hoy conocemos como “derechos humanos”<sup>93</sup>. Como indica Bobbio, “mientras la afirmación de los derechos naturales era una teoría filosófica, esta afirmación tenía valor universal, pero no tenía eficacia práctica alguna; cuando estos derechos fueron acogidos en las constituciones modernas, su protección se convirtió eficaz, pero sólo en los límites en los que venía reconocida por parte de aquel determinado Estado<sup>94</sup>”. El autor así, reconoce el proceso de positivización de los derechos humanos, nacidos inicialmente como derechos naturales universales (pero únicamente pensados), dotados luego de una fuerza coercitiva estatal y finalmente, de una plena realización como derechos positivos universales, en el que señala, Hernández, “el Estado que no reconozca o que viole sistemáticamente los derechos aceptados por la vía del consenso, puede incluso ser obligado a respetarlos por la presión de la comunidad internacional<sup>95</sup>”.

El mismo Tribunal Constitucional peruano ha reconocido ya que los derechos humanos se originan en la tesis de los derechos naturales inherentes a la persona, en su sentencia del 6 de agosto de 1996: “La persona humana por su dignidad tiene derechos naturales anteriores a la sociedad y al Estado, inmanentes a sí misma, los cuales han sido progresivamente reconocidos hasta hoy en su legislación positiva como derechos humanos de carácter universal, entre los cuales los derechos a la vida y a la salud -ligados al instinto de conservación- son de primerísimo orden e importancia, se hallan protegidos inclusive a través de Tratados Internacionales que obligan al Perú, por que en ellos se funda la legitimidad moral de toda autoridad<sup>96</sup>”.

---

<sup>90</sup> ROXIN, Claus. Óp. Cit. P. 213.

<sup>91</sup> BOBBIO, Norberto. Óp. Cit. P.42

<sup>92</sup> De ahí la paradoja a la que hacía alusión Ferrajoli en la p.17.

<sup>93</sup> Idem. P. 39

<sup>94</sup> Ibídem.

<sup>95</sup> HERNÁNDEZ, Ángel. ¿Fundamentación o protección de los derechos humanos? Las tesis de Bobbio y de Beuchot. En Isonomía, No.6, Abril 1997. P. 174

<sup>96</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Expediente 318-96-HC/TC.

El derecho refleja una tendencia cada vez más creciente, manifiesta en tribunales internacionales regionales como la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) o el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos (TEDH) de supervisar y limitar el poder del Estado, ya no solo a través de las leyes internas, sino de tratados internacionales y otras fuentes de derecho internacional que se integran a ella, con la misma intención originaria de antes: proteger al individuo frente a la arbitrariedad del poder y establecer límites infranqueables en el reconocimiento de derechos inherentes al individuo. Este ya no solo tiene un protagonismo frente al Estado como sujeto libre y autónomo, sino frente a la sociedad internacional.

La evolución del contexto sociopolítico que ha impactado en la transformación del principio de legalidad será analizada en los acápites posteriores. En los siguientes inmediatos, se estudiará el estado actual de las cuatro principales manifestaciones del principio de legalidad a fin de identificar si se mantienen o no los fundamentos que lo justificaron desde una perspectiva estricta.

### **3. Las cuatro manifestaciones del principio de legalidad**

El principio de legalidad, entendido bajo una concepción propia del derecho continental donde las leyes penales se escriben en un código tiene una acepción formalista en virtud de la cual, solo se satisface este principio a través de una ley previa, ley estricta, ley escrita y ley clara. Teóricamente, el no cumplir con alguna de estas sub garantías llevaría a concluir que existe una vulneración del principio de legalidad. Una mirada y un análisis crítico de cada una de estas manifestaciones, sin embargo, lleva a sostener que los instrumentos a partir del cual se respeta y garantiza el contenido de este principio (la prohibición de reprimir y sancionar conductas que no fueren delitos antes de cometerse) no radica necesariamente en la ley penal estricta per se.

Basta abrir el Código Penal para identificar que es insuficiente leer lo que está ahí escrito a fin de que los ciudadanos podamos prever las conductas merecedoras de sanción penal (delitos) y con ello, disciplinar nuestros comportamientos, o para que el poder punitivo pueda delimitar claramente los linderos de su intervención en nuestra libertad. Será, en realidad, la interpretación teleológica, la racionalidad de la norma prohibitiva, los valores socio culturales que subyacen a la ley, el bien jurídico protegido, y otros mecanismos, los que servirán de freno al poder punitivo.

Y esto, porque, además, si uno desmenuza cada una de estas sub garantías notará que el ordenamiento jurídico penal peruano se caracteriza por un conjunto de leyes penales que distan de ser claras o estrictas -y no por ello, ilegítimas-, con lo cual se hace necesario reforzar la garantía de previsibilidad y de limitación al poder punitivo a través de otros medios complementarios. Esto exige, por su parte, entender cuál es la razón detrás de cada una de estas. En los siguientes acápites, analizaremos cada una de ellas a fin de comprobar que, de cara a la evolución del derecho penal en la actualidad, resulta insuficiente mantenerlas como únicas incluso, fidedignas sub garantías del principio de legalidad penal y que hoy debe transitar hacia una concepción material antes que formal.



### 3. 1 Ley previa y prohibición de retroactividad (lex praevia)

El principio de legalidad exige que solo podamos ser sancionados penalmente por la comisión de un delito que lo fue antes de realizarse. A esto se le llama garantía de ley previa (lex praevia) o prohibición de retroactividad penal. La exigencia de que, antes de que una conducta sea considerada delito y sancionada como tal, esta deba estar prevista en la ley tiene una razón de ser: previsibilidad y seguridad jurídica.<sup>97</sup> En la medida en que el ciudadano sea capaz de advertir con anticipación que su conducta puede ser castigada, podrá conducir su vida sin riesgos para su libertad. “*When the state provides fair warning and the citizen disobeys, the state can legitimate its recourse to punishment on the ground of the offender’s deliberate rejection of the declared rules of social cooperation*”, explica Fletcher<sup>98</sup>.

Hay en el requisito de la ley previa una idea relacionada también con el consentimiento de la pena que reivindica Feuerbach, donde el delincuente a sabiendas de la ley consiente su sanción porque a pesar de ser advertido de las reglas del juego, este las desobedeció. Si advirtió antes sobre ello, el Estado podrá justificar la condena a ciudadanos que incluso actuando de buena fe confían en que su conducta está permitida, aun si ella no lo está<sup>99</sup>. Establecer este diálogo es una función, que, según Fletcher, le corresponde, en principio, al legislador a través de la elaboración de leyes previas, aunque agrega que los tribunales también cumplen con ello a través de la jurisprudencia (con mayor razón, cuando el sistema es del Common Law).

Para penalistas como Caro John, la ley previa es el presupuesto de las demás garantías. Solo con ella es posible asegurar un sistema de comunicación entre personas que integran una comunidad con el mismo lenguaje. La advertencia previa genera, por ende, una expectativa de norma y de pena, cuya defraudación legitima la sanción<sup>100</sup>. En esa línea, nadie puede regirse por una ley penal (bajo la idea de que lo que nos motiva a actuar es la ley) que aún no existe<sup>101</sup>. Por regla general, la misma ley regula situaciones jurídicas a partir de su entrada en vigencia: es decir, en adelante. Solo así, el ciudadano sabrá con antelación qué conductas limitan su libertad.

Si la ley surte efectos en adelante, no podría, por tanto, pretender regular conductas del pasado o cambiar situaciones jurídicas ya cometidas. La prohibición de la retroactividad de la ley penal no solo se justificaría por esta razón, sino porque, además, el sujeto a quien se dirige la ley no habría podido motivarse. En derecho penal, sin embargo, prima una excepción: la retroactividad en favor del reo. Se suele decir que, si el cambio en la ley favorece al reo, entonces, sí es posible aplicar las consecuencias jurídicas al injusto que cometió. La razón de esta excepción es sencilla, pero no tiene que ver con un afán del legislador de ser bondadoso con el presunto infractor, sino

---

<sup>97</sup> LASCURAÍN, Juan Antonio. Introducción al Derecho Penal. Editorial: Civitas. P. 59.

<sup>98</sup> FLETCHER, George. Óp. Cit. P. 81 [Traducción libre: “Si el Estado lo advierte con claridad y el ciudadano desobedece, entonces, el Estado está legitimado para recurrir a la pena basándose para ello en que el delincuente ha rechazado deliberadamente las reglas establecidas para la cooperación social”]

<sup>99</sup> Supuestos de error de tipo o de prohibición vencibles, donde al ciudadano se le exige mayor cuidado y diligencia de advertir los riesgos que despliegan determinada conducta, por ejemplo.

<sup>100</sup> CARO JOHN, José Antonio. Prohibición de aplicación de leyes penales inconstitucionales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en la lucha anticorrupción. P. 42.

<sup>101</sup> STRATENWERTH, Gunther. Derecho Penal, Parte General. P.82

con un cambio en la valoración social del hecho y con el respeto al principio de igualdad, que se superpone al argumento de la motivación sociocultural previa.

Veámoslo con un ejemplo. Se publica una ley que reduce la pena del delito de tráfico ilícito de drogas y por algún motivo, el hecho ahora se reprocha menos, a pesar de que quienes purgan condena por ese delito tenían una valoración distinta de esta conducta al momento en que la cometieron, considerándolo más reprochable -rigiéndose por una antigua valoración-. Por un tema de política criminal, no tendría sentido castigar como 'antes' una conducta que 'ahora' para la sociedad en su conjunto es menos merecedora de pena o incluso, lo es en absoluto. Esta nueva ley -que indirectamente favorece al reo porque tiene una pena menor- surte efectos para atrás a pesar de que, por regla general, no debería. Esta aplicación retroactiva en favor del reo, en realidad, encuentra su razón de ser en el cambio de valoración socio jurídica de un hecho y, por tanto, en el nuevo 'desvalor' de la conducta y el merecimiento de pena.

Por otro lado, imaginemos que este delito, ya no tiene una pena más baja, sino que se le despenaliza por completo. En ese momento, las personas que incurran en la misma conducta, antes recogida en la ley penal, ya no serán procesadas o sancionadas por el delito. Es decir, esta nueva ley que despenaliza el delito se aplica de manera retroactiva en "favor" de todas aquellas personas condenadas o procesadas por este hecho, dado que la misma conducta ya no representa más el desvalor social que representaba y, por tanto, no se justifica un trato diferenciado entre quienes cometan en adelante esa conducta y quienes la cometieron antes de la modificación de la ley. Con ello se garantiza, a su vez, un trato equitativo y, por tanto, un respeto al principio de igualdad.

Ahora, la tesis de la motivación normativa invocada para respaldar la prohibición de retroactividad, según la cual la ley previa debe ser capaz de advertir al ciudadano y motivarlo a actuar de acuerdo a esas previsiones, nos llevaría a sostener, sin embargo, que los individuos conocemos la ley cuando la realidad demuestra lo contrario<sup>102</sup>. La pregunta es si ¿el ciudadano se motiva por la ley penal o por lo que ella recoge<sup>103</sup>? Tratándose de la prohibición de los comportamientos más nocivos en una sociedad y de los valores más fundamentales que ella recoge (específicamente tratándose del derecho penal nuclear)<sup>104</sup>, más parece ser lo segundo<sup>105</sup>.

---

<sup>102</sup> Autores como Percy García Caveró critican esta tesis debido a que la motivación normativa corresponde al fuero interno de la persona y está, por tanto, fuera del ámbito de acción del Derecho Penal. "Si una persona se motiva correctamente o no, debe importarle muy poco al Derecho penal. Lo único que cabe exigir es que el sentido social de su actuación no afecte la estabilidad del sistema social, de manera que la sociedad siga siendo un lugar idóneo en el que los individuos puedan alcanzar su realización personal", señala. Ver más en: "¿Tiene vigencia el mandato de certeza en el Derecho Penal Económico?" En: Temas Actuales de Derecho Penal. Desafíos del Derecho Penal Contemporáneo. Coordinador: Jorge Luis Collantes Gonzáles. Editora Normas Legales S.A.C. Trujillo, Perú.

<sup>103</sup> Para García Caveró, el hecho de que la ley no motive no quiere decir que el principio de legalidad pierda su función. Postula, en esa línea, que el principio tendrá una función re estabilizadora al ser una determinación objetiva de las expectativas normativas del sistema social que se encuentran garantizadas por el Derecho Penal; de aquellas cuya vigencia, en caso sea defraudada, será restablecida a costa del infractor de la norma. Idem. P. 320.

<sup>104</sup> HASSEMER, Winfried: "...las normas de derecho penal son aquellas regulaciones sociales que se asientan más profundamente en nosotros. (Por eso, los juristas penales se refieren a veces a su materia como a un 'mínimo ético')". Trad: Patricia S. Ziffer. Editorial: Ad hoc, Buenos Aires, 2003.

<sup>105</sup> BACIGALUPO. Enrique. Principios Constitucionales del Derecho Penal. Ed. Hamurabi. P. 47

La ley penal refleja una valoración socio-normativa ajustada a un tiempo y espacio<sup>106</sup>. El cambio de la misma, por ejemplo, a través de la despenalización de un delito, es el resultado, más bien, de un cambio en esta valoración social que trasciende a la ley, pero que esta última reconoce<sup>107</sup>. El conocimiento de las leyes, en realidad se da de forma indirecta.

Con esto, lo que se pretende sostener es que el postulado de la ley previa y la prohibición de retroactividad -salvo si favorece al reo- como requisito para que el ciudadano pueda advertir los límites de su conducta debe ser leído, en realidad, como una exigencia de que lo que ha de ser previo es el desvalor socio-normativo de conductas que la ley luego cubre de seguridad jurídica positivizándola. Solo así, tendría sentido afirmar que el individuo que conoce este reproche a través de vías distintas a la ley pueda disciplinarse en función de ella.

Es precisamente por este motivo que ciertos autores sostienen que, aun si la ley no lo recoge, existen conductas que por el inmenso desvalor que representan acorde a valores comunitarios en democracia, son siempre punibles al momento de su comisión, como lo son los crímenes contra los derechos humanos esenciales. Como precisa Fletcher, “*Virtually all international crimes are mala in se. The definitions of genocide, war crimes, and crimes against humanity appeal to shared norms of moral wrongdoing*”<sup>108</sup>.

### **3. 2 Prohibición de analogía (ley estricta / lex stricta)**

La Constitución (art.139.9) considera un principio de la función jurisdiccional la no aplicación por analogía de la ley penal y de las normas que restringen derechos. El Código Penal en su artículo III del Título Preliminar también prohíbe calificar un hecho como delito o falta, o determinar una pena o medida de seguridad por medio de esta vía. Por analogía, se entiende el proceso en virtud del cual, a un supuesto de hecho no regulado en la ley, se le aplica la consecuencia jurídica de otro supuesto de hecho similar que sí se encuentra previsto legalmente<sup>109</sup>. Este método de aplicación del derecho, usual en otras ramas del ordenamiento jurídico, está prohibido en materia penal.

Se dice que la razón detrás de esta prohibición se vincula con el principio de separación de poderes y es, por tanto, un rezago del pensamiento ilustrado que prohíbe al juez, en todo supuesto, crear derecho (de hecho, no se le permitía, como ya vimos antes, ni interpretar la ley<sup>110</sup>), porque esa es una competencia exclusiva del legislador. El rol del juez para administrar justicia estará estrictamente delimitado por lo que la ley indica y no podrá separarse de lo que ella contempla.

---

<sup>106</sup> MEINI, Iván. Óp. Cit. P.23

<sup>107</sup> ROXIN, Claus. Derecho Penal. Parte General. Editorial Civitas, S.A, 1997. P. 167.

<sup>108</sup> NAUCKE, Wolfgang. Derecho Penal. P.83

<sup>109</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco. Parte General. Ed. Tirant Lo Blanch. Pág. 122.

<sup>110</sup> FLETCHER, George. Óp. Cit. p.31 [Trad: “Prácticamente todos los crímenes internacionales son malos en sí mismos. Las definiciones de genocidio, crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad apelan a normas compartidas de irregularidades morales”.]

Por eso, Roxin dice que la garantía de la ley estricta (y, por tanto, de la prohibición de la analogía) está dirigida al juez, que podría verse tentado a abarcar supuestos de hecho no contemplados literalmente por la ley, a pesar de su semejanza con ella. Para Hassemer, este principio vincula también al legislador porque cuanto más clara y precisa sea la ley, mejor podrán identificarse y corregirse las infracciones que den cuenta de una aplicación analógica de la misma<sup>111</sup>. Esto, sin embargo, según Muñoz Conde, no impediría al legislador recurrir a la analogía legal o a las ‘cláusulas legales de analogía’<sup>112</sup>, en virtud del cual la ley utiliza expresiones destinadas a extender el sentido de los términos legales a supuestos semejantes. Un ejemplo es el delito de trata de personas cuando utiliza una cláusula abierta para incluir otras formas de coacción<sup>113</sup>. O, la omisión impropia del artículo 13 que exige evaluar, vía analogía, si un comportamiento omisivo equivale a uno activo (“a un hacer”) tipificado en la parte especial del Código Penal.

En todo caso, si la razón de esta prohibición de recurrir a la analogía en derecho penal radica en la separación de poderes, ¿no debería vetarse también en las demás ramas del derecho? Según la Constitución, la razón del veto en derecho penal estaría relacionada con la privación de un derecho fundamental como la libertad del individuo, de ahí que se amplíe a cualquier rama que restrinja derechos y no solo la penal. Esto justificaría, a su vez, que pueda recurrirse a esta técnica si es que con ello se beneficia al reo (analogía in bonam parte). El hecho, sin embargo, de que este método sí se admita en otras ramas del derecho que no necesariamente limitan derechos como la civil, invalidaría el argumento de que la prohibición de analogía en materia penal responde necesariamente al principio de separación de poderes, en virtud del cual el juez debe ceñirse estrictamente a lo que dicta el legislador.

Esta aparente justificación respondía a lo que los filósofos del derecho ilustrado creían era la labor de un juez: aplicar a través de un sencillo silogismo jurídico el inequívoco tenor literal de la ley. En la actualidad, sin embargo, dicha visión es obsoleta y es unánime considerar que la ley literal es insuficiente para abarcar los supuestos prohibidos por el derecho penal en función de lo que se quiere proteger. Hassemer bien recoge que hoy está en “el primer plano del manejo del jurista con el lenguaje no tanto el arte de la interpretación (de la ley), sino más bien el arte de la argumentación (en el extensor ámbito de la decisión del producto legal). El objeto de los esfuerzos jurídicos de comprensión no es tanto la aplicación de la ley, sino la indicación del derecho judicial, de la jurisprudencia de los tribunales superiores; en cualquier caso, de lo que se trata es del lenguaje”<sup>114</sup>.

En ese sentido, como explica Yacobucci, “el mundo de la existencia social al que pertenece el derecho es un mundo con significados y sentidos. En consecuencia, las cuestiones sistemáticas

---

<sup>111</sup> HASSEMER, Winfred. Op.Cit. P.22.

<sup>112</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco. Op.Cit. P.123.

<sup>113</sup> “Artículo 153. Código Penal. Para efectos del inciso 1, los fines de explotación de la trata de personas comprende, entre otros, la venta de niños, niñas o adolescentes, la prostitución y cualquier forma de explotación sexual, la esclavitud o prácticas análogas a la esclavitud, cualquier forma de explotación laboral, la mendicidad, los trabajos o servicios forzados, la servidumbre, la extracción o tráfico de órganos o tejidos somáticos o sus componentes humanos, así como cualquier otra forma análoga de explotación.”

<sup>114</sup> HASSEMER, Winfried. En: Crítica el Derecho Penal de hoy. Op. Cit. P. 17-18.

penales no se dejan desarrollar solo desde la ley, como quería creer el positivismo duro, sino que reclaman una puesta en referencia al sentido de su interpretación normativa”.<sup>115</sup> Ni si quiera conceptos aparentemente sencillos como ‘vida’ o ‘muerte’ en un caso de un homicidio, ofrece mayor claridad sobre la verdadera dimensión de las conductas prohibidas. Menos lo harán conceptos como ‘timbres oficiales de valor’<sup>116</sup> para los delitos de falsificación, por ejemplo.

El lenguaje como instrumento del derecho hace que la barrera que divide la analogía en la aplicación de la ley penal, de la interpretación de la ley penal sea, en no pocos casos, difícil de identificar<sup>117</sup>. Por eso, Hassemer considera que desde un punto de vista estructural<sup>118</sup>, la analogía y la interpretación son equiparables. La delgada línea que indica dónde inicia la prohibición del uso de la analogía en materia penal, está relacionada, en realidad, no con la ley, sino con la norma penal.

En ese sentido, cuando se traslada a un supuesto de hecho no contemplado por la literalidad de la ley, consecuencias jurídicas que no se condicen con la razón de ser de la norma penal (esto es, la pauta de conducta que resulta de la interpretación del precepto legal), recurrir a la analogía sí contravendrá el fin de la prohibición penal. Sin embargo, si un supuesto de hecho que tampoco aparece en la literalidad de la ley sí responde a la razón de ser de la prohibición, la analogía no será de la norma penal, sino de la ley y será válida.

Veámoslo con un ejemplo. Si a pesar de que el texto expreso del delito de prevaricato (artículo 418 Código Penal) restringe los sujetos activos a jueces y fiscales, no sería una analogía prohibida el incluir a los árbitros porque estos, al igual que el juez, administran justicia y emiten laudos, como si fueran fallos. Es decir, también están en la capacidad de poner en riesgo el bien jurídico que se quiere proteger: la recta administración de justicia. Estaremos, en este caso, frente a una analogía de la ley penal que, en realidad, constituye una interpretación teleológica de la ley.

En el caso anterior, el juez no crea derecho, sino que atribuye al precepto legal escrito, la norma penal o la pauta de conducta que pone en riesgo un bien jurídico. Autores como Schmidhauser, citado por Roxin, para quien la precisión de la ley penal es una utopía del Estado de derecho, aunque recomienda no alejarse demasiado del tenor literal, entiende que la función del juez “es aplicar la ley lo más razonablemente posible, salvaguardando los valores del Estado de derecho”<sup>119</sup>. Meini, por su parte, sostiene que la ley es una buena herramienta para orientar al juez

---

<sup>115</sup> YACOBUCCI, Guillermo. Los Principios Fundamentales del Derecho Penal. P.435.

<sup>116</sup> Código Penal, 1991. “Artículo 434°.- El que fabrica, fraudulentamente, o falsifica sellos o timbres oficiales de valor, especialmente estampillas de correos, con el objeto de emplearlos o hacer que los empleen otras personas o el que da a dichos sellos o timbres oficiales ya usados la apariencia de validez para emplearlos nuevamente, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cinco años y con noventa a ciento ochenta días-multa.”

<sup>117</sup> YACOBUCCI, Guillermo. Los Principios Fundamentales del Derecho Penal. Editorial: B de F de Ltda. Montevideo, República Oriental del Uruguay. Setiembre, 2014. pp. 434.

<sup>118</sup> HASSEMER, Winfried. Op. Cit. P.38

<sup>119</sup> ROXIN, Claus. Derecho Penal. Parte General. Tomo I. P. 155

la solución de una controversia, pero carece de todos los insumos necesarios para darle una respuesta<sup>120</sup>.

La prohibición de la analogía en materia penal, en esa línea, opera para excluir supuestos de hecho que no se condicen con la razón de ser de la prohibición de la norma penal<sup>121</sup>. Esto rige, en principio, para determinar los alcances del injusto, no de la pena. Como sostiene Yacobucci, “las exigencias del principio de legalidad expresadas bajo la noción tradicional de prohibición de analogía, en realidad persiguen limitar la extensión o generalización de los presupuestos de punibilidad contenidos en la norma. Se trata de asegurar la determinación previa de los comportamientos que son penalmente desvalorados por el legislador -que es un juicio ex ante- de manera que los jueces y ciudadanos tengan una referencia del sentido respecto de lo que está permitido o prohibido bajo merecimiento de pena<sup>122</sup>”.

### 3. 3 Prohibición de costumbre (ley escrita / *lex scripta*)

El siglo XIX fue el siglo de la codificación<sup>123</sup>. Los crímenes por los que tanto tiempo hombres y mujeres habían sido sancionados eran finalmente descritos en leyes ordenadas de manera sistemática<sup>124</sup>. En Europa esta tendencia comenzó con el Código Francés de 1810<sup>125</sup>, para los alemanes empezó con el de Bavaria -escrito por von Feuerbach- en 1813, en Prusia en 1851 y para fines del siglo XIX, una ola de codificaciones penales barrió todo América.

Esta tendencia impregna el discurso de von Liszt, en su programa de Marburgo, al describir el Código Penal como la ‘Carta Magna’ del delincuente<sup>126</sup>: si todo lo que está ahí es delito, si algo no lo está, no lo es. Esto operaba como una guía para el infractor a fin de identificar hasta dónde podía llegar sin cruzar los límites que habilitasen una sanción penal. Tal como lo hacía la Carta Magna británica de 1215, el Código Penal no sólo protegía al individuo de intromisiones del poder estatal, sino que delimitaba las fronteras de la ilicitud de los actos individuales. Como dice Fletcher, la codificación representó un punto de quiebre en el tránsito del establecimiento de principios universales del derecho, como Kant los entendía, a leyes internas que recogían la particularidad de cada nación<sup>127</sup>. Lo que demuestra que las leyes no siempre fueron escritas, menos codificadas.

---

<sup>120</sup> MEINI, Iván. Sobre la interpretación en Derecho Penal. En LIBER AMICORUM Estudios Jurídicos en Homenaje al Prof. Dr. Dr.h.c. Juan Terradillos Basoco. VALENCIA. Tirant lo Blanch. p.162

<sup>121</sup> YACOBUCCI, Guillermo. Op.Cit. pp. 440.

<sup>122</sup> *Ibidem*.

<sup>123</sup> Léase MIR PUIG, Santiago. Parte General. Los antecedentes de la Ilustración, principalmente la Carta Magna inglesa de 1215 y la Constitutio Criminalis Carolina germánica de 1531, no reconocían el principio de legalidad como hoy lo entendemos. La primera no excluía recurrir a la costumbre y la Carolina no prohibía el uso de la analogía en materia penal en perjuicio del reo. pp.105.

<sup>124</sup> FLETCHER, George. Op.Cit. p.17.

<sup>125</sup> Ya en 1764, Beccaria hablaba de la necesidad de contar con un código para que el ciudadano pueda disciplinarse. Así como de la importancia de la publicidad de los juicios por el efecto preventivo que eso generaría para que los ciudadanos conozcan las leyes y aseguren su libertad. En: De los Delitos y de las Penas.

<sup>126</sup> ROXIN, Claus. Derecho Penal y Derecho Penal Procesal. Buenos Aires, 2003. Editores del Puerto. p.73

<sup>127</sup> FLETCHER, George. Op.Cit. p.17

Mientras que los principios del derecho continental eran recogidos en las legislaciones nacionales, en el Common law, en cambio, el derecho se concentraba en las decisiones de las cortes nacionales. En el caso peruano, nuestro sistema jurídico siguió la tendencia del primer grupo. Las leyes, por ende, se escriben en un cuerpo normativo: el Código Penal. Aunque la actual Constitución no dice expresamente que las leyes penales deban estar escritas, sí coloca como requisito que, para que las leyes en general surtan efectos que estas deben estar antes publicadas en el diario oficial (artículo 109<sup>128</sup>). El Código Penal, por su parte, no lo precisa, pero la jurisprudencia del Tribunal Constitucional se ha encargado de interpretar -según lo recoge una amplia mayoría de la doctrina- que una de las garantías del principio de legalidad es el de ley escrita<sup>129</sup>, o el de no aplicar otro derecho penal que no sea el escrito.

La consecuencia de esta precisión es excluir a la costumbre como fuente de derecho penal tanto para definir la conducta prohibida como la pena. Por 'costumbre', entiéndase la conducta que se repite de manera constante y que genera convicción de obligatoriedad<sup>130</sup>, sea porque da lugar a nuevas normas jurídicas o porque las hace desaparecer. Esta prohibición de la costumbre pretende, en virtud del principio de separación de poderes, garantizar la reserva absoluta de la ley<sup>131</sup>.

Es decir, solo el Poder Legislativo, representante de la voluntad popular, es el único legitimado para decidir qué conductas puede el Estado perseguir y cómo las puede castigar. Lo que implica que ninguna ley de rango menor pueda suplir esta función. Supuesto que aparentemente entra en colisión, por ejemplo, con las técnicas de remisión legislativa como las leyes penales en blanco. Esto es, remisiones extrapenales a normas de rango legal o infra legal -ejemplo, reglamentos ministeriales-, emitidas por el Poder Ejecutivo, necesarias para completar la conducta prohibida del tipo penal<sup>132</sup>. Figura que surge en respuesta a una realidad cambiante y efímera que exige normas jurídicas penales más ágiles y acordes a una sociedad de riesgo en continuo progreso<sup>133</sup>.

Para Muñoz Conde, la exclusión de la costumbre también se extendería a los principios generales del derecho que no podrían ser invocados como fuente directa de derecho penal. Desde su perspectiva, esto no implicaría que tanto estos, como la costumbre, puedan ser usados como fuente indirecta. Es decir, como un medio para integrar, interpretar y complementar las fuentes de producción primarias (leyes). Ejemplos donde se recurre a ella para dar contenido a los alcances de las normas penales sobran. Piénsese en conceptos como "reglas de la profesión"<sup>134</sup>,

---

<sup>128</sup> Constitución Política del Perú. Artículo 109°. - La ley es obligatoria desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial, salvo disposición contraria de la misma ley que posterga su vigencia en todo o en parte.

<sup>129</sup> STC 0010-2002-AI/TC. Fundamento 2.

<sup>130</sup> VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. En Fundamentos de Derecho Penal Parte General. P. 128.

<sup>131</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco. Derecho Penal: Parte General. P.103

<sup>132</sup> En estos casos, para satisfacer el mandato de determinación, se suele incluir el núcleo esencial de la prohibición y la sanción en la ley penal, y lo complementario, en la ley de origen infralegal.

<sup>133</sup> YON RUESTA, Roger. "El Juez Penal y el Control Difuso: análisis a partir de dos leyes." P.985

<sup>134</sup> "Artículo 111°. - El que, por culpa, ocasiona la muerte de una persona, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años o con prestación de servicios comunitarios de cincuenta y dos a ciento cuatro jornadas. La pena privativa de la libertad será no menor de un año ni mayor de cuatro años si el delito resulta de la inobservancia de reglas de profesión, de ocupación o industria..." (resaltado es propio).

“tocamientos indebidos<sup>135</sup>”, “actos libidinosos”, “actos obscenos<sup>136</sup>”, la “lex artis” para determinar el “ejercicio legítimo de un derecho” como causa de justificación (art.20.8 Código Penal) de un comportamiento y otros. Finalmente, la conducta penalmente prohibida trasciende al tipo penal escrito. Ejemplo: no se prohíbe “matar a otro”, sino “poner en riesgo el bien jurídico vida de terceros, salvo en casos de legítima defensa o de estado de necesidad”.

En todo caso, además, de garantizar presuntamente que solo por ley del Congreso pueda el Estado definir los delitos y castigarlos, nuevamente detrás de esta prohibición de la costumbre como fuente de derecho penal reside el valor de seguridad jurídica y previsibilidad que ello pondría en riesgo. La premisa es que, si la ley se escribe, los ciudadanos podríamos acceder fácilmente a ella para saber a qué atendernos y así, disciplinar nuestras conductas. Así lo recoge, por ejemplo, el Tribunal Constitucional peruano<sup>137</sup>. El problema de este planteamiento es que, como se dijo en apartados anteriores, el mismo parte de un presupuesto que no necesariamente es cierto: que los ciudadanos nos motivamos por la ley, cuando en realidad, lo hacemos por algo que trasciende a ella: valores socio culturales. Ello es particularmente cierto cuando se aborda el núcleo de protección de derechos humanos del derecho penal (delitos contra la vida, integridad, libertad sexual, etc).

Ernst Mayer decía que hay mandatos y prohibiciones que se dirigen al individuo como exigencias religiosas, morales, convencionales, de tráfico, de profesión<sup>138</sup> que preceden al ‘precepto penal’, que no están escritas y que impulsan el rechazo a comportamientos antisociales. Es decir, la antijuricidad de los actos no los instituiría propiamente el Estado -desde una perspectiva, además, vertical y formal-, sino que estos discurrirían por vías alternas como la cultura, tendientes a formar a los individuos a través de un proceso de socialización. Esto no se extendería a las consecuencias jurídicas del comportamiento porque el ciudadano sabe que la conducta es ilícita, pero no qué tan grave puede ser la pena. Por eso, Mayer dice que el verdadero destinatario de las normas jurídicas -entendidas estas como las leyes positivas-, están dirigidas a los jueces y no a los individuos, porque estos últimos no las conocen y son, más bien, disciplinados por normas de cultura.

Aunque escribir las leyes asegura -y ya vimos que los argumentos son endebles- un valor relativamente importante como la seguridad jurídica y la reserva de ley, ello no debe llevarnos a sobrevalorar la presunta garantía que otorga el escribir las leyes. El sistema del common law, por ejemplo, es una muestra viva de ello. Como señala Cassese, “*common law offenses (as opposed to statutory offences) result from judge-made law and therefore may lack those requirements of*

---

<sup>135</sup> “Artículo 176°-A.- El que sin propósito de tener acceso carnal regulado en el artículo 170°, realiza sobre un menor de catorce años u obliga a éste a efectuar sobre sí mismo o tercero, tocamientos indebidos en sus partes íntimas o actos libidinosos contrarios al pudor, será reprimido...”

<sup>136</sup> “Artículo 183. Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años el que, en lugar público, realiza exhibiciones, gestos, tocamientos u otra conducta de índole obscena.”

<sup>137</sup> EXP. N.º 00197-2010-PA/TC. Fundamento 3 y 4. Cfr.

<sup>138</sup> MAYER, Max Ernst. Normas jurídicas y Normas de Cultura. Editorial: Hammurabi. Trad: Jose Luis Guzmán Dábora. Buenos Aires. 2000.



*rigidity, foreseeability, and certainty proper to written legislation*<sup>139</sup>”. Además, tampoco debe subestimarse el poder de la costumbre para disciplinar comportamientos y dar predictibilidad a nuestras conductas. Más aún, cuando se trata de grupos sociales que comparten prácticas y valores sociales en pequeños espacios relativamente fáciles de gobernar.

Esa es la razón por la cual la Constitución reconoce en su artículo 149 la jurisdicción especial de las comunidades nativas y campesinas para resolver conflictos dentro de sus territorios de conformidad con el derecho consuetudinario, siempre que no violen derechos fundamentales. Al menos en estos casos, la costumbre sí opera como fuente de derecho penal. Legitimar que ciertos valores sociales y prácticas culturales divergentes puedan ser fuente de derecho penal en ciertos territorios, podría llevarnos a argumentar que, al igual que en un grupo social cohesionado, a nivel de la comunidad internacional, también existe un consenso de ciertos mínimos indispensables que rigen una convivencia social y que, por tanto, podrían ser igualmente fuente válida de derecho penal. Ello, en referencia al DPI como fuente para recriminar directamente a individuos por actos universalmente reprochados.

Para un nutrido sector de la doctrina penal, la fuente consuetudinaria que sí es válida en el campo del derecho penal internacional para reprimir y sancionar los crímenes merecedores de sanción penal a criterio de la comunidad internacional, no podría serlo a nivel interno. El principio de legalidad entendido necesariamente como ley escrita lo impediría.

Hay, en esa línea, un “tabú” alrededor de la costumbre internacional como fuente creadora de tipos penales<sup>140</sup>. Pezzot sugiere, así, que una manera de paliar esta situación es creando un reglamento interno de los tribunales -locales e internacionales- que instalen un método de identificación de la costumbre internacional de naturaleza penal. “Su implementación, sobre todo en tribunales internacionales penales (que son tomados como ejemplo por sus pares en el nivel nacional), podría lograr uniformidad y transparencia al momento de probarla, lo cual a su vez generaría la adquisición de experiencia en la materia, o know-how, que podría ser transferido a los nuevos integrantes del tribunal internacional, así como a las jurisdicciones penales nacionales de los Estados<sup>141</sup>”. Esto, en sus palabras, “otorgaría transparencia a la labor judicial, reforzaría la seguridad jurídica que deben brindar las instituciones jurisdiccionales, confirmaría la compatibilidad entre la costumbre internacional y el principio de legalidad y consolidaría la legitimidad del derecho internacional penal<sup>142</sup>”. Es una válida opción que reduciría los márgenes de no predictibilidad de la conducta prohibida y sancionada.

---

<sup>139</sup> CASSESE, Antonio. *International Criminal Law*. P.142. [Trad: “Los delitos del derecho anglosajón (en oposición a los delitos del derecho continental recogidos en el código penal), son el resultado de una ley hecha por un juez y, por lo tanto, pueden carecer de los requisitos de rigidez, previsibilidad y certeza propios de la legislación escrita”]

<sup>140</sup> PEZZOT, Romina E. ¿Es la costumbre internacional una fuente creadora tabú en el derecho internacional penal? Propuesta de un método de constatación de la costumbre internacional general de naturaleza penal. En *Letra: Derecho Penal*. Año IV, número 7, pp. 154.

<sup>141</sup> *Idem*. P. 170.

<sup>142</sup> *Idem*. P. 181.

### 3.4 Prohibición de leyes penales indeterminadas (ley cierta / lex certa)

Al igual que la ley previa<sup>143</sup>, según Roxin, la manifestación de la ley cierta del principio de legalidad se dirige al legislador y exige que formule las leyes penales -conducta prohibida y sanción- con la mayor precisión posible. El legislador, en este caso, no solo cumple su labor de criminalización emitiendo una ley penal, sino que en ella deberán determinarse los elementos constitutivos de la conducta sujeta a sanción<sup>144</sup>. Si las leyes son inciertas, el argumento es que el ciudadano se sentirá inseguro sobre cuáles serán esas conductas que, de realizarlas, lo harán pasible de una sanción.

No es una tarea fácil de materializar. Lascuraín menciona dos razones: el instrumento con el que debe cumplir este propósito es el lenguaje (fenómeno que es cambiante), y un excesivo celo en la precisión de la conducta puede terminar excluyendo del ámbito de protección supuestos que deberían estar en base al bien jurídico protegido<sup>145</sup>. Como señala Gallant, “*language is indeterminate. No set of words, devised by either legislators or judges, will place a clearly and completely defined set of possible acts within the definition of a crime while clearly defining all other acts to be outside the definition*”<sup>146</sup>.

La garantía de la ley cierta parte del hecho de que una ley imprecisa y poco clara no podría proteger al ciudadano del poder punitivo y sería contraria, además, a la división de poderes al permitir que un juez pueda realizar una interpretación sacada de conceptos vagos que no delimiten la conducta punible. Además, la falta de certeza sobre el sentido de la ley impediría lograr el efecto preventivo general para los ciudadanos destinatarios que debieran conocer qué es lo que se prohíbe, para luego, en caso corresponda, reprocharles culpabilidad<sup>147</sup>. Dice Welzel que el verdadero peligro que amenaza al principio de legalidad no proviene tanto de la analogía, como sí de las leyes penales indeterminadas<sup>148</sup>.

Sin embargo, basta leer la mayoría de los preceptos del Código Penal para evidenciar que la precisión que impone este subprincipio no se cumple a cabalidad. Roxin reconoce<sup>149</sup> que “no es raro encontrar [en el STGB] conceptos vagos y necesitados de complemento valorativo en los preceptos penales”; diagnóstico que comparte -citado por este autor- Naucke al indicar que el “derecho penal es cada vez menos claro”<sup>150</sup> y Schünemann, al precisar que “el punto más débil del principio nulla poena radica en el mandato de precisión de la ley”<sup>151</sup>. En su opinión, cierto

---

<sup>143</sup> ROXIN, Claus. Derecho Penal. Parte General. Editorial Civitas, S. A, 1997. p. 136

<sup>144</sup> CAVERO, Percy. Op.Cit. p.321

<sup>145</sup> LASCURAÍN, José Antonio. Óp. Cit. p.66.

<sup>146</sup> GALLANT, Kenneth S. The Principle of Legality in International and Comparative Criminal Law. Cambridge University Press. 2009. P.32 [Trad: “El lenguaje es indeterminado. Ningún conjunto de palabras, ideado por legisladores o jueces, colocará clara y completamente un conjunto definido de posibles actos dentro de la definición de un crimen mientras define claramente que todos los demás actos están fuera de la definición”]

<sup>147</sup> ROXIN, Claus. Op.Cit. p.169

<sup>148</sup> WELZEL, Derecho Penal Alemán. Parte General. 11° edición, traducido por Juan Bustos Ramírez y Sergio Yañez Pérez, Editora Jurídica de Chile, Chile, 1976. P. 40

<sup>149</sup> Idem. p.170.

<sup>150</sup> Ibídem.

<sup>151</sup> Ibídem

grado de indeterminación es inevitable porque los términos que usa el legislador admiten una multiplicidad de interpretaciones. A efectos de identificar cómo ha de entenderse esta garantía primero hemos de desarrollar los elementos -descriptivos y normativos- del tipo penal y luego, la herramienta para definir los linderos de la conducta prohibida en función de la finalidad que busca la norma penal.

### **3.4.1. Elementos descriptivos y elementos valorativos (o normativos)**

Se suele decir en doctrina que los elementos del tipo penal se tipifican en la ley penal como elementos descriptivos o normativos. Los primeros vendrían a ser aquellos fáciles de percibir mediante los ‘sentidos’, como el acto de ‘matar’ o el de ‘abortar’, y los segundo serían aquellos determinados por una norma jurídica o social como ‘bien mueble ajeno’ o ‘actos libidinosos’, respectivamente<sup>152</sup>.

Roxin, por ejemplo, es partidario de esta distinción. Por eso, en su opinión, el punto ‘neurálgico’ de la determinación de la ley penal está en los “conceptos necesitados de complementación valorativa<sup>153</sup>”, que no describen la conducta prohibida (como lo harían los elementos descriptivos), sino que exigen del juez un juicio valorativo. En otras palabras, el desafío de la garantía de ‘ley cierta’ radica en los elementos normativos o sociales que requieren ser dotados de contenido por el juez. En nuestro Código Penal se trataría, por ejemplo, de los siguientes elementos: ‘ultrajar’ (art.130 CP), ‘ferocidad’ (art.108 CP), ‘hostigamiento’ (art.108B), ‘proposiciones inmorales’ (art.449 del CP), ‘piedad’ (art.112 del CP), ‘trabajos inadecuados’ (art.128 del CP), ‘actos de connotación sexual’ (art.176 del CP), y otros.

Estos no solo se encontrarían en la Parte Especial<sup>154</sup>, sino también en la Parte General, que desarrolla las categorías jurídicas que usan los operadores del derecho para atribuir responsabilidad penal. Ejemplo: ‘dolo y culpa’ (art. 12 del CP), ‘costumbres’ (art. 15 del CP), ‘error’ (art.14 del CP), ‘causas de exclusión’ (art. 20 del CP) y otros. Para estos casos, el profesor alemán sugiere acudir a principios de interpretación del Derecho Penal que permitirían deducir el fin de protección del legislador, siempre y cuando, el tenor literal siga limitando una extensión arbitraria de la interpretación.

Esta postura presupone, sin embargo, creer que solo los elementos “normativos o sociales” (valorativos) y no los descriptivos del tipo, presentan dificultades en la determinación o certeza de la conducta prohibida. Como si solo los últimos tuviesen un significado unívoco que no necesitase de una interpretación del juez, lo que resulta falaz. Incluso los conceptos cuyo contenido aparentan determinarse a través de una percepción sensorial objetiva exigen, cuando son volcados al campo del derecho, abarcan un sentido normativo. Los debates vigentes sobre el

---

<sup>152</sup> MEINI, Iván. Lecciones de Derecho Penal – Parte General. Teoría Jurídica del Delito. P.70-71

<sup>153</sup> ROXIN, Claus. Óp. Cit. p. 170.

<sup>154</sup> SÜß, FRANCK. El Trato Actual del Mandato de Determinación. En: La insostenible situación del Derecho Penal. p.226.

significado de términos aparentemente sencillos como “vida<sup>155</sup>” dan cuenta de ello: ¿desde cuándo hablamos sino de vida humana? ¿o de “muerte”?

Yacobucci reconoce que, aunque los ‘elementos valorativos’ (también referidos como normativos o sociales) pueden llevar al juez a guiarse por criterios subjetivos, advierte que una manera de limitarlo es exigirle una objetivación legal del juicio de valor, junto a principios materiales asentados en la lógica del derecho y plasmados en la Constitución<sup>156</sup>. Como dice el autor, se debe recurrir a la praxis social, a los riesgos permitidos o tolerados, a las afectaciones inaceptables a bienes jurídicos, contextos o valoraciones universales. Lo ‘indeterminable’ no debe ser el hecho de que el juez emita un juicio de valor para dar contenido a estos conceptos, sino que no existan pautas objetivas para resolver el contenido de cara a los bienes jurídicos que pretende proteger.

De acuerdo con Meini, salvo los conceptos matemáticos, el resto de los enunciados son pasibles y requeridos de interpretación<sup>157</sup>. En palabras de Gallant: *“The ideal of lex certa can never be absolute as a rule of legality in criminal law. The issue here will be whether the law is certain enough, and what warning to potential offenders is sufficiently clear to guide the populace to avoid crime<sup>158</sup>”*.

El derecho como una herramienta de comunicación se vale necesariamente del lenguaje. El mensaje que transmite es entendido por el emisor de una manera y por el receptor, de otra, en base a las experiencias que cada uno tiene para aprehenderlo. Sino véase el ejemplo del delito de acoso sexual<sup>159</sup>. Un sistema como el nuestro que obliga al legislador a escribir estas leyes podrá ofrecer mayor formalidad y con ello, aparentemente mayor seguridad jurídica, pero será insuficiente para entender los alcances de esta prohibición que se justifica solo en tanto salvaguarda de bienes jurídicos. Bajo la lógica de un derecho penal de última ratio, estos alcances deben ser compatibles con los valores de igualdad y libertad y los principios generales que inspiran el ordenamiento jurídico y democrático en su conjunto (art.138.8 Constitución).

Hacer esta distinción de cara a la garantía de ley cierta en el que solo los elementos normativos o sociales deben ser claros en su configuración, ya que los elementos descriptivos tendrían aparentemente un sentido unívoco, es falaz. La tipicidad de una conducta exige interpretar incluso los elementos descriptivos aparentemente más sencillos de descifrar. En tanto el derecho se valga del lenguaje para comunicar, todos los elementos típicos deben interpretarse normativamente de cara a la finalidad de la norma penal prohibitiva, en tanto protectora de bienes jurídicos.

---

<sup>155</sup> Debate entre la teoría de la fecundación del óvulo vs de la implementación en el útero, para interpretar el derecho a la vida desde que se es ‘persona’. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Artavia Murillo y Otros (“Fecundación in vitro”) vs. Costa Rica. Sentencia de 28 de noviembre de 2012. Parr.180.

<sup>156</sup> YACOBUCCI, Guillermo. Op.Cit.pp.460

<sup>157</sup> MEINI, Ivan. Op.Cit. pp.157.

<sup>158</sup> GALLANT, Kenneth. Op.Cit. pp.33. [Trad: “El ideal de la ley cierta nunca podrá ser absoluto como principio de legalidad en el derecho penal. El problema aquí será si la ley es lo suficientemente certera y qué advertencia a posibles criminales es lo suficientemente clara para evitar que la población cometa un crimen.”]

<sup>159</sup> “Artículo 176-B: El que, de cualquier forma, vigila, persigue, hostiga, asedia o busca establecer contacto o cercanía con una persona, sin el consentimiento de esta, para llevar a cabo actos de connotación sexual...”

### 3.4.2. Interpretación teleológica

Ya vimos que la diferencia entre elementos descriptivos o elementos valorativos es insuficiente para delimitar la conducta prohibida -porque ambos deben ser interpretados-, y que, para determinar la norma penal, el juez tendrá un rol fundamental en dotar la ley de contenido. En palabras de Meini, el juez, que realiza este trabajo de interpretación al momento de aplicar la ley, es quien deberá dirigir “su poder decisonal hacia la realización de los fines del sistema jurídico<sup>160</sup>”.

No será la ley formal la que vincule al intérprete, sino la expectativa de justicia que subyaga a ella. Es, por tanto, la racionalidad, antes que la literalidad de las leyes, la que otorgará previsibilidad y seguridad jurídica. “Lo racionalmente previsible lo es tanto para el ciudadano como para el juez que impone la sanción”, señala el autor. Süß recoge además que, en la actualidad, se considera admisible que el contenido de la ley penal solo sea reconocible mediante la interpretación realizada por la jurisprudencia<sup>161</sup> y precisa que el mandato de determinación no sólo ha sufrido una pérdida de aceptación en la teoría, sino que carece de efectividad.

Ahora bien, hemos de precisar que, cuando hablamos de ‘ley’, nos referimos al precepto penal. Es decir, al texto escrito que se publica en los diarios oficiales o, en otras palabras, al conjunto de signos lingüísticos volcados en este<sup>162</sup>. Lo que prohíbe el derecho penal, sin embargo, trasciende al texto literal y se manifiesta a través de la norma penal que, como ya fue precisado en líneas anteriores, comunica la pauta de conducta prohibida penalmente que pretende disciplinar nuestro comportamiento y que resulta de la interpretación del precepto penal.

La distinción conceptual es importante porque ella nos permite desvirtuar el argumento de que los individuos nos motivamos por la ley, dado que esta no refleja la integridad de la conducta prohibida. No sólo bastaría insistir en que los ciudadanos no conocemos la ley, sino que, incluso, si eso fuera cierto, la misma sería aprehendida de manera incompleta. La advertencia a los ciudadanos por parte de la autoridad para motivarnos recoge Fletcher, podría, además, no ser una función exclusiva de la legislatura: “*It is not self-evident, however, that the exclusive authority to issue this required warning should be vested in the legislature. Admittedly, the courts provide this warning when they punish offenders on the basis of customary law or a general sense of immorality*<sup>163</sup>”.

---

<sup>160</sup> MEINI, Ivan. Op Cit. P.163

<sup>161</sup> Süß, Franck. Op.Cit. “Es suficiente pues la ‘determinabilidad’ o, dicho de otra forma, la determinación interpretativa de la ley’. Los requisitos que por esta vía se establecen dependen además de la clase de ley penal, cosa que supone una limitación adicional al mandato de determinación al estilo clásico. (...) De todas formas, la actual práctica penal es quien proporciona la muestra más contundente de la falta de vigencia fáctica del mandato de determinación, interpretado consecuentemente con un Estado de Derecho liberal. De ella se desprende que el mandato de determinación no sufre únicamente una pérdida de aceptación en la teoría, sino que, de hecho, carece de efectividad.” p.226

<sup>162</sup> MIR PUIG, Santiago. Derecho Penal. Parte General. 9 ed., Barcelona, 2009. p. 59-62

<sup>163</sup> FLETCHER, George. Óp. Cit. Pp.81. [Trad: “No es evidente, sin embargo, que la autoridad exclusiva para emitir esta advertencia requerida debe estar en manos de la legislatura. Es cierto que los tribunales proporcionan esta advertencia cuando castigan a los infractores sobre la base del derecho consuetudinario o en base a un sentido general de inmoralidad”]

El sentido de una ley penal se asigna. No se descubre como si fuera un ejercicio de traducción que desentrama el significado unívoco que carga<sup>164</sup>. Como dice Silva Sánchez, a la ley no le es ajena “las ideas de justo e injusto, lo correcto y lo incorrecto, en suma, un determinado concepto material del Derecho<sup>165</sup>”. Identificar la razón de ser de la ley penal y su legitimidad solo se podrá lograr a través de una interpretación teleológica que se guíe por los fines de protección penal que establece la norma penal dentro de un sistema jurídico definido en virtud de determinados valores.

Este tipo de interpretación estuvo estrechamente vinculado a concepciones filosóficas del Derecho. Fue el resultado de un abandono del formalismo por parte de la filosofía neokantiana que alimentó posiciones iusnaturalistas como las de Radbruch o Wolf, y de un distanciamiento del positivismo legalista, que consideraba trascendental el rol constructivo o político que tiene el juez<sup>166</sup>. Tanto el juez como el legislador realizan, de hecho, funciones político-criminales<sup>167</sup>.

¿Qué es sino la perspectiva de género como herramienta metodológica para cuestionar la construcción de instituciones jurídicas? El género ha permitido criticar los postulados básicos de sistemas jurídicos que han solido partir por siglos de un sujeto de derecho aparentemente neutro que, en realidad, estaba vinculado con lo masculino en oposición a lo femenino<sup>168</sup>. El delito de feminicidio es uno de los logros más importantes de esta crítica que entiende que la muerte de mujeres en ciertos contextos no es un hecho neutro, sino la consecuencia de una discriminación estructural que caracteriza a una sociedad donde las mujeres no son plenamente libres -bajo el ideal de la Ilustración-, sino que la dinámica de la sociedad (que el derecho refuerza) recorta sus libertades. Es precisamente este uno de los fenómenos más desafiantes para operadores del derecho que conciben la ‘ley’ como una herramienta insuficiente para aprehender el total desvalor socio cultural de esta conducta.<sup>169</sup>

En este escenario, entonces, el juez tiene un rol cooperador. Sin embargo, en la medida en que se relaje “la vinculación a la ley y se advierta la posibilidad real de una creación judicial del Derecho”, será necesaria neutralizarla con las exigencias propias de la racionalidad. Precisa Kuhlen -citado por Silva Sánchez-, que “el juez, como el dogmático, aspiran a llegar, sobre la base del Derecho vigente, a resultados correctos: ‘razonables’, ‘justos’, ‘adecuados’ y cooperar constructivamente de este modo a la contribución que el Derecho presta para hacer posible una convivencia pacífica de los ciudadanos<sup>170</sup>.” De lo que se trata, dice Silva Sánchez es que “a la vista del texto y de su contexto, la resolución judicial aparezca como una consecuencia

---

<sup>164</sup> SILVA SANCHEZ, Jesús María. Sobre la interpretación ‘teleológica’ en Derecho Penal. P.369

<sup>165</sup> Idem. P.370

<sup>166</sup> Idem. P. 389

<sup>167</sup> Idem. P.392.

<sup>168</sup> FULLER, Norma. La criminología desde una perspectiva de género. En: Género y Justicia. Coord. Marianella Ledesma. pp. 256.

<sup>169</sup> PEREZ MANZANO, Mercedes. La caracterización del feminicidio de la pareja o expareja y los delitos de odio discriminatorio. En: Revista Themis, 2018. pp.184

<sup>170</sup> Idem. P. 391

empíricamente previsible, metodológicamente defendible y axiológicamente razonable, del enunciado emitido por el legislador<sup>171</sup>”.

En esa línea, tratándose de los presupuestos de punibilidad, la determinación necesaria para conocer la conducta prohibida estará definida por una interpretación teleológica del bien jurídico que se quiera proteger. La exigencia de ley cierta, sin embargo, en el extremo de las consecuencias jurídicas del delito, como la pena, será mayor no tanto en función del principio de legalidad, sino el de proporcionalidad. Aquí, el juez debe tener la posibilidad de graduar la gravedad de la sanción, por ejemplo, en función de las circunstancias del delito (art.46 CP), siempre que se encuentre dentro de un marco jurídico que refleje el desvalor del injusto penal.

#### **4. Evolución del Principio de Legalidad**

Como ya vimos, el principio de legalidad, a través de sus cuatro manifestaciones de ley previa (y prohibición de retroactividad), estricta (y prohibición de analogía), escrita (y prohibición de costumbre) y ley cierta (mandato de determinación) busca garantizar, en términos generales, dos valores principales: seguridad jurídica y democracia. En relación a lo primero, la doctrina mayoritaria sostiene que los ciudadanos debemos ser advertidos a través de mandatos claros y accesibles de los límites de nuestra libertad y, por tanto, adecuar nuestro comportamiento según ello. Sobre lo segundo, se busca salvaguardar el principio de separación de poderes que permita controlar que la determinación y precisión de las conductas prohibidas en sociedad, bajo pena de cárcel, recaiga exclusivamente en manos del legislador como representante de la voluntad popular.

De lo anterior, la doctrina mayoritaria concluye que en derecho penal no se admite otra fuente de derecho que no sea la ley escrita; por tanto, se prohíbe la analogía de la ‘ley penal’ y la costumbre. Al tratarse del brazo violento del ordenamiento jurídico, capaz de privar a un ciudadano de su libertad, el principio de legalidad, opera, así como un freno para limitar la arbitrariedad del poder punitivo y como una garantía de igualdad, en función de la cual, para supuestos de hecho iguales, la ley deberá responder con la misma intensidad. Sin embargo, como dice Silva Sánchez, la razón del principio de legalidad viene dada en el plano formal, por la previsibilidad y la exclusión de la arbitrariedad de las resoluciones judiciales, y en el plano material por los fines de garantía y protección<sup>172</sup>.

Ahora, como toda institución, el principio de legalidad surge y se explica en función de una realidad histórica. Ya vimos que la legalidad, en sus orígenes, respondía a una estructura político jurídico que no podía explicarse, sino a partir de las ideas de la Ilustración. A pesar de los profundos cambios en estas estructuras, es posible concluir que muchos cimientos se mantienen. La actual noción de legalidad aun busca limitar el poder y proteger al individuo del arbitrio estatal, partiendo de la premisa de que es un ser libre, racional y autónomo e igual ante la ley. Pero esto

---

<sup>171</sup> Idem. P. 393

<sup>172</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. Op.Cit. P. 394

lleva aparejada la reivindicación de los originariamente derechos naturales inherentes al ciudadano, guiándose de valores tan vigentes como los de igualdad y libertad.

Esta protección estuvo íntimamente vinculada a la aparición de otras instituciones de la época: la utilidad de la pena, la humanización del castigo, la proporcionalidad, la culpabilidad, el principio de lesividad, la separación de poderes, la protección de derechos individuales frente al Estado y otros. Si los ilustrados guardaban, en su mayoría, un recelo a la interpretación de la ley penal por parte del juez era por la confianza que tenían en que la ley positiva recogía los dictados de la razón y de la ley natural, por tanto, no cabía darle otro sentido que el que ella literalmente expresaba.

#### **4.1. Contexto jurídico político**

Con el devenir de los años, las estructuras sociales y culturales que impactaron en la organización del poder político modelaron el derecho penal y las herramientas de las que se vale. Como sostiene Arroyo Zapatero, “el derecho penal moderno fue esencialmente territorial, al modo de la moneda nacional<sup>173</sup>”. Desde inicios del siglo XX, sin embargo, “los factores contemporáneos de la globalización económica, sin la barrera de las fronteras y las leyes, se acompañan por las propuestas de quienes reclaman y persiguen el que la globalización respete y se rija por los principios de los Derechos humanos, tanto políticos como sociales<sup>174</sup>”.

Según cuenta Yacobucci, y como fue analizado en el acápite 2.1, el tránsito del principio de legalidad desde sus orígenes hasta la actualidad ha sufrido una importante transformación. A inicios del siglo XIX, post periodo de la Ilustración, la legalidad fue enaltecida al punto de percibirla como un presupuesto de legitimidad de la ley penal<sup>175</sup>. Como señala el magistrado argentino, durante ese periodo, la positivización por sí misma otorgó la validez a las leyes, sin referencia a ningún otro marco de valoración superior, llámese leyes divinas, derecho natural, reglas morales objetivas o instituciones indiscutibles, costumbres o tradiciones, etc. “La noción de legalidad sufre a partir de esa primera etapa la progresiva influencia del contexto científico y político en el que se fortalece la idea del Estado moderno; sobre todo, a partir del predominio de la formalidad del instrumento de expresión jurídica por sobre el contenido material del mandato<sup>176</sup>”, explica.

Para la segunda mitad del siglo XIX, autores como Von Liszt influido por el naturalismo de la época, recogieron esta idea y la llevaron al extremo de querer someter el derecho a la precisión y rigurosidad de las ciencias naturales para hacer del mismo un fenómeno empíricamente comprobable. Como dice Mir Puig, las aspiraciones humanísticas de la Ilustración se fueron convirtiendo, en parte, en derecho positivo. Así señala lo siguiente:

---

<sup>173</sup> ARROYO ZAPATERO, Luis. En: Caminos para la armonización penal. Dirigido por: Mireille DELMAS-MARTY / Mark PIETH / Ulrich SIEBER. Universidad Castilla La Mancha. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009. P. 15

<sup>174</sup> Ibidem.

<sup>175</sup> YACOBUCCI, Guillermo. Op. Cit. P.638.

<sup>176</sup> Ibidem.



“Tras el auge espectacular de las ciencias experimentales, se extendió a lo largo de la segunda mitad del siglo XIX una actitud de admiración por lo científico acompañada de un rechazo de la metafísica. El positivismo jurídico fue el resultado de esta nueva mentalidad en el ámbito de la doctrina jurídica: vio en el dato real del Derecho positivo el material empírico susceptible de observación científica y adoptó frente al mismo un método descriptivo y clasificatorio próximo en parte al empleado por las ciencias naturales. Binding representó en Alemania una primera versión de este positivismo jurídico, que pretendió científicidad excluyendo los juicios de valor y limitando su objeto al Derecho positivo<sup>177</sup>”

Esta subordinación del derecho a la ley -explicado líneas arriba en el punto 2.1- ofreció el beneficio de la seguridad jurídica y del imperio del orden. Para la dogmática de entonces, el tipo penal era eminentemente avalorado. Aquel modelo positivista, sin embargo, sería luego confrontado a inicios del Siglo XX por un neokantismo de corrientes iusnaturalistas, de autores como Radbruch, que permitieron entender los conceptos jurídico-penales como conceptos normativos-valorativos.

Paradójicamente, dice Yacobucci, se intensificó la decisión política de usar la ley penal para enfrentar nuevos conflictos sociales y a su vez, recurrir a la política criminal para proteger bienes de orden macrosocial, alejándose de los bienes jurídicos individuales<sup>178</sup>. Esto fue reforzado por la idea de una sociedad de riesgos, donde grandes y nuevos riesgos aparecen como consecuencia de los procesos de modernización social (“contrario a los riesgos empresariales y profesionales del siglo XIX y de la primera mitad del siglo XX, estos ya no se limitan a lugares y grupos, sino tienden a la globalización que abarca la producción y la reproducción y no respeta las fronteras de los Estados nacionales, con lo cual surgen amenazas globales que son supranacionales y poseen una dinámica social y política nueva”)<sup>179</sup>. Para el autor, las transformaciones que ha sufrido el derecho penal, principalmente el llamado viejo derecho penal liberal<sup>180</sup>, no son solo producto de la teoría, sino de profundos cambios en el orden social, político y jurídico.

Este nuevo orden económico ha llevado al derecho penal a adecuar sus instituciones para salvaguardar intereses que trascienden a la esfera individual. Los mismos que son catalogados como bienes jurídicos colectivos de incidencia económica dirigidos a proteger intereses colectivos como el medio ambiente, la libre competencia, el orden monetario, la seguridad laboral y otros. Esto necesariamente se ha traducido en un cambio en la técnica legislativa y un desafío al principio de legalidad, al contar con un mayor número de conceptos valorativos, culturales no solo en el derecho penal aplicado a la actividad económica, sino a la defensa de intereses difusos, al crimen organizado, al medioambiente, al terrorismo, y otros<sup>181</sup>.

---

<sup>177</sup> MIR PUIG, Santiago. En: Imputación Objetiva y Dogmática Penal. P.30.

<sup>178</sup> YACOBUCCI, Guillermo. La transformación de la legalidad penal como desafío del nuevo siglo. En: Los Desafíos del Derecho Penal en el Siglo XXI. Libro Homenaje al Profesor Dr. Gunther Jakobs. ARA Editores E.I.R.L. 2005. P.631.

<sup>179</sup> BECK, Ulrich. Hacia una sociedad del riesgo, hacia una nueva modernidad. 1988. P. 19

<sup>180</sup> MIR PUIG, Santiago. En: El Derecho Penal en el Estado Social y Democrático. p. 16

<sup>181</sup> YACOBUCCI, Guillermo. Op.Cit. p. 646.

Estos conceptos valorativos que, capítulos atrás, autores identificaban como problemáticos porque requerían un peligroso protagonismo del juez en darle contenido, hoy son admitidos de manera pacífica. La estructura legal del sistema penal se ha ido construyendo así, en base al uso de cláusulas generales, tipos abiertos<sup>182</sup>, leyes penales en blanco<sup>183</sup>, delitos de omisión, delitos imprudentes<sup>184</sup> y de peligro abstracto, englobando así, un sistema jurídico normativo que trasciende al Código Penal<sup>185</sup>. Es el mismo legislador, en respuesta a este nuevo orden social, quien ha trasladado al juez la tarea de completar el enunciado legal, demostrando así, la función cooperativa de índole político criminal desarrollada líneas atrás.

#### 4.2. Legalidad material

No resulta, en esa línea, suficiente en este nuevo contexto social, político y jurídico, optar por una legalidad exclusivamente formal. Si bien es cierto, la función preventivo general negativo, en virtud del cual, las leyes deben ser claras, precisas, escritas para que los individuos puedan conocerlas e inhibirse de delinquir -la idea que sostenía von Feuerbach- se mantiene, es también cierto que el sistema del derecho penal, a través del fin de la pena, está orientado a la reivindicación de valores y a una justa distribución de libertades<sup>186</sup>.

Yacobucci sostiene, por eso, que la legalidad de hoy en día, “no pretende primariamente coaccionar sino particularmente restablecer comunicativamente la validez y vigencia del orden jurídico de la convivencia<sup>187</sup>”. Se trata, por tanto, de una legalidad material con contenidos valorativos y fines relevantes donde la ley no es solo una herramienta, cuya fuerza coactiva deriva del poder de la autoridad, sino de principios axiológicos surgidos de valores superiores que derivan del orden constitucional e internacional.

Bajo esta perspectiva, las personas se deben a la ley no porque “la ley lo dice” sino porque detrás de ella, hay un valor que refuerza su legitimidad y el fenómeno de los derechos humanos así lo comprueba: su peso radica en su fuerza moral, más que en su fuerza legal. Como dice Sancinetti, no hay que temer el plano del derecho natural: “si se pretende tomar seriamente la superación del principio *princeps legibus solutus* (el príncipe está por encima de la ley), entonces, no es posible eludir la vigencia del derecho natural en los ordenamientos de derecho penal nacionales<sup>188</sup>”.

En palabras de Yacobucci, “la legalidad se desenvuelve y a la vez limita merced a los valores superiores del ordenamiento jurídico, los presupuestos del orden político y los derechos fundamentales que, en la actual instancia histórica, no solo aparecen provistos por la conformación de una estructura de base nacional, sino que se expanden hacia la formulación de

---

<sup>182</sup> CLAUS, Roxin. Op.Cit. PG. p.298.

<sup>183</sup> Las leyes penales en blanco responden a una necesidad de intervenir en un marco normativo cambiante regulado, principalmente, por el derecho administrativo.

<sup>184</sup> En los delitos imprudentes, la ley remite a normas de cuidado o a criterios de la experiencia (*lex artis*).

<sup>185</sup> YACOBUCCI, Guillermo. Op.Cit. p. 646

<sup>186</sup> MEINI, Iván. La pena: función y presupuestos. En Revista Derecho PUCP. Pp. 156

<sup>187</sup> YACOBUCCI, Guillermo. Op.Cit. pp.648

<sup>188</sup> SANCINETTI, Marcelo. El Derecho Penal en la Protección de los Derechos Humanos. pp.56

una jurisdicción universal<sup>189</sup>”. Bajo este esquema, el juez llamado a interpretar la ley deberá recurrir, además, a principios del derecho penal (lesividad, subsidiariedad, culpabilidad, autorresponsabilidad, proporcionalidad), a la jurisprudencia, a una argumentación sujeta a criterios de razonabilidad, proporcionalidad y a un respeto por los precedentes, a fin de evitar la arbitrariedad del poder público.

Dado que la Carta Magna asegura la unidad del ordenamiento jurídico sobre la base de un “orden de valores” y no simples reglas formales de producción de normas, estos mismos valores vinculan también al Código Penal, que debe adaptarse al programa penal constitucional<sup>190</sup>. La aplicación del derecho penal no debe reducirse a conceptos ontológicos, sino enfrentar la realidad que pretende regular y las necesidades político-criminales que la Constitución recoge. El derecho penal no se explica sino en función de una realidad social y, como dice Rodríguez Mesa, requiere de un conocimiento empírico, sin que eso signifique desprenderse de los criterios valorativos del ordenamiento jurídico<sup>191</sup>. La criminología, por eso, brinda un aporte empírico necesario para entender el fenómeno del delito, al delincuente, la víctima, el control social del comportamiento desviado. No basta, por eso, que el sistema penal solo se sirva de la ley para delimitar la legitimidad de su actuación. La dogmática penal moderna debe ser una de naturaleza crítica, teleológica, funcional, abierta a los problemas concretos de la realidad social.

Los jueces no son meros aplicadores de la ley. No hay nada “más incorrecto que lo anterior<sup>192</sup>”, dice Yon, al reiterar la obligación de interpretarlas conforme a la Constitución. Esta última reconoce (art. 138), por eso, que el poder y la obligación de administrar justicia procede incluso ante vacío o deficiencia de la ley (art.139.8). Tan es así, que está facultado<sup>193</sup> (y obligado) a inaplicar una ley si es contraria a los valores que recoge la Constitución<sup>194</sup> y si por ello entiende que la decisión que ofrece es injusta en base a una ponderación de intereses que deben primar, claro está, tomando en consideración el impacto de la misma en la realidad social (desde una perspectiva político criminal).

---

<sup>189</sup> YACOBUCCI, Guillermo. Op.Cit. pp.648.

<sup>190</sup> TERRADILLOS BASOCO, Juan M. En: La Constitución Penal. Los Derechos de la Libertad. Pp.1. En: <http://www.cienciaspenales.net/files/2016/07/13terrardillos-constitucionpenal.pdf> Última visita: 25/03/2019.

<sup>191</sup> RODRÍGUEZ MESA, María José. “Hacia una dogmática jurídica penal como sistema abierto”. En: Estudios Jurídicos en Homenaje al profesor Dr. Juan M. Terradillos Basoco. p.37

<sup>192</sup> YON RUESTA, Roger. En: El Juez Penal y el Control Difuso: análisis a partir de dos leyes. pp.984.

<sup>193</sup> Código Procesal Constitucional. Artículo VI. Control Difuso e Interpretación Constitucional. “Cuando exista incompatibilidad entre una norma constitucional y otra de inferior jerarquía, el Juez debe preferir la primera, siempre que ello sea relevante para resolver la controversia y no sea posible obtener una interpretación conforme a la Constitución. // Los Jueces no pueden dejar de aplicar una norma cuya constitucionalidad haya sido confirmada en un proceso de inconstitucionalidad o en un proceso de acción popular. // Los Jueces interpretan y aplican las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional.”

<sup>194</sup> La potestad de los jueces de ejercer control difuso debe seguir un procedimiento específico, según sentencia vinculante de la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema. Este consiste en: 1) partir de la presunción de constitucionalidad de la norma y demostrar objetivamente la inconstitucionalidad alegada; 2) realizar un juicio de relevancia de la norma al caso; 3) una labor interpretativa exhaustiva, distinguiendo entre disposición legal y norma, con miras a agotar las técnicas interpretativas a fin de salvar la constitucionalidad de la norma; 4) y hacer un test de proporcionalidad para identificar si la medida legal supera el examen de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Para mayor información: <https://legis.pe/reglas-ejercicio-control-difuso-judicial-doctrina-jurisprudencial-vinculante/>

Vincular la dogmática con la realidad a través de categorías criminológicas, o axiológicas enmarcadas en el derecho constitucional (o internacional), que buscan limitar el *ius punendi* con base en los derechos fundamentales y el principio democrático, sostiene González, son todas posibilidades que pretenden poner freno al poder ilimitado, pero que van más allá al colocar criterios materiales que permiten realizar juicios de legitimidad de la ley penal<sup>195</sup>. “La norma que contiene las prohibiciones penales debe ser parte de un todo coherente. Consecuentemente, debe responder a las finalidades asignadas al Derecho penal en el marco del modelo político del Estado Social y Democrático de Derecho, a los principios que constitucionalmente se imponen a la regulación penal, a los principios doctrinal y jurisprudencialmente consolidados en esta disciplina, y a una labor legislativa adecuada e interrelacionada con los presupuestos anteriores, que responda a las exigencias democráticas de representación, protección, seguridad y certeza, exigibles a las leyes penales<sup>196</sup>”, agrega la autora.

A nivel jurisprudencial, la judicatura peruana ha procedido de esa manera frente a leyes contrarias a estos valores, no en abstracto sino en función de casos concretos. En lo que respecta a crímenes internacionales, en concreto, a crímenes de lesa humanidad durante el conflicto armado interno, ha procedido de esa manera frente a la expedición de leyes de amnistía que el Congreso emitió - bajo la aprobación del ex mandatario Alberto Fujimori- en 1995 para beneficiar al personal militar, policial, civil involucrado en “hechos derivados de, o cometidos en ocasión o como consecuencia de la lucha contra el terrorismo<sup>197</sup>”. Dicha ley fue entonces inaplicada en los procesos en curso por ser contraria a la Constitución y a las obligaciones impuestas por la CADH.

La inaplicación de leyes penales ha alcanzado incluso artículos específicos del Código Penal. Así sucedió en la casación 335-2015 del Santa, de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema - hoy dejada sin efecto- al ejercer control difuso en lo referido al quantum de la pena de un delito contra la libertad sexual. El artículo 173, inciso 2 del Código Penal, mandaba, en virtud del principio de legalidad, a imponer una pena entre 30 a 35 años de cárcel y prohibía expresamente atenuarla para este tipo de delitos (artículo 22 Código Penal), en caso de responsabilidad restringida (cuando el sujeto activo tiene entre 18-21 años).

Sin embargo, la desproporción de la sanción penal en relación al injusto llevó al juez, en base a un juicio de ponderación (principio de legalidad vs. el principio de proporcionalidad, fines de la pena, prohibición de penas o tratos crueles inhumanos) a inaplicar la ley penal. Para llegar a la resolución del caso, los magistrados evaluaron el diseño de la política criminal<sup>198</sup>, la racionalidad

---

<sup>195</sup> GONZÁLEZ, Gloria. Exigencias normativas de legitimidad en la ley penal. En: Estudios Jurídicos en Homenaje al profesor Dr.hc. Juan M. Terradillos Basoco. Tirant lo Blanch, Valencia, 2018. Pp. 245.

<sup>196</sup> *Ibidem*.

<sup>197</sup> Ley 26479 del 14 de junio de 1995, art. 1. La amnistía abarcaba hechos cometidos a partir de mayo de 1980 y alcanzaba a todos los responsables que estaban siendo investigados o procesados de acuerdo al art. 6.

<sup>198</sup> “Trigésimo primero: Por mandato constitucional (Art.139.22) y convencional (art.5.6) toda pena debe promover la resocialización del reo, tanto en la faceta legislativa, en el campo judicial, como en el ámbito de la ejecución penal. Con ello, no es que se pretenda afirmar que el único fin legítimo de la pena sea la resocialización, sino que dicho fin se presenta como un objetivo irrenunciable de la pena, cualquier que sea su clase, que obliga a todos los poderes públicos y que un Estado Social y Democrática, como el peruano debe cumplir (Art.43 Constitución); en particular en el diseño de toda política criminal y la configuración de las clases y magnitudes de penas”. Ver: Casación N. 335-2015 Del Santa. Corte Suprema de Justicia de la República. pp.23

de la ley<sup>199</sup>, los fines de la pena<sup>200</sup> y otros. Se ponderó, por un lado, el principio de legalidad y los artículos del Código Penal y por el otro, los principios y disposiciones constitucionales y convencionales que le obligaron a evaluar una alternativa. Cabe precisar, en esa línea, que este no ha sido el único caso que respalda la noción de que la formalidad es insuficiente para garantizar el contenido justo o no de las normas de conformidad con el respeto a los derechos humanos<sup>201</sup>. Como dice Radbruch, “no se puede definir el Derecho, incluso el Derecho positivo, si no es diciendo que es un orden establecido con el sentido de servir a la justicia<sup>202</sup>”.

### 4.3. Legalidad y derecho

De lo anterior se puede definir que la ley penal transita por nuevas coordenadas sociales, económicas y políticas que obligan a replantear muchas de las instituciones y los principios que han condicionado la disciplina penal en los últimos siglos. Sáez destaca, por ejemplo, el fenómeno de la ‘cascada de la justicia’ -metáfora para explicar los juicios a autores de masacres y atrocidades, acusaciones de crímenes internacionales contra mandatarios y dictadores- y de las transformaciones que ella ha inducido en expandir el derecho y la cultura de la legalidad, en una estrategia que pone de manifiesto uno de los rasgos de la globalización<sup>203</sup>. “La evolución lógica de esa cascada venía a dejar atrás la tradicional concepción dual del sistema legal (un orden interno, con verdaderas normas obligatorias e instituciones de tutela, y un orden externo o internacional, de baja normatividad y carente de mecanismos de coacción y afirmación de la legalidad vulnerada) en favor de un solo ordenamiento<sup>204</sup>”, explica.

Como agrega el autor, el derecho internacional ha sido capaz de desenvolverse, incluso al margen del consentimiento de los actores estatales, utilizando mecanismos para erigir los derechos fundamentales en normas jurídicas heterónomas, universales, generales, abstractas, y en una posición que se ubica por encima del derecho interno<sup>205</sup>. La normatividad de los derechos

---

<sup>199</sup> “Vigésimo Noveno: No hay estudios criminológicos, científicos, psicológicos, o de otro orden técnico, que permitan sostener de manera razonable y válida que prohibiendo la atenuación de la pena a los imputados de 19 años de edad, que tuvieron acceso carnal con menores de 13 años; se reducirán los índices de este tipo de delitos. Por el contrario, esta prohibición fomenta la marginación, la exclusión social y quebranta el principio contenido en el artículo 5.6 de la Convención Americana de Derechos Humanos que prescribe: “las penas privativas de libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados”. Ver: Casación N. 335-2015 Del Santa. Corte Suprema de Justicia de la República. pp.21.

<sup>200</sup> “...este Supremo Tribunal considera que ninguna pena, sobre todo cuando se trate de penas privativas de la libertad, puede sacrificar y obviar en su aplicación el mandato resocializador, que como principio constitucional y como compromiso convencional obligatorio ha contraído el Perú; hacerlo no solo supone incurrir en desacato constitucional, sino en desafiar las obligaciones internacionales adquiridas por el Perú al suscribir tratados de derechos humanos, exponiendo al Estado a una eventual responsabilidad política por violación de derechos humanos”. Ver: Casación N. 335-2015 Del Santa. Corte Suprema de Justicia de la República. pp.24.

<sup>201</sup> 1) Ley de Delitos Aduaneros 608-97 (auto de vista) / 2) Caucción en delitos tributarios (incisos b y c del artículo 10 del Decreto Legislativo 813) - 2004-2022 (auto de vista) / 3) Delitos tributarios (2004-2741 (auto de vista) Y otros. 4.3 (agregar citas/sumilla). 4) Control de convencionalidad. N. 00006-2001-4-50001-SU-PE-01. 5) Corte Suprema de Justicia. Exp. N. 00006-2001-4-5001-SU-PE-01. Control de Convencionalidad. Alberto Fujimori Fujimori. Resolución del 13 de febrero, 2019. 6) Exp. N. 00649-2011-0-5001-JR-PE-03

<sup>202</sup> RADBRUCH, Gustav. Leyes que no son Derecho y Derecho por encima de las leyes. Traducido por José Rodríguez Paniagua en Derecho injusto y derecho nulo. Aguilar, Madrid: 1971. Pp.14

<sup>203</sup> SAEZ VALCARCEL, Ramón. Ramón. Actualizar la prohibición del genocidio y las masacres. En: Estudios Jurídicos en Homenaje al profesor Dr.hc. Juan M. Terradillos Basoco. Tirant lo Blanch, Valencia, 2018. Pp.602

<sup>204</sup> Idem. pp 607

<sup>205</sup> Ibídem.

humanos globales, indivisibles e interdependientes debió influir en la definición y en la práctica de la soberanía de los Estados: “porque están obligados a promover y respetar los derechos humanos, la legalidad internacional que les limita y constriñe no puede depender exclusivamente de su voluntad y de su consentimiento<sup>206</sup>”.

Los cambios se justifican frente a la irrupción cada vez más respaldada del derecho internacional en el ordenamiento jurídico interno. Como dice Radbruch, “la parte infinitamente más importante de la renovación del derecho está en el derecho internacional<sup>207</sup>”. En el caso peruano, por los tratados internacionales que se integran al derecho interno a través del artículo 3, artículo 55 de la Constitución y la cuarta disposición transitoria que otorga rango constitucional a los que versan sobre derechos humanos, o a través de fuentes no convencionales. Es decir, las obligaciones internacionales que pesan sobre el Estado peruano -y, por tanto, sobre los jueces a nivel nacional- no solo tienen origen convencional, sino que derivan del derecho consuetudinario, los principios generales del derecho y las normas *ius cogens*<sup>208</sup>.

El principio de legalidad, tomando en cuenta su finalidad y efectividad en un contexto como el actual, cuando se trata de las conductas más lesivas que la comunidad internacional reprocha -esto es, atrocidades que desafían la imaginación y conmueven profundamente la conciencia de la humanidad<sup>209</sup>-, debe ser capaz de abarcarlas, aún si la ley penal interna positiva no lo hace; sea porque no está escrita o porque esta no es más que un cascarón sin contenido material. La persecución de crímenes internacionales reconoce bien Sáez, es también un mecanismo de control y limitación de los poderes estatales salvajes o genocidas<sup>210</sup> (tratándose, claro está, de aquellos perpetrados con anuencia del Estado).

Esto no solo se condice con las obligaciones internacionales que exigen una respuesta de represión y persecución de estos delitos al Estado (el mismo que está prohibido de invocar razones de derecho interno para incumplirlas<sup>211</sup>), sino con el hecho de que la protección del individuo sindicado también se materializa a través de la previsión que ofrece el derecho -y no solo la ley- de los límites de su conducta y los delitos que pueda luego reprocharle. Esto es, de acuerdo al derecho interno e internacional. El principio de legalidad limita el *ius punendi*, ¿pero qué principio no lo hace? No ha de soslayarse que la arbitrariedad del poder estatal tiene también en los

---

<sup>206</sup> Ibidem.

<sup>207</sup> RADBRUCH, Gustav. La Renovación del Derecho. En: Relativismo y Derecho. Trad: Luis Villar Borda. Editorial Temis S.A, 1992. P.19. El autor escribió este artículo en el periodo de la posguerra entre 1945 y 1949. Culminados los juicios de Nuremberg -tiempo en que se consolida el nacimiento del derecho penal internacional-, señaló: “Yo me declaro en favor de la idea fundamental de la histórica sentencia de Nuremberg. Dos pensamientos nuevos agregé dicha sentencia: las obligaciones de derecho internacional, de una parte, no deben en adelante ligar solo a los Estados, sino obligar a los gobernantes y a cada ciudadano en particular; de otra parte, la violación de las obligaciones de derecho internacional deben en el futuro ser penadas en la persona del culpable, conforme a un nuevo derecho penal internacional establecido por la jurisprudencia”.

<sup>208</sup> Artículo 53 Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969: “Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter.”

<sup>209</sup> Como señala el preámbulo del Estatuto de Roma que crea la Corte Penal Internacional.

<sup>210</sup> SÁEZ VALCÁRCEL, Ramón. Op.Cit Pp.602

<sup>211</sup> Artículo 27 Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969.

principios de proporcionalidad, culpabilidad, lesividad, subsidiariedad un freno para la protección del ciudadano.

Esto último es lo que, en buena cuenta, permitió al Tribunal Federal Constitucional de Alemania en 1996, en el caso “Streletz and Kessler” -luego confirmado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos-, condenar a los centinelas del muro de Berlín en la República Democrática Alemana<sup>212</sup> -RDA o Alemania Oriental-, y a los oficiales que así lo ordenaron, por disparar a los fugitivos que huían cruzando la frontera que los separaba de la República Federal de Alemania -Alemania del Oeste-.

Al ser acusados por el delito de homicidio, su defensa alegó que los actos estaban justificados amparándose en que así lo dispuso la ley positiva de la RDA (en concreto, una causa de justificación), por tanto, aplicar una ley distinta contravendría el principio de legalidad en su manifestación de no retroactividad (o retroactividad benigna). A fin de superar estas limitaciones, los magistrados se valieron de la tesis del profesor Radbruch (la “fórmula Radbruch”) que se resume en lo siguiente: la ley positiva será contraria a la justicia, y no deberá aplicarse, ahí donde la inconsistencia entre la primera (Statutory law) y la justicia sea tan intolerable que la última debe sobreponerse a la primera<sup>213</sup>.

Esta fórmula, recoge Alexy, es expresión de un concepto no positivista del derecho, según el cual lo que es derecho viene determinado no sólo por la positividad válida y formalmente establecida y por la eficacia social, sino por su contenido de justicia material. En este caso, explica, el Tribunal Supremo Federal “hace fracasar la justificación otorgada por el derecho positivo de la RDA confrontándola con criterios suprapositivos especificados por medio de los derechos humanos<sup>214</sup>”. Este será el presupuesto, agrega el tribunal, sobre el cual el Estado de derecho debe sustentar la protección de la confianza amparada en el artículo 103 de la Constitución (principio de legalidad)<sup>215</sup>. En otras palabras, ahí donde la legalidad no recoja estos criterios materiales que hemos calificado en esta investigación como valores y principios de libertad e igualdad, que bien pueden estar contenidos en un derecho no escrito, como son las fuentes consuetudinarias del derecho internacional, la ley positiva deberá ceder ante lo primero.

---

<sup>212</sup> Entre 1949 y 1961, 2 millones y medio de alemanes viajaron de la GDR (Alemania Oriental; satélite soviético) a la FRG (Alemania Occidental). Para impedir ese flujo de migrantes, la GDR construyó el muro de Berlín el 13 de agosto de 1961 y reforzó las medidas de seguridad en la frontera entre estas dos Alemanias. Muchas personas que intentaron cruzar la frontera, perdieron la vida luego de que fueran disparadas por minas antipersonales o armas automáticas o por ser disparadas por centinelas de la GDR. Entre 1971 y 1989, se dio una reunión con el Consejo Nacional de Defensa en la GDR, y se dio la orden de que a todo quien cruce la frontera, debía ser aniquilado. Todas las órdenes se dictaron bajo un sistema de cadena de mando. En 1989, la huida de miles de ciudadanos del GDR a la embajada de FRG en Praga, Varsovia y Hungría que había abierto sus fronteras con Austria, detonó una serie de manifestaciones que terminó con la precipitada caída del muro de Berlín en noviembre de 1989 y a los procesos de reunificación de Alemania del 3 de octubre de 1990.

<sup>213</sup> CASSESE, Antonio. “International Criminal Law”. P.141.

<sup>214</sup> ALEXY, Robert. Derecho injusto, retroactividad y principio de legalidad penal. La doctrina del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre los homicidios cometidos por los centinelas del Muro de Berlín”, Doxa Cuadernos de Filosofía del Derecho, 23, 2000. P.206

<sup>215</sup> ALEXY, Robert. Óp. Cit. P.212

## 5. Principio de legalidad en el Derecho Internacional

Los alcances del principio de legalidad han sufrido una transformación conforme ha ido cambiando la estructura del poder político, los límites del *ius punendi*, los mecanismos de producción legislativa, la irrupción de contenidos axiológicos, entre otros. Las sub garantías del derecho penal liberal tradicional han ido cediendo paso a otros criterios que trascienden a la ley, para garantizar la seguridad jurídica en la aplicación del derecho y la previsibilidad de los ciudadanos de conocer la prohibición y sanción de ciertas conductas constitutivas de delitos. Además, han mostrado no ser absolutas y suficientes para legitimar la norma penal prohibitiva de comportamientos que ponen en riesgo bienes jurídicos merecedores de sanción penal.

No es sólo un principio del derecho penal, sino que su importancia ha sido elevada y reconocida a la categoría de derecho humano, reconocido a nivel del derecho internacional, principalmente en lo que respecta a su manifestación de ley previa -esto es, de irretroactividad de la ley penal-. Como precisa el juez Theodore Meron, *“the prohibition of retroactive penal measures is a fundamental principle of criminal justice, and a customary, even peremptory, norm of international law that must in all circumstances be observed in all circumstances by national and international tribunals”*<sup>216</sup>. Veamos, en adelante, la regulación del principio de legalidad bajo el derecho internacional.

### 5.1. Post Núremberg

En 1946, un punto de quiebre en los alcances del principio de legalidad desestabilizó sus cimientos: los juicios de Núremberg. Acabada la Segunda Guerra Mundial, los Estados aliados, esto es, las potencias ganadoras<sup>217</sup>, acordaron a través de la Carta de Londres crear el Tribunal Militar Internacional (TMI) de Núremberg en agosto de 1945 para juzgar a los principales criminales de guerra del Eje Europeo. Anexaron a ello el estatuto que establecería las acciones u omisiones constitutivas de delitos sobre los que ejercerían jurisdicción. Algo similar pasó con el Tribunal de Tokio creado en enero de 1946 para juzgar a los criminales de guerra en el Lejano Oriente.

Este último se creó tras una proclamación especial del Comandante Supremo de las Potencias Aliadas, el General Douglas McArthur en base a la Declaración de Potsdam de julio de 1945 que precisó como condición de rendición de Japón juzgar a sus criminales de guerra; Japón aceptó<sup>218</sup>. En el caso de Núremberg, la creación del TMI se dio en virtud de la normativa de DIH sobre

---

<sup>216</sup> THEODORE, Meron. *War Crimes Law Comes of Age* 244 (Oxford Univ. Press 1998) (discussed further in Ch. 7.i). [Traducción libre: “La prohibición de retroactividad penal es un principio fundamental del derecho penal, y de la costumbre, incluso, es una norma imperativa del derecho internacional que debe ser respetada en todas las circunstancias por los tribunales nacionales e internacionales”].

<sup>217</sup> OLÁSOLO, Hector. El principio *nullum crimen sine iure* en Derecho Internacional Contemporáneo; Anuario iberoamericano de Derecho Internacional Penal, ANIDIP, vol.1, 2013, pp 22.

<sup>218</sup> Comisión Preparatoria de la Corte Penal Internacional de las Naciones Unidas. PCNICC/2002/WGCA/L.1. Enero, 2002. En: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r29046.pdf> Última visita: 02.04.2019



situaciones de ocupación, que reconocía a cada uno de los Estados aliados un poder de legislar sobre la Alemania ocupada que se había rendido ante ellos<sup>219</sup>.

Cuando la defensa de los acusados dijo que la judicialización de estos casos era una violación al principio de legalidad<sup>220</sup>, el TMI respondió que era, más bien, el resultado de la voluntad soberana de los Estados que actuaban en ese escenario como legisladores. Como indica Burneo, la redacción del Estatuto fue el ejercicio de la soberanía de los vencedores y una manifestación de su poder constituyente<sup>221</sup>. Solo de manera subsidiaria, el TMI analizó si cada delito pudo haber sido definido por el Derecho Internacional cuando se iniciaron las hostilidades en 1939.

No había un consenso sobre el contenido del principio de legalidad en materia internacional para entonces. En Núremberg el principio de ‘nullum crimen sine lege’ fue interpretado como un principio de justicia<sup>222</sup> (‘nullum crimen sine iure’), que recogía, más bien, la idea de que no podían quedar impunes conductas que habían dañado inmensamente a la sociedad internacional y que eran aborrecidas por todos sus miembros, aún si no habían sido expresamente contempladas como delitos cuando ocurrieron<sup>223</sup>. En opinión de Folgueiro, sin embargo, el asesinato, el exterminio, la esclavitud, la deportación, la violación y otros, ya eran sancionados como crímenes por las normas penales internas de los Estados en los que fueron cometidos los hechos y prácticamente, en la totalidad de las naciones. Por eso, dice, “puede afirmarse que la prohibición de estas conductas constituía, incluso antes de iniciada la Segunda Guerra Mundial, un principio general del derecho<sup>224</sup>”.

En todo caso, la postura que variaba el sentido del principio de legalidad fue objetada por algunos jueces del Tribunal de Tokio<sup>225</sup>, para quienes dicho ‘principio de justicia’ implicaba una sumisión a la voluntad de los Estados, desvirtuando la naturaleza del principio de legalidad que había sido consagrado como un derecho subjetivo individual que los Estados debían respetar en la administración de la justicia penal<sup>226</sup>.

Esta situación rápidamente cambió. El principio de legalidad sufrió una transformación en las siguientes décadas hasta ser entendido hoy bajo el derecho internacional como un derecho subjetivo individual generador de una obligación para los Estados de limitar su poder soberano. Así fue reconocido en diversos tratados internacionales (léase, la Convención sobre el genocidio

---

<sup>219</sup> OLÁSULO, Héctor. Op.Cit. pp.22

<sup>220</sup> De Vabres venía de un país donde el nullum crimen sine lege era un principio intensamente implantado y se mostró extremadamente sensible al mismo. Así lo sostiene Cassese. Op. Cit. P.143.

<sup>221</sup> BURNEO, José. Óp.Cit. p.209

<sup>222</sup> GALLANT, Kenneth. The Principle of Legality. “The maxim nullum crimen sine lege is not a limitation of sovereignty but is in general a principle of justice.” pp. 1

<sup>223</sup> CASSESE, Antonio. Op.Cit. pp.143. [Traducción libre: “Después de la Segunda Guerra Mundial, la doctrina de la legalidad estricta reemplazó gradualmente a la de la justicia material”]

<sup>224</sup> FOLGUEIRO, Hernán. El crimen de genocidio. Análisis del art. 6 del Estatuto de Roma para la Corte Penal Internacional. En Pablo Parenti, Hernán Folgueiro & Leonardo Filippini, Los crímenes contra la humanidad y el genocidio en el derecho internacional. Buenos Aires: Ad Hoc. pp.135.

<sup>225</sup> Votos particulares del juez Roling, Juez Bernard, Juez Pal. International Military Tribunal for the Far East. Judgement del 4 de noviembre de 1948.

<sup>226</sup> OLÁSULO, Héctor. Op.Cit. pp.23

de 1948, los Convenios de Ginebra de 1949, la Convención de 1984 sobre la tortura y otros tanto sobre terrorismo) y también en la costumbre internacional.

Como señala Gallant, “*the central aspects of the principle of legality in criminal law, especially the non-retroactivity of crimes and punishments, are now rules of customary international law*”<sup>227</sup>, lo que se ve reflejado en la regla 101<sup>228</sup> de las normas consuetudinarias del Derecho Internacional Humanitario. El principio de legalidad, en esa línea, señala Pezzot, se ha constituido en un ejemplo de dualidad de fuentes, “puesto que tiene el carácter de principio general de derecho, posee también naturaleza consuetudinaria e incluso ha sido receptado en instrumentos convencionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario”<sup>229</sup>.

Así, en relación a los juicios de Núremberg, la Asamblea General de las Naciones Unidas (AGNU) aprobó los Principios de Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto y las sentencias del TMI, en su Resolución 95 (I) en 1946. Con ello, los 55 miembros que integraban la AGNU, expresaba su conformidad con los conceptos generales y estructuras jurídicas del derecho penal que derivaban del Estatuto del TMI, de forma explícita o implícita<sup>230</sup>. La comunidad internacional ponía en marcha el proceso dirigido a convertir estos principios en principios generales de derecho consuetudinario vinculantes a todos los Estados miembros de la organización, como es el principio de responsabilidad penal internacional del individuo (Principio D).

Ese mismo año, en 1950, el artículo 7 de la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH) reconoció, en relación al principio de legalidad, que este prohibía el condenar a una persona por acción u omisión que no haya sido delito según el “derecho nacional o internacional”, lo que no impedía el juicio o condena al culpable de una conducta “que en el momento de su comisión constituía delito según los principios generales del Derecho reconocidos por las naciones civilizadas”<sup>231</sup>.

Incluso antes, en 1948, la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) ya había precisado, por un lado, que la prohibición de retroactividad de la ley penal debía respetarse en función del “derecho” vigente, sea este nacional o internacional (artículo 11), y por el otro, el artículo 15 del PIDCP positivizó este principio al recoger que el mismo protege a individuos sindicados de cometer conductas que no fueran delito según el “derecho nacional e internacional”.

---

<sup>227</sup> GALLANT, Kenneth S. *The Principle of Legality in International and Comparative Criminal Law*. Ed: Cambridge University Press. 2009. pp. 352. [Traducción libre: “Los aspectos centrales del principio de legalidad en el derecho penal, especialmente la no retroactividad de los delitos y las penas, son ahora normas del derecho internacional consuetudinario”.]

<sup>228</sup> Norma 101. Nadie puede ser acusado o condenado por una acción u omisión que no constituía delito según el derecho nacional o internacional en el momento en que se cometió. Tampoco puede imponerse una pena mayor que la que era aplicable cuando se cometió la infracción penal. [CAI/CANI]

<sup>229</sup> PEZZOT, Romina E. ¿Es la costumbre internacional una fuente creadora tabú en el derecho internacional penal? Propuesta de un método de constatación de la costumbre internacional general de naturaleza penal. En *Letra: Derecho Penal*. Año IV, número 7, pp. 154-185

<sup>230</sup> CASSESE, Antonio. En: *Afirmación de los Principios del Derecho Internacional Reconocidos en el Estatuto del Tribunal de Núremberg*. [http://legal.un.org/avl/pdf/ha/ga\\_95-I/ga\\_95-I\\_s.pdf](http://legal.un.org/avl/pdf/ha/ga_95-I/ga_95-I_s.pdf)

<sup>231</sup> Artículo 7 de la Convención Europea de Derechos Humanos.

Ello constituyó la consagración del principio de legalidad en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos (DIDH). La Convención Americana de 1969 (CADH), asimismo, en su artículo 9, precisó que el principio de legalidad se atenía al “derecho aplicable”. En otras palabras, desde 1946 los principios de Núremberg son fuentes de derecho internacional para criminalizar las conductas merecedoras de pena a nivel internacional.

En lo que respecta al DIH, el principio de legalidad fue recogido en el artículo 99 del Tercer Convenio de Ginebra de 1949 aplicable a los prisioneros de guerra (“Ningún prisionero de guerra podrá ser juzgado o condenado por un acto que no esté expresamente prohibido en la legislación de la Potencia detenedora o en el derecho internacional vigentes cuando se haya cometido dicho acto”), en el artículo 76 del Cuarto Convenio relativo a la protección de civiles en tiempos de guerra (“Los tribunales solo podrán aplicar las disposiciones legales anteriores a la infracción y conformes a los principios generales del derecho”), en el artículo 75. 4, c, del Protocolo Adicional I de 1977 (“nadie será acusado por actos u omisiones que no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional que le fuera aplicable en el momento de cometerse”) y en el artículo 6.2.c del Protocolo Adicional II del mismo año (“nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho”).

A ello, se añade la regla 101 de la lista de normas consuetudinarias del CICR que reconoce que nadie debe ser acusado o condenado por una acción u omisión que no sea delito según el derecho nacional o internacional al momento de cometerse el acto, aplicable a conflictos armados internacionales e internos<sup>232</sup>.

Como recoge Ambos, todo ello implicó una ‘desformalización’ de la carga normativa del principio *nullum crimen*<sup>233</sup>. Si bien el Estatuto de Roma (ER) recoge el principio de legalidad en su acepción ‘estricta’ en sus artículos 22 sobre la prohibición de interpretación extensiva y analogía, el artículo 23 que prohíbe la pena, sin ley y el artículo 24 sobre la no retroactividad (salvo la benigna), el propósito no es determinar el contenido del principio de legalidad bajo el derecho internacional, sino delimitar la jurisdicción de los delitos sobre los que el tribunal puede pronunciarse. Tanto, que el artículo 22, inciso 3 precisa: “Nada de lo dispuesto en el presente artículo afectará a la tipificación de una conducta como crimen de derecho internacional independientemente del presente Estatuto<sup>234</sup>”.

Siguiendo lo dicho por Pezzot, Olásolo reitera que el principio de legalidad hoy admite una doble naturaleza: como costumbre internacional de aplicación universal y como principio general del Derecho, común a las Naciones que conforma la comunidad internacional<sup>235</sup>. La sanción de un

---

<sup>232</sup> “Regla 101. Nadie puede ser acusado o condenado por una acción u omisión que no constituía delito según el derecho nacional o internacional en el momento en que se cometió. Tampoco puede imponerse una pena mayor que la que era aplicable cuando se cometió la infracción penal.”

<sup>233</sup> AMBOS, Kai. La construcción de una parte general del derecho penal internacional. En: *Temas Actuales del derecho penal internacional*. P. 14

<sup>234</sup> Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Artículo 22.

<sup>235</sup> OLÁSULO, Héctor. *Op.Cit.*p.25

delito, bajo esta lógica, no depende de que se encuentre prevista en una ley escrita, sino que así lo reconozcan estas fuentes igualmente válidas de derecho.

Sobre el carácter consuetudinario del principio de legalidad, cabe precisar que el derecho internacional no acoge la acepción de legalidad estricta. Precisa Gallant: “*the rule nullum crimen sine praevia lege scripta is followed by many civil law and other countries, and is the rule followed in the ICC (except in cases of retroactive acceptance of jurisdiction or Security Council referral of a situation involving a non-state party to the ICC Statute). However, this rule has not yet become customary international law. It is not yet a universal requirement of the common law tradition*”<sup>236</sup>. Señala Gil Gil, por su parte, que, en Derecho Internacional, la palabra *lex* no puede entenderse en sentido formal estricto, pues es obvio que no existe un órgano legislativo internacional (como sí lo hay a nivel interno de los Estados) y porque su sustento ideológico (separación de poderes y contrato social) no es de recibo ni siquiera en otros países de tradición histórica y cultural y menos, en la Comunidad internacional, ni encuentra reflejo en la propia estructura de dicha Comunidad<sup>237</sup>.

Bajo estos términos, el individuo como sujeto de derecho internacional, podía, a partir de ese momento, bajo las fuentes reconocidas en el artículo 38<sup>238</sup> del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (CIJ), ser responsable penal de incurrir en crímenes internacionales. El principio de legalidad se constituía, según Olásolo, en una “garantía efectiva contra investigaciones, enjuiciamientos y condenas arbitrarias”. Siendo así, “irrelevante si la criminalización de la conducta se ha producido mediante el Derecho nacional o el Derecho internacional, con tal de que la misma sea constitutiva de delito en el momento de llevarse a cabo”<sup>239</sup>.

## 5.2 Principio de Legalidad en los Sistemas Regionales

A pesar de que el sistema universal de protección de derechos humanos extra convencional y convencional que refleja la DUDH y el PIDCP -así como las resoluciones de la AGNU, la Comisión de Derecho Internacional, el Comité de Derechos Humanos, los Convenios de Ginebra, la CICR y otros- ha recogido la interpretación del ‘*nullum crimen sine iure*’, en virtud del cual, una conducta no puede ser sancionada si antes no ha sido prevista como tal en el derecho nacional o internacional, consagrando con ello el respeto a la prohibición de retroactividad de la norma penal, esta última no ha tenido un desarrollo uniforme en los sistemas regionales.

---

<sup>236</sup> GALLANT, Kenneth S. Op. Cit. Pp. 356 [Trad: “La regla *nullum crimen sine praevia lege scripta* es seguida por muchas leyes civiles y otros países, y es la regla que se sigue en la Corte Penal Internacional (excepto en casos de aceptación retroactiva de la jurisdicción o la remisión por el Consejo de Seguridad de una situación que involucra a una parte no estatal en el Estatuto de la CPI). Sin embargo, esta regla aún no se ha convertido en derecho internacional consuetudinario. Por tanto, todavía no es un requisito universal de la tradición del derecho común.”]

<sup>237</sup> GIL GIL, Alicia. Derecho Penal Internacional. Madrid: Ed. Tecnos, 1999. p.70

<sup>238</sup> Artículo 38. 1. La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar: a. las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes; b. la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho; c. los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas; d. las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 59.”

<sup>239</sup> OLÁSULO, Hector. Op.Cit. P.26

Esto se evidencia si comparamos el sistema europeo con el interamericano. El primero sigue una aproximación material del principio de legalidad, mientras que el segundo recoge una acepción formal y estricta, característica de los sistemas jurídicos de tradición continental. Por su parte, en el caso de tribunales penales internacionales, la tendencia se asimila a la europea y universal.

### 5.2.1 Sistema Europeo

El artículo 7 de la CEDH señala que el principio de legalidad se satisface con la incriminación de la conducta delictiva en el derecho nacional o internacional. Además, agrega la disposición que desarrolla el segundo párrafo de la regulación de la DUDH, el PIDCP y los principios generales de Núremberg, AGNU en 1946, que dice lo siguiente: “nada impedirá el juicio y castigo de una persona culpable de una acción u omisión que, en el momento de su comisión, constituía delito según los principios generales del derecho reconocidos por la Comunidad Internacional<sup>240</sup>”.

Si tomamos en cuenta que estos principios son fuente de derecho internacional, en realidad este párrafo se deriva del primero<sup>241</sup> que precisa que la incriminación puede darse en derecho nacional o internacional. Esto incluye la ley escrita, propia de los sistemas del Derecho Continental, los precedentes judiciales del Common Law y el resto de las fuentes del derecho internacional.

La jurisprudencia de los Tribunales regionales ha sido determinante en dotar al principio de legalidad de contenido. El sistema europeo responde al tratado constitutivo que expresamente incluye en la definición del principio de legalidad la prohibición de sancionar un delito no contemplado por el derecho nacional “e internacional”. Por tanto, el TEDH no reduce el mismo a la previa tipificación de los delitos en una ley escrita. Todo lo contrario: reitera una aproximación material de la antijuricidad y exige dos elementos esenciales para cumplir con este: 1) accesibilidad del imputado a la norma nacional o internacional que haga punible su conducta al momento de llevarse a cabo el acto, y 2) la previsibilidad del imputado de llevar a cabo su conducta según este derecho aplicable<sup>242</sup>.

Así lo demuestra el TEDH en el caso ‘Kononov vs. Letonia’ de 2010, donde el demandante, un militar letón (Kononov), invocó la vulneración de la prohibición de retroactividad de la ley penal por parte del Estado de Letonia al ser condenado en 2003 por crímenes de guerra cometidos en 1944 (durante la Segunda Guerra Mundial, cuando Letonia era ocupada por la Unión Soviética), bajo el Código Penal de 1961 que recién incluyó los crímenes de guerra y de lesa humanidad en 1993. Al desarrollar el artículo 7 de la Convención Europea, que recoge el principio de legalidad, dice lo siguiente:

---

<sup>240</sup> Artículo 7. 2. En: [https://www.echr.coe.int/Documents/Convention\\_SPA.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf)

<sup>241</sup> Artículo 7. 1. Nadie podrá ser condenado por una acción o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el derecho nacional o internacional. Igualmente, no podrá ser impuesta una pena más grave que la aplicable en el momento en que la infracción haya sido cometida.”

<sup>242</sup> TEDH, Caso Kononov c. Letonia, cit, párr..185, TEDH, Caso Korbely, C.Hungría, cit, párr..67-71; TEDH, Caso Jorgic c. Alemania cit, párr 101-109, TEDH Caso Streletz, Kessler y Krenz C. Alemania, cit, párr..50...

“Esta condición se cumple cuando el justiciable puede saber, a partir de la redacción de la disposición pertinente y, si es necesario, ayudándole a su interpretación por los tribunales, que actos u omisiones comprometen su responsabilidad penal. El concepto de «derecho» («law») utilizado en el artículo 7 corresponde al de «ley» que figura en otros artículos del Convenio, englobando tanto el derecho escrito como no escrito e implicando condiciones cualitativas, entre otras la de accesibilidad y previsibilidad. En lo que respecta a la previsibilidad, el Tribunal recuerda que así de clara pueda ser la redacción de una disposición legal, en el sistema jurídico que sea, incluido el derecho penal, existe inevitablemente un elemento de interpretación judicial. Siempre se deberán aclarar los puntos dudosos y adaptarse a los cambios en las circunstancias. De hecho, está firmemente establecido en la tradición jurídica de algunos Estados partes al Convenio que la jurisprudencia, como fuente de derecho, contribuye necesariamente a la evolución progresiva del derecho penal. No puede interpretarse el artículo 7 del Convenio como prohibiendo la aclaración gradual de las normas de la responsabilidad penal por la interpretación judicial de un asunto a otro, siempre que el resultado sea coherente con la esencia del delito y razonablemente previsible.<sup>243</sup>”

En aquel caso, el tribunal consideró que los crímenes de guerra ya se encontraban criminalizados por el derecho internacional e interpretó que los alcances del artículo 7 de la CEDH debían interpretarse conforme a estas fuentes también. Otro caso en el que el TEDH falla de manera similar fue “Kolk y Kislyiy vs. Estonia” de 2006 donde los demandantes (August Kolk y Petr Kislyiy) fueron condenados por crímenes contra la humanidad bajo el Código Penal de Estonia de 1992, por la deportación de civiles desde la ocupada Estonia a zonas lejanas de la Unión Soviética, perpetrado en 1949, por lo que ambos exigían les fuera aplicado el Código de 1946 de la Unión Soviética, que no contemplaba los crímenes de lesa humanidad. El tribunal, sin embargo, rechazó este argumento en base al Estatuto del TMI de Núremberg de 1945 -tratado del cual la URSS además era Parte-, cuyos principios fueron reconocidos en 1946 por la AGNU, luego confirmado por la Comisión de Derecho Internacional, por lo que para 1949, estos hechos ya eran perseguibles por el derecho internacional<sup>244</sup>.

El TEDH no sólo recoge que el contenido del principio de legalidad no ha de reducirse a la ley escrita porque comprende, además, el derecho no escrito, sino que reitera que la razón de ser del mismo es la garantía que ofrece al ciudadano de accesibilidad y previsibilidad de la conducta prohibida para protegerlo de procesamientos, condenas y sanciones arbitrarias. Estos últimos dos componentes -accesibilidad y previsibilidad- han sido recogidos como elementos esenciales en otras sentencias del tribunal (casos Korbely, Jorgic y Streletz, Kessler y Krenz<sup>245</sup>). Asimismo, precisa el TEDH que, al margen de la claridad o no de la disposición legal, este principio engloba inevitablemente la interpretación judicial posterior que han de hacer los jueces siempre que sea coherente con la esencia del delito y pueda ser razonablemente previsto. Esto guarda relación con

---

<sup>243</sup> TEDH, Caso Kononov c. Letonia, cit., párr. 185.

<sup>244</sup> TEDH. Caso Kolk v. Kislyiy v. Estonia. En: <http://www.derechos.org/nizkor/impu/kolkesp.html>

<sup>245</sup> CASE OF STRELETZ, KESSLER AND KRENZ v. GERMANY. Paragraph 50: “The Court thus indicated that when speaking of ‘law’ Article 7 alludes to the very same concept as that to which the Convention refers elsewhere when using that term, a concept which comprises written as well as unwritten law and implies qualitative requirements, notably those of accessibility and foreseeability”.

la apuesta por una aproximación teleológica para determinar los alcances de la norma penal (analizado en el punto 3.4.2).

#### 5.2.1.1 Accesibilidad y Previsibilidad

Si bien la accesibilidad y la previsibilidad de una conducta sancionada como delito bajo el derecho internacional son conceptos acogidos por la jurisprudencia del TEDH, estos presentan ciertas dificultades al determinar si se cumplen o no, y verificar si se satisface el principio de legalidad.

Por ‘accesibilidad’ ha de entenderse el hecho de que las reglas que determinan la sanción de una conducta deban ser accesibles al imputado. ¿Eso implica que debe haber conocido la norma para responder penalmente? No. Basta que el Estado haya puesto a disposición o alcance el contenido de la misma. Según Ferdinandusse, esta variable presenta dos problemas: 1) el deficiente trabajo de diseminación que realiza el Estado para informar a la ciudadanía sobre la criminalización de estas conductas sancionadas por el derecho internacional (aunque ahora cada vez es más fácil disponer de dicha información), y 2) el difícil acceso que existe, en general, al derecho no escrito en el ámbito internacional. El autor sostiene, por eso, que, dado que, en la práctica, no se acepta como argumento de defensa el desconocimiento de la ley, en realidad, este requisito no es independiente, sino que es un paso en la evaluación del criterio de previsibilidad<sup>246</sup>.

La previsibilidad, por su parte, garantiza que un individuo no sea sorprendido al ser procesado por una conducta que no pudo saber era sancionable, lo que exige que la norma sea tan clara que sus consecuencias sean previsibles. Como recoge el fallo que condenó al expresidente de Perú, Alberto Fujimori por la matanza de Barrios Altos y La Cantuta: “los crímenes contra la humanidad afectan los Derechos Humanos esenciales, de suerte que lo medular de las conductas que prohíbe en cuanto violación gravísima de los derechos humanos individuales ha quedado suficientemente establecida, y no podía escapar al conocimiento y previsibilidad del agente<sup>247</sup>.”

El criterio de la previsibilidad para Ferdinandusse, sin embargo, presenta ciertas dificultades relacionadas a la interacción del derecho penal nacional con el DPI: “*For all criminal law with an international component, rules of national law that are meant to clarify international norms, to complement them, or to enable their national enforcement, may well result in complex referrals to different bodies of law, doing little to enhance the individual’s legal certainty*<sup>248</sup>”. Frente a ello, el autor rescata dos elementos que ayudan a determinar si se cumple el requisito de la previsibilidad: 1) la manifiesta ilegalidad del crimen, 2) la mayor exigibilidad en la conducta de los funcionarios.

---

<sup>246</sup> FERDINANDUSSE, W.N. Op.Cit. p. 241

<sup>247</sup> Casos Barrios Altos, La Cantuta y Sótanos del SIE (Alberto Fujimori Fujimori). Considerando 711.

<sup>248</sup> Idem. P.243 [Traducción libre: “Para todas las leyes penales con un componente internacional, las reglas del derecho nacional que tienen el propósito de aclarar las normas internacionales, para complementarlas o para permitir su aplicación nacional, bien pueden resultar en referencias complejas a diferentes cuerpos legales, haciendo poco en mejorar la certeza legal de las mismas.”]

Sobre la manifiesta ilegalidad del crimen, tratándose de delitos internacionales tan graves (en particular los llamados ‘*core crimes*’, esto es, crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad y genocidio), Ferdinandusse señala nuevamente que, en la práctica, son rechazados los argumentos de defensa que alegan una falta de previsibilidad de estas conductas. Así ocurrió en la sentencia Delalic del TPIY al indicar lo siguiente: “*it strains credibility to contend that the accused would not recognize the criminal nature of the acts alleged in the Indictment*”<sup>249</sup>; y por otro lado, la sentencia del Tribunal Supremo de Canadá de 1994 (caso Finta), precisó: “*war crimes or crimes against humanity are so repulsive, so reprehensible, and so well understood that it simply cannot be argued that the definition of crimes against humanity and war crimes are vague or uncertain*”<sup>250</sup>.

Para el autor, desde los juicios de Nuremberg y Tokio, la comunidad internacional ha asumido la prohibición de que estos crímenes son de común conocimiento. “*This assumption is strengthened by the fact that the conduct that constitutes these crimes is criminalized by all legal systems in the world (...) their prohibition can also be presumed to be known for everyone*”<sup>251</sup>, sostiene. Este criterio, sin embargo, debe analizarse tomando en cuenta la naturaleza y gravedad de los crímenes, dado que no son todos homogéneos. Particularmente en lo que respecta a los crímenes de guerra, no es igual utilizar indebidamente el emblema de la Cruz Roja, que emprender una política de violación indiscriminada contra civiles (ambos actos prohibidos como crímenes de guerra).

Esta naturaleza difusa de los crímenes de guerra la reconoce el artículo 33, 2 del ER, cuando precisa sobre las “órdenes superiores” que siempre las órdenes, sea de cometer genocidio o crímenes de lesa humanidad, son “manifiestamente ilícitas”; aunque no incluye en este extremo a los crímenes de guerra. La variable “manifiesta ilicitud” encuentra, además, una estrecha relación con lo que líneas atrás se dijo al analizar la garantía de la ley estricta y escrita, según el principio de legalidad (continental): que los individuos no se motivan por la ley, sino por los valores socio culturales que ella recoge. No se exige, así, conocer la ley que sanciona el acto, sino que basta saber que la conducta cometida puede ser penalmente sancionada. Esto tiene sentido, principalmente, cuando se trata de conductas evidentemente ilícitas que ponen en riesgo los más trascendentales valores y bienes de una comunidad internacional como son los crímenes internacionales, los mismos que discurren por vías extralegales.

Sobre el segundo criterio, relacionado al elevado estándar de comportamiento para funcionarios -sean militares o civiles en posición de autoridad pública-, Ferdinandusse recoge la idea de que la gran mayoría de estos crímenes -no todos- son perpetrados con el aval del Estado. Esto de ninguna manera quiere decir que son delitos de función, porque en tales casos, el crimen

---

<sup>249</sup> Idem. P.244 [Traducción libre: “no es creíble sostener que el acusado no reconociera la naturaleza criminal de los actos alegados en la acusación”]

<sup>250</sup> Idem. P. 244 [Traducción libre: “Los crímenes de guerra o crímenes de lesa humanidad son tan repulsivos, tan reprobables y tan bien entendidos que simplemente no se puede argumentar que la definición de crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra sea vaga o incierta.”]

<sup>251</sup> Idem. P. 245. [Traducción libre: “Este supuesto se ve reforzado por el hecho de que la conducta que constituye estos delitos está tipificada como delito en todos los sistemas jurídicos del mundo (...) Su prohibición también puede presumirse que todos la conozcan”].



perpetrado no pone en riesgo los bienes jurídicos que resguarda la institución, sino que pone en riesgo los bienes de naturaleza común que trascienden a ella y se corresponden con los derechos humanos.

En la medida en que son cometidos, sin embargo, violando un deber de garante que le corresponde al Estado de proteger a sus ciudadanos, el reproche es mayor porque se les exige haber conocido y evitado la conducta delictiva: “*When defendants perform public functions, often after expert trainings, they may be held to a higher standard of conduct than the average individual*”<sup>252</sup>, señala. En el derecho penal, en general, solo se pueden prohibir conductas, bajo la amenaza de privación de libertad, a quienes se les exige evitarlo y en el caso de funcionarios públicos, la responsabilidad de hacerlo es mayor.

Para el autor, tanto el criterio de manifiesta ilegalidad como el de estándares elevados en el comportamiento requerido a funcionarios públicos, dejan poco espacio para rebatir una defensa que alegue la no previsibilidad de una conducta que constituye un crimen internacional. A pesar de ello, en su opinión, no son suficientes para rechazar de plano que, en ciertos casos, puede no cumplirse con este criterio y vulnerarse el principio de legalidad. Pero eso dependerá caso por caso. Estos mismos criterios han sido utilizados en los tribunales penales internacionales (véase el punto 5.3).

### **5.2.2 Sistema Interamericano**

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha procedido de una manera distinta al del Tribunal Europeo cuando ha interpretado los alcances del principio de legalidad. A pesar de que la CADH no excluye el derecho internacional como fuente para legitimar la prohibición y sanción de una conducta considerada delito (solo habla de ‘derecho’), a través de distintos fallos ha optado por una interpretación más restrictiva de lo precisada por el sistema universal y europeo.

Precisa el informe de la Convención Americana sobre Derechos Humanos comentada que la frase del artículo 9 fue interpretada por el Presidente de la Comité I en 1969 en el sentido de incluir el derecho nacional e internacional<sup>253</sup>. Aún si los redactores de la CADH no incluyeron expresamente cómo debe entenderse para delitos internacionales, en la actualidad existe consenso que esto permite la sanción de tales crímenes en el Sistema Interamericano. Así, en 2003, la CIDH emitió una resolución especial, “Sobre Juzgamiento de Crímenes Internacionales”, que subrayó que: “[L]os crímenes contra el derecho internacional como genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra constituyen una gravísima ofensa a la dignidad humana y una negación flagrante de los principios fundamentales consagrados en las Cartas de la Organización

---

<sup>252</sup> Idem. Pp. 246 [Traducción libre: “Cuando los acusados desempeñan funciones públicas, a menudo después de capacitaciones especializadas, pueden ser sometidos a un estándar de conducta más alto que el individuo promedio.”]

<sup>253</sup> Antkowiak, Thomas. Convención Americana sobre Derechos Humanos comentada, coords. Steiner, Christian y Patricia Uribe (México D.F.: Suprema Corte de Justicia de la Nación y KAS, 2014), P.256

de los Estados Americanos y de las Naciones Unidas, por lo que la comisión de éstos no debe quedar impune<sup>254</sup>”.

Hasta el día de hoy, sin embargo, no ha llegado a la Corte IDH un caso donde se alegue la vulneración al principio de legalidad por la tipificación directa de hechos como crímenes internacionales recogidos en el DPI. Se ha abordado sí en los casos ‘Gomes Lund et al vs. Brasil’, y ‘Radilla Pacheco vs. México’, para supuestos de desaparición forzada perpetrados inicialmente antes de que los delitos fueran incluidos en la respectiva legislación penal, pero se resolvió que ello no vulneraba el principio dada la naturaleza permanente del crimen.

Ahora bien, más allá del campo de aplicación de crímenes internacionales, la Corte IDH sobre el principio de legalidad, reconociendo la tradición civilista de los países latinoamericanos, ha reiterado la exigencia de taxatividad, certeza e irretroactividad de la ley penal en los casos Lori Berenson frente a Perú (2004), Castillo Petruzzi frente a Perú (1999), García Asto y Ramírez Rojas frente a Perú (2005), De la Cruz Flores frente a Perú (2004) y Fermín Ramírez frente a Guatemala (2005). De esta manera, la Corte IDH ha indicado lo siguiente sobre el principio de legalidad, recogido en su artículo 10 (caso Castillo Petruzzi contra Perú):

“121. La Corte entiende que en la elaboración de los tipos penales es preciso utilizar términos estrictos y unívocos, que acoten claramente las conductas punibles, dando pleno sentido al principio de legalidad penal. Este implica una clara definición de la conducta incriminada, que fije sus elementos y permita deslindarla de comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables con medidas no penales. La ambigüedad en la formulación de los tipos penales genera dudas y abre el campo al arbitrio de la autoridad, particularmente indeseable cuando se trata de establecer la responsabilidad penal de los individuos y sancionarla con penas que afectan severamente bienes fundamentales, como la vida o la libertad. Normas como las aplicadas en el caso que nos ocupa, que no delimitan estrictamente las conductas delictuosas, son violatorias del principio de legalidad establecido en el artículo 9 de la Convención Americana.”

Es decir, la Corte IDH deja a un lado la interpretación de antijuricidad material que el TEDH ya había realizado sobre el principio de legalidad y opta, más bien, por uno de carácter formal. Esto tiene una explicación: los alcances de este principio fueron establecidos en el marco de una severa legislación antiterrorista en el Perú durante el conflicto armado no internacional entre 1980 y 2000 que enfrentó el Estado peruano a los grupos armados terroristas, Sendero Luminoso (PCP-SL) y el Movimiento Revolucionario Túpac Amaru (MRTA). El tipo penal abierto del delito de terrorismo, en ese contexto, incluía distintas conductas que, a su vez, impactaban en una serie de atentados graves al debido proceso (incomunicación absoluta de los detenidos, limitación del abogado defensor, improcedencia de la libertad provisional, y otros).

Para Olásolo, este escenario extraordinario hizo exigible la máxima precisión de la conducta punible a fin de proteger a quienes, siendo objeto de un gran repudio social, enfrentaron procesos

---

<sup>254</sup> Antkowiak, Thomas. Op. Cit. P.260

penales en su contra<sup>255</sup>. Los criterios de accesibilidad y previsibilidad antes desarrollados por el TEDH y el Sistema Universal de Derechos Humanos para estos casos, no resultaba suficiente.

Esta interpretación de la Corte IDH, advierte el autor español, pone en riesgo, sin embargo, otro derecho fundamental recogido por la CADH, en relación a las víctimas: el derecho de acceso a la justicia (artículo 25), más aún cuando estas se encuentran en situación de vulnerabilidad como resultado de una violencia sistemática o generalizada de quienes han actuado al amparo directo o indirecto de las entidades del Estado<sup>256</sup>. En esa línea, señala que, si el principio de *pro homine* “demanda una atención precisa a la eficacia de las garantías del *nullum crimen sine iure* en situaciones como las relativas a la legislación antiterrorista peruana, también exige una particular atención a la eficacia de los derechos a las víctimas a un recurso judicial efectivo para la investigación y enjuiciamiento de los presuntos responsables de los delitos cometidos<sup>257</sup>”.

Sobre el derecho de acceso a la justicia de las víctimas, la Corte IDH, además, ha precisado que este “no se agota con el trámite formal de procesos internos, sino que debe asegurar, en tiempo razonable, el derecho de las presuntas víctimas o sus familiares a que se haga todo lo necesario para conocer la verdad de lo sucedido<sup>258</sup>”. Ello se corresponde con el derecho a la verdad de las víctimas, sus familiares y la sociedad, que consiste en obtener de los órganos competentes del Estado el esclarecimiento de los hechos violatorios y las responsabilidades correspondientes en el marco de un proceso judicial, derivado de los artículos 8 y 25 de la CADH<sup>259</sup>.

La obligación del Estado de investigar y sancionar penalmente a los responsables de violaciones a derechos humanos que constituyen a su vez, crímenes internacionales, como es el caso de los crímenes de lesa humanidad, le exige al Estado “no argumentar prescripción, irretroactividad de la ley penal, ni principio *ne bis in idem*, así como cualquier excluyente similar de responsabilidad, para excusarse<sup>260</sup>” de estos deberes. Se trata de un criterio de necesidad social que impacta en la determinación de la pena y de la responsabilidad penal individual.

Bajo esta perspectiva, el Estado no debería poder invocar el principio de legalidad estricta como un obstáculo para cumplir con estos deberes (artículo 27 de la CVDT). Sabiendo, además, que el principio de legalidad también se interpreta conforme al PIDCP y a la DUDH, instrumentos vinculantes al Estado peruano. Con mayor razón, si este se encuentra en una situación de incumplimiento dada la ausencia de implementación normativa o inadecuada como resultado de obligaciones internacionales que vinculan al Estado peruano.

La decisión sobre cómo ha de perseguirse, esto es, bajo qué tipos penales encauzar los hechos, quedará, sin embargo, sujeto a discreción del Estado. Podrá, entonces, recurrir al método de

---

<sup>255</sup> Olásolo, Héctor. Op.Cit. P.34

<sup>256</sup> Ídem. P. 35

<sup>257</sup> Ibídem.

<sup>258</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso La Cantuta vs. Perú, párrafo 149.

<sup>259</sup> Idem. Párrafo 224.

<sup>260</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Almonacid Arellano vs. Chile, párrafo 151.

aplicación concurrente donde operan de manera simultánea los tipos penales nacionales vigentes al momento de los hechos, y a su vez, la calificación jurídica internacional bajo el DPI, que tiene como consecuencia efectos como la imprescriptibilidad, no amnistía, no indulto, jurisdicción universal y prohibición de otros excluyentes de responsabilidad penal. Así lo recogió la Corte Suprema peruana en el caso del expresidente Alberto Fujimori, condenado por los delitos de homicidio calificado y lesiones graves, calificados por el DPI como “crímenes contra la humanidad<sup>261</sup>”. Se trata de una salida frente al tratamiento de normas de DPI como normas no autoaplicativas<sup>262</sup>, la falta de implementación de los crímenes internacionales y una aproximación estricta del principio de legalidad.

Sobre el uso de tipos penales nacionales para perseguir crímenes internacionales, el Due Process of Law reconoció que, aunque válida, esta opción puede ser menos que deseable: “Ante la ausencia de algunos elementos específicos que definen el crimen en los tipos penales nacionales, los procesos pueden terminar por desconocer la extraordinaria gravedad de estos crímenes<sup>263</sup>”. A ello, se suma la problemática que representa ante el principio de proporcionalidad de las sanciones en función de la gravedad del injusto, que no es capaz de recoger el fenómeno íntegro de un crimen internacional. Por ejemplo, tipificar una conducta que materialmente constituye un crimen internacional de secuestro o lesiones graves, cuando el injusto es otro; o, calificar de lesiones graves o abuso de autoridad un hecho de tortura, o de homicidio, uno de ejecución extrajudicial.

Como señaló la Corte IDH, en la supervisión de cumplimiento de sentencia del caso Barrios Altos y la Cantuta vs. Perú, “los Estados deben asegurar, en el ejercicio de su deber de persecución de esas graves violaciones, que las penas impuestas no se constituyan en factores de impunidad, tomando en cuenta varios aspectos como las características del delito y la participación y culpabilidad del acusado<sup>264</sup>”. Y en relación al principio de proporcionalidad, aseguró, en el fallo la Masacre de la Rochella vs. Colombia, que “la respuesta que el Estado atribuye a la conducta ilícita del autor de la transgresión debe ser proporcional al bien jurídico afectado y a la culpabilidad con la que actuó el autor, por lo que se debe establecer en función de la diversa naturaleza y gravedad de los hechos<sup>265</sup>”. Y agregó en el caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia, que “[E]n efecto, existe un marco normativo internacional que establece que los delitos que tipifican hechos constitutivos de graves violaciones a los derechos humanos deben contemplar penas adecuadas en relación con la gravedad de los mismos<sup>266</sup>”.

Por eso, se sostiene aquí que existe otra alternativa que implica armonizar una aproximación material del principio de legalidad con el reconocimiento jurídico del derecho internacional, a fin de aplicar directamente los tipos penales de los crímenes internacionales recogidos en fuentes convencionales o consuetudinarias.

---

<sup>261</sup> Cfr. Sentencia de la Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República de 7 de abril de 2009.

<sup>262</sup> MONTOYA, Yvan. El derecho internacional y los delitos. En: Caminos de la Justicia penal y derechos humanos. IDEHPUCP. P. 42

<sup>263</sup> Digesto de jurisprudencia latinoamericana sobre Crímenes internacionales. Due Process of Law. p.179

<sup>264</sup> Caso Corte Interamericana. Barrios Altos Vs. Perú. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, Párrafo 31.

<sup>265</sup> Caso Corte Interamericana. Masacre de la Rochella vs. Colombia, Párrafo 196.

<sup>266</sup> Caso Corte Interamericana Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia. Párrafo 153.

### 5.3 Sistema Penal Internacional

Sin duda, el establecimiento y funcionamiento de los TMI de Núremberg y Tokio influyó en el reconocimiento y el contenido actual del principio de legalidad en el ámbito internacional<sup>267</sup>. A pesar de las críticas que recibieron de quienes decían que se incurrió en penas ex post facto, su instalación impulsó el desarrollo de una serie de instrumentos internacionales que delimitaron su contenido, empezando por la Resolución 95 (I) de la AGNU de 1946.

Los tribunales penales internacionales, sea gracias a sus estatutos o a su jurisprudencia, han brindado importantes insumos en la delimitación del contenido del principio de legalidad bajo el derecho internacional. Estos han seguido, en buena parte, los lineamientos dispuestos por el sistema universal y europeo de protección de los derechos humanos<sup>268</sup>. Ello puede bien explicarse, además, dada la influencia del Common Law en la configuración del DPI<sup>269</sup>. Ahora, en la medida en que fueron creados después (y a la par) de la comisión de crímenes internacionales, sus estatutos no pretendieron tipificar las normas de naturaleza penal, sino atribuir jurisdicción sobre delitos que ya existían en el derecho internacional. Así lo precisó el informe del secretario general de las Naciones Unidas que creó el TPIY:

*“34. In the view of the Secretary-General, the application of the principle nullum crimen sine lege requires that the international tribunal should apply rules of international humanitarian law which are beyond any doubt part of customary law so that the problem of adherence of some but not all States to specific conventions does not arise. This would appear to be particularly important in the context of an international tribunal prosecuting persons responsible for serious violations of international humanitarian law<sup>270</sup>.”*

En esa línea, el principio de legalidad, en virtud del cual, la fuente de la incriminación no se reduce a la ley, sino que abarca el derecho internacional, y por tanto, la fuente consuetudinaria, llevó al Secretario General de la ONU a precisar que, en lo que respecta al crimen de genocidio, la Convención de 1948 ya era considerada parte del derecho consuetudinario<sup>271</sup>, y en lo relativo a los crímenes de lesa humanidad, se precisó que estos fueron reconocidos por primera vez en los juicios de Núremberg, así como en la Ley No. 10 del Consejo de Control para Alemania.

<sup>267</sup> PEZZOT, Romina E. Op. Cit. P.158.

<sup>268</sup> OLÁSULO, Héctor. Op. Cit. P.29

<sup>269</sup> AMBOS, Kai. La Parte General del Derecho Penal Internacional. Trad: Ezequiel Malarino. Editorial: Konrad-Adanauer Stifting E.V. Uruguay, 2005. P.49

<sup>270</sup> UN SECRETARY GENERAL, Report of the Secretary-General pursuant to Paragraph 2 of the Security Council Resolution 808 (1993), S/25704, de 3 mayo de 1993, párr. 34. [Traducción libre: “34. En opinión del Secretario General, la aplicación del principio nullum crimen sine lege requiere que el tribunal internacional aplique normas de derecho internacional humanitario que son, sin lugar a dudas, parte del derecho consuetudinario, por lo que no se plantea el problema de la adhesión de unos y no todos los Estados se han adherido a ello. Esto parece ser particularmente importante en el contexto de un tribunal internacional que procesa a las personas responsables de violaciones graves del derecho internacional humanitario ”.]

<sup>271</sup> Ibid. párr. 45: “The 1948 Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide confirms that genocide, whether committed in time of peace or in time of war, is a crime under international law for which individuals shall be tried and punished. The Convention is today considered part of international customary law as evidenced by the International Court of Justice in its Advisory Opinion on Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, 1951.”.

Dada la ausencia de una definición del principio de legalidad en el estatuto del TPIY, esta fue definida en el caso *Prosecutor v. Dusko Tadic* del 2 de octubre de 1995<sup>272</sup> donde la Sala de Apelaciones precisó que tanto la costumbre como los tratados -en lo que respecta a los Estados Parte- son fuentes válidas del DPI; por tanto, la violación grave de sus disposiciones da lugar a la determinación de la responsabilidad penal internacional, conforme al principio de legalidad. Este criterio fue luego modificado por el TPIY que delimitó que solo eran sancionables las conductas reconocidas por el derecho consuetudinario<sup>273</sup>. La decisión del 7 de mayo de 1997, a su vez, confirmó que la Sala de Apelaciones no vulneró el principio *nullum crimen sine lege* en tanto aplicó el derecho internacional consuetudinario<sup>274</sup>.

En lo que respecta al caso *Prosecutor v. Zlatko Aleksovski*, la defensa alegó una vulneración al principio de legalidad, pero la Sala de Apelaciones rechazó el argumento al decir que esta debía interpretarse conforme el artículo 15 del PIDCP<sup>275</sup> y que el mismo no prohibía que los tribunales pudieran interpretar los alcances del derecho a través de sus decisiones jurisprudenciales: “*That principle does not prevent a court, either at the national or international level, from determining an issue through a process of interpretation and clarification as to the elements of a particular crime; nor does it prevent a court from relying on previous decisions which reflect an interpretation as to the meaning to be ascribed to particular ingredients of a crime*”<sup>276</sup>.

A diferencia del conflicto armado en la ex Yugoslavia, en Ruanda, los Convenios de Ginebra, así como su Protocolo Adicional II fueron ratificados por el Estado de Ruanda en los años 1964 y 1984 respectivamente<sup>277</sup>, por lo que tenían vigencia en su territorio. Los crímenes sobre los que el tribunal tuvo jurisdicción estaban, además, reconocidos bajo la ley nacional de 1994. El TPIR hace, sin embargo, una importante precisión sobre el contenido material del principio de legalidad, en el párrafo 127 al decir lo siguiente: “*Rwandan nationals were aware, or should have been aware, in 1994 that they were amenable to the jurisdiction of Rwandan courts in case of commission of those offences falling under Article 4 of the Statute*”<sup>278</sup>.

---

<sup>272</sup> TPIY, Sala de Apelaciones, *The Prosecutor v. Dusko Tadic*, cit. Decision 2 October 1995. Paragraph 143: “It should be emphasized again that the only reason behind the stated purpose of the drafters that the International Tribunal should apply customary international law was to avoid violating the principle of *nullum crimen sine lege* in the event that a party to the conflict did not adhere to a specific treaty. (Report of the Secretary-General, at para. 34)”. En: <http://www.icty.org/x/cases/tadic/acdec/en/51002.htm> Última visita: 26 de febrero, 2019.

<sup>273</sup> OLÁSALO, Héctor. Op. Cit. P.31

<sup>274</sup> TPIY, Sala de Apelaciones, *The Prosecutor v. Dusko Tadic*, cit. Opinion and Judgment 07 may, 1997. Paragraph 577. P. 200. En: <http://www.icty.org/x/cases/tadic/tjug/en/tad-ts/70507JT2-e.pdf> Última visita: 26 de febrero, 2019.

<sup>275</sup> TPIY, Sala de Apelaciones, *The Prosecutor v. Zlatko Aleksovski*, paragraph 126. <http://www.icty.org/x/cases/aleksovski/acjug/en/ale-asj000324e.pdf> Última visita: 26 de febrero, 2019.

<sup>276</sup> TPIY. Sala de Apelaciones, *The Prosecutor v. Zlatko Aleksovski*. Paragraph 127. [Traducción libre: “Ese principio no impide que un tribunal, sea a nivel nacional o internacional, determine un problema a través de un proceso de interpretación y aclaración sobre los elementos de un delito en particular; ni impide que un tribunal se base en decisiones anteriores que reflejen una interpretación del significado que debe atribuirse a los ingredientes particulares de un delito”].

<sup>277</sup> TPIR, Sala de Primera Instancia, *The Prosecutor v. Jean Paul Akayesu*, cit., párr. párr. 617

<sup>278</sup> *Ibidem*. [Traducción libre: “Los ciudadanos de Ruanda sabían, o debían haber sabido, en 1994 que estaban sujetos a la jurisdicción de los tribunales de Ruanda en caso de comisión de los delitos contemplados en el Artículo 4 del Estatuto”].

Hay en esta precisión del TPIR un reconocimiento del contenido material del principio de legalidad, recogido por el TEDH. Al igual que el TPIR en el caso *Prosecutor vs. Hadzihasanovic*, ambos tribunales confirmaron que basta que el potencial perpetrador haya sabido que su conducta era punible cuando la cometió para responder penalmente por ello: *“In order to meet the principle of nullum crimen sine lege, it must only be foreseeable and accessible to a possible perpetrator that his concrete conduct was punishable at the time of commission. Whether his conduct was punishable as an act or an omission, or whether the conduct may lead to criminal responsibility, disciplinary responsibility or other sanctions is not of material importance”*<sup>279</sup>.

De esta manera, los tribunales penales internacionales han confirmado que la persecución de estos crímenes internacionales en base a la aplicación de fuentes de derecho internacional como la costumbre no escrita y los tratados sí respeta el principio de legalidad. El criterio que adoptan, además, tiene una connotación material referida a la accesibilidad y/o previsibilidad, términos antes desarrollados, del imputado para ser sujeto de responsabilidad penal internacional de tales hechos<sup>280</sup>.

#### 5.4 El principio de legalidad internacional: Perú

Para 1978, el Estado peruano había aprobado tres instrumentos internacionales sobre derechos humanos vinculantes que recogían la definición del principio de legalidad<sup>281</sup>: 1) la DUDH de 1948 en 1959 -que es derecho consuetudinario y *ius cogens*-, 2) el PIDCP de 1966 en 1978 y 3) la CADH de 1969 en 1978. Desde entonces, integra el derecho interno. Estos estaban formulados de la siguiente manera (el subrayado es propio):

“Artículo 11. 2 Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el Derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito.” (DUDH)

“Artículo 15. 1. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del

---

<sup>279</sup> TPIY. In the Trial Chamber, *The Prosecutor v. Enver Hadzihasanovic Mehmed Alagic Amir Kubura*. 12 november, 2002. Paragraph 62. Pag. 21. En: [http://www.icty.org/x/cases/hadzihasanovic\\_kubura/tdec/en/021112.pdf](http://www.icty.org/x/cases/hadzihasanovic_kubura/tdec/en/021112.pdf) Última visita: 26 de febrero, 2019. [Traducción libre: “Para cumplir el principio de *nullum crimen sine lege*, solo debe ser previsible y accesible a un posible autor que su conducta concreta sea punible en el momento de la comisión. Si su conducta fue punible como un acto u omisión, o si la conducta puede llevar a la responsabilidad penal, la responsabilidad disciplinaria u otras sanciones no es de importancia material”].

<sup>280</sup> Ver punto. 5.2.1.1.

<sup>281</sup> “Artículo 7. 1. Nadie podrá ser condenado por una acción o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el derecho nacional o internacional. Igualmente no podrá ser impuesta una pena más grave que la aplicable en el momento en que la infracción haya sido cometida. 2. El presente artículo no impedirá el juicio o la condena de una persona culpable de una acción o de una omisión que, en el momento de su comisión, constituía delito según los principios generales del derecho reconocido por las naciones civilizadas” En: [https://www.echr.coe.int/Documents/Convention\\_SPA.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf) Última visita: 20 de febrero, 2019.

delito la ley<sup>282</sup> dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello. / 2. Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional.” (PIDCP)

“Artículo 9. Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.” (CADH)

El Estado peruano aceptó las disposiciones sin reservas (a diferencia de Argentina<sup>283</sup> que dispuso una reserva del artículo 15 del PIDCP precisando que este debía entenderse según el principio de legalidad reconocido en su Constitución). Siendo un tratado de derechos humanos<sup>284</sup>, las previsiones del PIDCP no solo se integran al derecho interno, sino que tienen rango constitucional. Como así lo reconoce igualmente la actual Constitución de 1993 y el Tribunal Constitucional. En otras palabras, el principio de legalidad reconocido en ambas Constituciones nos lleva a afirmar que este debe ser interpretado a la luz del derecho internacional (sea por los tratados previamente señalados o por el carácter consuetudinario del principio de legalidad).

Sin embargo, esa no ha sido la acepción que la jurisprudencia peruana ha acogido. Por el contrario, ha primado el principio de legalidad entendido desde una mirada rígida y positivista donde lo que importa es lo que diga la ley penal escrita, al margen de si esta contiene mandatos contrarios a valores propios de un Estado social y democrático de derecho que reivindica la libertad y la igualdad. Véase el ejemplo del delito de aborto por violación, tipificado en el artículo 120 del Código Penal, que obliga a las mujeres a cargar con las consecuencias de una violación múltiple de sus derechos.

Cuando se ha procedido a judicializar, además, casos que constituyen bajo el DPI crímenes internacionales, esta acepción del principio de legalidad ha impedido la aplicación directa de alguno de estos injustos penales reconocidos por el DPI, una conducta igualmente merecedora de sanción penal imputable al sujeto que se le exige evitarlo, con capacidad para reconocer la antijuricidad del acto. Por el contrario, estos actos fueron procesados, en algunos casos, por delitos ordinarios vigentes al momento de los hechos (acompañado o no de las respectivas calificaciones como crímenes internacionales). Esta opción aparece dado el vacío legal que resulta del

---

<sup>282</sup> La traducción oficial al español habla de “ley” en la segunda oración, pero el artículo en inglés sigue hablando de “law”, y no de “statute”, al igual que en el primer párrafo. Es decir, no hace la distinción entre derecho y ley, que sí ocurre al español.

<sup>283</sup> “Understanding: The Argentine Government states that the application of the second part of article 15 of the International Covenant on Civil and Political Rights shall be subject to the principle laid down in article 18 of the Argentine National Constitution.” – En: [https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=IV-4&chapter=4&lang=en#EndDec](https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-4&chapter=4&lang=en#EndDec)

<sup>284</sup> Constitución peruana de 1979. “Artículo 101. Los tratados internacionales celebrados por el Perú con otros Estados, forman parte del derecho nacional. En caso de conflicto entre el tratado y la ley, prevalece el primero.” // “Artículo 105.-Los preceptos contenidos en los tratados relativos a derechos humanos, tienen jerarquía constitucional. No pueden ser modificados sino por el procedimiento que rige para la reforma de la Constitución.” En: <http://hrlibrary.umn.edu/research/Peru-Constitucion%201979.pdf>



incumplimiento del Estado de adecuar su normativa penal interna a los mandatos del derecho internacional. Algunos de los principales casos reconocidos por la Comisión de la Verdad y Reconciliación como crímenes de lesa humanidad o crímenes de guerra se encuentran desarrollados en el tercer capítulo.

A pesar de ello, ninguno de los tratados antes mencionados ratificados por el Perú habla de 'ley', sino de derecho. Ninguno recoge las sub garantías de ley previa, estricta, escrita y cierta, que son el resultado, más bien, de la doctrina y la jurisprudencia nacional. Esto último, además, se construye a partir de una interpretación literal e insuficiente de cara a la evolución del principio de legalidad visto líneas arriba, a la legitimidad del injusto penal, lo que es contrario a la jurisprudencia de tribunales penales internacionales que dan contenido a estos crímenes.

Más bien, todas estas fuentes convencionales comparten un común denominador: la prohibición de que un individuo sea sancionado por cometer un delito que no haya sido recogido como tal según el derecho, llámese nacional o internacional. El freno a la arbitrariedad del poder no lo delimita la ley, sino el derecho (y la racionalidad detrás de la misma, según lo hemos desarrollado en el punto 1.3). En el caso de los crímenes internacionales, no es el Congreso quien delimita las conductas punibles porque es la sociedad internacional que obliga a los Estados a perseguir y sancionar las conductas que ponen en riesgo los bienes y valores más esenciales de la comunidad, y a los individuos, de abstenerse de cometerlas, bajo responsabilidad penal internacional.

Como dice Gallant, *“an actor may be prosecuted if the act alleged was a crime under international criminal law applicable to him or her at the time of the act. Such a prosecution does not violate international human rights law, even if the national statute granting national jurisdiction or defining the crime for national law purposes was passed after the alleged act”*<sup>285</sup>. El autor reitera así que, acorde al derecho internacional, si analizamos el principio de legalidad, según las fuentes consuetudinarias, es posible señalar que *“the stronger version of legality is not required by customary international human rights law”*<sup>286</sup>.

A pesar de ello, la doctrina mayoritaria, dada la naturaleza del sistema jurídico continental, mantuvo los alcances del principio de legalidad estricta en función de las garantías reivindicadas en su origen liberal tradicional. Ello fue recogido también por la jurisprudencia de la Corte IDH, que como se precisó en líneas atrás, optó por una interpretación restrictiva y formal del principio de legalidad, dejando a un lado los criterios de antijuricidad material de la jurisprudencia penal internacional que buscaba garantizar la protección del individuo sindicado de perpetrar tales actos a través de la accesibilidad y previsibilidad de las conductas prohibidas y sancionadas.

---

<sup>285</sup> GALLANT, Kenneth S. Op. Cit. pp. 370. [Traducción libre: “Una persona puede ser procesada si el acto alegado fue un delito en virtud del derecho penal internacional aplicable en el momento del hecho. Tal procesamiento no viola el derecho internacional de los derechos humanos, incluso si la ley interna que otorga la jurisdicción nacional o que define el delito para fines de la ley penal nacional fuera aprobada después del presunto acto.”]

<sup>286</sup> *Ibidem*. [Traducción libre: “La versión tradicional de la legalidad no es requerida por el derecho internacional consuetudinario de derechos humanos.”]

Esta visión del principio de legalidad como ley positiva precisamente se constituyó en una barrera ante la posibilidad de investigar, perseguir y sancionar los delitos internacionales que sí se encuentran previstos en el derecho internacional, aunque no así en el Código Penal interno -en la actualidad o al momento de ocurridos los hechos-.

Como recuerda, Olásolo, este panorama ha generado una “situación sangrante”, frente a los derechos de las víctimas que buscan justicia solicitando perseguir crímenes reprochados por la comunidad internacional. A ello, ha de sumarse el derecho a la verdad que le asiste a las víctimas, sus familiares y a la sociedad no sólo de conocer los hechos detrás de los crímenes perpetrados, sino, además, a los responsables. Todo ello, impacta sobre el criterio de necesidad de pena de un delito así perpetrado. Según el TC:

“17. el derecho a la verdad, en su dimensión colectiva, es una concretización directa de los principios del Estado democrático y social de derecho y de la forma republicana de gobierno, pues mediante su ejercicio se posibilita que todos conozcamos los niveles de degeneración o lo que somos capaces de llegar, ya sea con la utilización de la fuerza pública o por la acción de grupos criminales de terror. Tenemos una exigencia común de que se conozca cómo se actuó, pero también de que los actos criminales que se realizaron no queden impunes. Si el Estado democrático y social de derecho se caracteriza por la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad, es claro que la violación del derecho a la verdad no solo es cuestión que afecta a las víctimas y a sus familiares, sino a todo el pueblo peruano. Tenemos, en efecto, el derecho a saber, pero también el deber de conocer qué es lo que sucedió en nuestro país a fin de enmendar el camino y fortalecer las condiciones mínimas y necesarias que requiere una sociedad auténticamente democrática., presupuesto de un efectivo ejercicio de los derechos fundamentales. Tras de esas demandas de acceso e investigación sobre las violaciones a los derechos humanos, desde luego, no solo están las demandas de justicia con los víctimas y familiares, sino también la exigencia al Estado y la sociedad civil para que adopten medidas necesarias a fin de evitar que en el futuro se repitan tales hechos<sup>287</sup>” (subrayado propio).

Aunado a ello, el TC ha recogido además que este derecho no sólo exige a las autoridades investigar hechos “que constituyen crímenes de lesa humanidad, sino, además, el deber de individualizar a los responsables de su comisión, de sancionarlos, y de resarcir, en todo lo posible, a las víctimas y/o a sus familiares<sup>288</sup>”. Sostuvo el máximo intérprete de la Constitución, en concreto, que estos crímenes no pueden “quedar impunes; es decir, los autores materiales, así como los cómplices de conductas constitutivas de violación de derechos humanos, no pueden sustraerse a las consecuencias jurídicas de sus actos<sup>289</sup>”.

En esa línea, cabría, entonces, preguntarse si no son estos escenarios los que exigen una reinterpretación del principio de legalidad que permita armonizar el enfoque material que prioriza el contenido axiológico del injusto, con el principio recogido en el derecho internacional, particularmente si se trata de crímenes internacionales, cuyas fuentes primigenias de represión

---

<sup>287</sup> Tribunal Constitucional. Expediente N. 2488-2002-PHC, del 18 de marzo, 2004.

<sup>288</sup> Tribunal Constitucional. Expediente N. 0024-2010-PI/TC, del 21 de marzo, 2011. Párrafo 60.

<sup>289</sup> *Ibidem*.

radican en el DPI. Esto es, que se trate de un derecho previo cuya fuerza coactiva no derive necesariamente del poder de la autoridad estatal, sino de la legitimidad de los valores que comparte la comunidad internacional y que subyacen a las fuentes del derecho internacional. Este derecho protege a los individuos perseguidos de estos crímenes frente al poder arbitrario del Estado, siempre que no fueren delitos según el derecho nacional e internacional, retomando así, las garantías de previsibilidad y accesibilidad que recoge el sistema universal y europeo.

Según Ferdinandusse, las dos aproximaciones del principio de legalidad desde el derecho penal nacional y el DPI comparten un común denominador: *“to guarantee legal certainty of the individual (...) second, the principle of legality delimits and separates the power of the institutional actors involved in the (international) criminal justice system (avoid judiciary from imposing arbitrary punishment)”*<sup>290</sup>. Dado que no hay una separación de poderes en el derecho internacional, la limitación al poder que representan los tribunales, sean nacionales o internacionales, lo determina el principio de legalidad, que recoge como fuente de penalización también el DPI.

El Estado vinculado no puede invocar razones de derecho interno, como el principio de legalidad o la falta de implementación normativa -que está en sus manos garantizar-, para incumplir sus obligaciones internacionales -convencionales o consuetudinarias-, sea por no haber incluido estos tipos penales en su ley interna cuando ya eran sancionables por el derecho internacional o por no perseguir estos hechos. El incumplimiento de estas obligaciones no genera derecho. No ha de pasarse por alto lo que recoge Ferdinandusse: *“In the particular case of core crimes law, such national rules can obscure the fact that it is ultimately international law that must determine the content of the rule. Regardless of the content of national law, core crimes law always binds the individual on the international level”*<sup>291</sup>.

Es el Derecho internacional el que por último prohíbe estos actos y atribuye el injusto al individuo responsable ante la comunidad internacional. El principio de legalidad material e internacional va acorde a ello y no debe ser una barrera para que el derecho penal nacional procese estos hechos bajo la calificación del DPI.

---

<sup>290</sup> FERDINANDUSSE, W.N. Direct Application of international criminal law in national courts. P. 226 [Traducción libre: “garantizar la seguridad jurídica del individuo (...) y segundo, el principio de legalidad delimita y separa el poder de los actores institucionales involucrados en el sistema de justicia penal (internacional) (evitar que el poder judicial imponga un castigo arbitrario)”].

<sup>291</sup> Idem. P. 243 [Traducción libre: “En el caso particular de la ley de crímenes internacionales más graves, tales reglas nacionales pueden ocultar el hecho de que, en última instancia, es el derecho internacional el que debe determinar el contenido de la regla. Independientemente del contenido de la ley nacional, la ley de los crímenes internacionales más graves siempre vincula a la persona a nivel internacional”].

*“It is true, as Hannah Arendt subtly stressed with regard to the Eichmann trial, that the criminal trial accomplishes the task of rehumanizing not just the victim, but also the executioner<sup>292</sup>”.*

Mireille Delmas Marty

## **Capítulo 2**

### **De los Crímenes Internacionales**



---

<sup>292</sup> DELMAS MARTY, Mireille. Violence and massacres -towards a Criminal Law of Inhumanity? En: Journal of International Criminal Justice 7. 2009, p.14

## Capítulo 2. De los Crímenes Internacionales

Este segundo capítulo busca desarrollar qué entendemos por crímenes internacionales, a partir del estudio del DPI y a su vez, de otras ramas del derecho internacional que han ayudado a consolidar su aparición: el DIDH y el DIH. Para determinar las conductas calificadas como crímenes internacionales hay que recurrir a las fuentes de prohibición que vinculan a los individuos, pasibles de ser sancionados por cometer estos actos y de incurrir en responsabilidad penal internacional, así como las fuentes que imponen a los Estados obligaciones para perseguir y sancionarlos.

Como se precisó en el capítulo primero, el principio de legalidad, tal como ha sido desarrollado bajo el derecho penal nacional desde una acepción estricta y positiva es insuficiente para garantizar materialmente que las más graves conductas prohibidas por el derecho internacional sean legítimamente sancionadas. Ello, en virtud del riesgo prohibido que representan para los valores de una sociedad que tiene como base la protección de los derechos humanos. Su contenido, además, ha evolucionado en función a cambios estructurales propios del contexto político, social y cultural de los últimos años.

Si el principio de legalidad estricto era, en sus orígenes, la columna vertebral de la filosofía ilustrada era porque se partía del presupuesto de que, a través de la razón humana, la ley<sup>293</sup> permitiría acceder a los derechos inherentes al individuo. La confianza en la ley se explicaba porque reflejaba un valor que trascendía a la ley positiva. La propuesta de una reinterpretación del principio de legalidad, en esa línea, reivindica esta acepción original iusnatural, y no solo toma en cuenta el valor formal de seguridad jurídica -que bien puede alcanzarse con otros criterios como la razonabilidad de la norma prohibitiva-, sino y principalmente, el de justicia material. Y esto, porque no basta la conformidad de una ley formal que prescriba las conductas que han de ser sancionadas y las penas que han de recibir, sino que deben incorporar valores propios de un Estado social y democrático de derecho.

Esta aproximación material encuentra eco precisamente en la formulación del principio de legalidad en el derecho internacional. En este escenario, la contención de la arbitrariedad del poder y la protección del individuo sindicado de cometerlos se garantiza evitando sancionar conductas que no sean delito según el “derecho vigente” -leyes, principios generales del derecho, jurisprudencia vinculante, tratados, costumbre-, y no solo según la “ley”, verificando que estas cumplan con los requisitos de previsibilidad (y/o accesibilidad), antes desarrollados. Dada la particularidad de estos crímenes, la fuente del desvalor y reproche social trasciende las fronteras de un Estado y vinculan a los individuos al interior de este. Por tanto, este derecho (nacional e internacional) ha de intervenir ahí donde existe un vacío de ley escrita o existe una ley deficiente

---

<sup>293</sup> BOBBIO, Norberto. El tiempo de los Derechos. Editorial Sistema. Traducción: Rafael de Asís Roig. Madrid. P. 41. Bajo el iusnaturalismo clásico y medieval, la ley natural había de entenderse desde una perspectiva imperativa, más que atributiva, como lo hace la doctrina moderna de los derechos humanos. En otras palabras, la ley natural, en el primer caso, una regla para los soberanos que tenían obligaciones que cumplir para con sus súbditos, a los que atribuye derechos, mientras que, en la teoría moderna, el fundamento era que el ciudadano tenía el derecho y el gobernante, el deber de respetarlo.

que coacciona bajo amenaza de sanción sin reflejar los valores más esenciales que buscan ser protegidos, no sólo de un Estado social y democrático, sino de la comunidad internacional en su conjunto.

Los crímenes internacionales ponen en riesgo y/o lesionan valores que la comunidad internacional está comprometida en proteger y el origen de su prohibición (y eventual sanción), radica, en un derecho que se alimenta no sólo de fuentes convencionales (el acuerdo expreso de los Estados), sino consuetudinarias (las prácticas y la convicción de obligatoriedad) y de principios generales del derecho (principios comunes a los sistemas jurídicos internos, o propios del derecho internacional), los que, en unos casos, constituyen, además, una norma imperativa de 'ius cogens', vinculante a todos los ciudadanos.

Prohibir estas conductas a individuos genera una responsabilidad penal internacional en quien la comete, pero también puede generar la responsabilidad internacional de un Estado en paralelo (de tipo civil)<sup>294</sup>. Esto ocurrirá en aquellos casos en donde los responsables de estos crímenes actúen como un órgano del Estado<sup>295</sup>, o, desde el DIDH, en los casos en donde los hechos no sean sancionados y los derechos de las víctimas (a la verdad, a la tutela jurisdiccional efectiva) se vean, con ello, lesionados. Se trata, pues de un incumplimiento de obligaciones internacionales de reprimir y sancionar estos crímenes cometidos bajo su jurisdicción, ante los que no podrá oponer razones de derecho interno (artículo 27 de la CVDT<sup>296</sup>).

En los últimos años, no sólo los Estados han ejercido jurisdicción (sea territorial, extraterritorial o universal) para sancionar crímenes internacionales. También lo han hecho tribunales penales internacionales, desde los TMI de Núremberg hasta la actual Corte Penal Internacional (CPI). Desde los principios de Núremberg, se asume que la responsabilidad penal individual por la comisión de estos crímenes existe aun si la legislación interna no lo recoge porque es la comunidad internacional la que imputa esta responsabilidad penal. Como precisa Cryer, "*States have decided that international law, in exceptional circumstances, ought to bypass the domestic legal order, and criminalise behaviour directly*"<sup>297</sup>

La judicialización de estos casos y sanción efectiva dependerá, sin embargo, de que así lo establezcan los tribunales internos. La principal barrera para lograr este cometido es el principio de legalidad penal estricto y positivo ante la falta de implementación normativa (o deficiente) de estos crímenes, dejándolos impune o sancionándolos según una tipificación que no refleja el real desvalor socio jurídico del injusto. A pesar de los esfuerzos del Estado por adecuar su normativa interna a las obligaciones internacionales derivadas de fuentes de derecho internacional, esta tarea se encuentra aun pendiente. Eso sí, la judicatura, a pesar de estos vacíos o deficiencias, ha buscado

---

<sup>294</sup> CASSESE, Antonio. *International Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press, 2003. P.19.

<sup>295</sup> BARBOZA, Julio. *El Derecho Internacional Público*. Zavalía Editor, 2008. P. 594

<sup>296</sup> Artículo 27 Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969.

<sup>297</sup> CRYER, Robert, *The Doctrinal Foundations of International Criminalization*, in *International Criminal Law*, at 108. [Traducción Libre: "Los Estados han decidido que el derecho internacional, en circunstancias excepcionales, debe pasar por alto el ordenamiento jurídico interno y tipificar como delito el comportamiento directamente."]

alternativas para dar solución a esta problemática y sancionar las conductas, aun si ello se realiza con tipos penales ordinarios como el homicidio, las lesiones, el secuestro, y otros. Esto último será desarrollado con mayor profundidad en el capítulo tercero que revela los desafíos que hay en la judicialización de estos casos.

En esa línea, este segundo capítulo pretende responder a la pregunta de si un Estado puede (y debe) perseguir y sancionar crímenes internacionales no implementados, implementados de manera deficiente e implementados después de ocurrido los hechos, bajo los tipos penales recogidos en el DPI, respetando con ello el principio de legalidad, reinterpretado este acorde a una perspectiva material de legalidad y a la interpretación que hace de este el derecho internacional. La primera parte busca definir los crímenes internacionales y sus características: ¿Qué hace que una conducta sea calificada como crimen internacional merecedora de sanción penal? ¿Qué bienes jurídicos pretenden protegerse con la prohibición de estas conductas? Ello permitirá identificar la razón de ser de su represión, así como la estructura del delito bajo el DPI.

En segundo término, se explicarán los alcances del DPI, que es la rama del derecho internacional público -materialmente incriminadora- destinada a reprimir y sancionar las conductas que ponen en riesgo los valores más esenciales de la comunidad internacional, y que es capaz de atribuir responsabilidad penal por la comisión de estos, incluso por encima del derecho nacional. La identificación de las fuentes de represión contribuirá, además, a determinar desde cuándo estas conductas se encuentran prohibidas y desde cuándo a la persona humana se le exige no realizarlos, bajo pena de sanción, de cara al principio de legalidad, según la propuesta de reinterpretación sugerida.

La tercera parte analizará el DPI como un conjunto de normas materialmente penales que se rigen por principios y valores propios de un derecho sancionador, así como su relación con otras fuentes del derecho internacional público y, como resultado de un proceso de humanización, la aparición del ser humano post Segunda Guerra Mundial en el escenario internacional por la comisión de tales crímenes. En cuarto lugar, se evaluará la existencia de deberes de persecución que incluyan la obligación de los Estados de investigar, perseguir y sancionar determinados crímenes internacionales, así como garantizar la reparación de las víctimas, incluyendo las fuentes que vinculen directamente al Estado peruano.

Finalmente, en la quinta parte, se expondrá, a partir de la determinación de deberes de penalización, cómo se sancionan estos hechos, sea a través de tribunales nacionales en cuyo territorio ocurre el crimen, tribunales nacionales que invocan la jurisdicción universal, o tribunales penales internacionales. Con ello, se estudiará la problemática del Estado peruano, cuya legislación nacional no recoge debidamente los tipos penales que se encuentran recogidos en el DPI, estando en una situación de incumplimiento de obligaciones internacionales, pero, además, teniendo la barrera del principio de legalidad visto desde un enfoque formal y positivo, que impide procesarlos y sancionarlos bajo dicha calificación.

## 1. Definición de crímenes internacionales

No hay un tratado que expresamente desarrolle la definición de “crímenes internacionales”. Por eso, la doctrina se ha encargado de darle contenido a partir de las características que debe tener una conducta para ser considerada como tal. Ni el Estatuto del TMI de Núremberg que dio pie a la efectiva persecución y sanción de este tipo de crímenes en 1945 los definió. Solo estableció los tipos penales sobre los que tendría jurisdicción sin ánimo de codificarlos. La Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas (CDI) tampoco ha elaborado una definición vinculante<sup>298</sup>.

No hay pleno consenso, además, sobre cuáles son, en total, los crímenes que califican bajo este rubro. En unos hay más consenso que en otros. Como dice Ambos, “el recurso al derecho penal no escrito está plagado de incertidumbres y dificultades que hacen a menudo prácticamente imposible encontrar un consenso sobre la criminalidad de una conducta particular<sup>299</sup>”. Se sabe sí los efectos que generan, entre ellos, la responsabilidad penal internacional del individuo<sup>300</sup>.

En términos generales, podría decirse que los crímenes internacionales son conductas individuales contrarias a normas del derecho internacional<sup>301</sup> que ponen en riesgo los bienes jurídicos más trascendentales protegidos por el orden público internacional<sup>302</sup>, cuya comisión genera responsabilidad penal individual. Señala Ambos que estos delitos protegen bienes jurídicos individuales -como la vida, integridad física, autonomía sexual o la libertad-, pero a la vez, debido a la intensidad y escala, protegen también bienes jurídicos colectivos como la paz, seguridad y bienestar de la humanidad<sup>303</sup>.

La protección de un conjunto de valores esenciales para la comunidad internacional conduce a esta sociedad a imponer a los Estados deberes de persecución de estos crímenes, incluso, al margen de quién los cometa, quién sea la víctima y dónde ocurra el hecho, bajo la lógica de evitar que queden impunes (jurisdicción universal). La importancia de estos bienes, el daño que se intenta evitar y su gravedad intrínseca son algunas de las características que determinan su naturaleza<sup>304</sup>.

Cassese describe estos crímenes a partir de los siguientes elementos: 1) son violaciones al derecho internacional consuetudinario (y convencional, cuando un tratado los positiviza), 2) son reglas que buscan proteger valores fundamentales para la comunidad internacional en su totalidad y son

---

<sup>298</sup> Ídem. P.599.

<sup>299</sup> AMBOS, Kai. El Derecho penal internacional en la encrucijada: de la imposición ad hoc a un sistema universal basado en un tratado internacional. P. 3.

<sup>300</sup> Véase Resolución 95 (I) de la Asamblea General ONU que confirma los principios de Núremberg recogidos en el Estatuto del Tribunal y en sus sentencias. Entre ellos, el Principio II “El hecho de que el derecho interno no imponga pena alguna por un acto que constituya delito de derecho internacional no exime de responsabilidad en derecho internacional a quien lo haya cometido”.

<sup>301</sup> SALMON, Elizabeth, Curso de Derecho Internacional Público. 2014. Fondo Editorial Pucp. P.22.

<sup>302</sup> Véase BARBOZA, Julio. Op.Cit. P. 680. El Orden Público Internacional es el conjunto de intereses comunitarios generales y particulares, protegidos por organismos internacionales y por los propios Estados.

<sup>303</sup> AMBOS, Kai, Treatise on International Criminal Law, 1, 55. Oxford University Press, 2013.

<sup>304</sup> Digesto de Jurisprudencia latinoamericana sobre crímenes de derecho internacional. P.1



vinculantes a todos los Estados e individuos<sup>305</sup>; 3) generan un interés universal en reprimirlos y, bajo ciertos presupuestos, un deber de perseguir y castigar a los presuntos autores por cualquier Estado, al margen de dónde se lleva a cabo o de qué nacionalidad es el perpetrador o la víctima; y 4) finalmente, impide a los Estados invocar la inmunidad funcional civil o penal ante tribunales extranjeros<sup>306</sup>, cuando el presunto autor hubiere cometido el acto en calidad de funcionario del Estado -de derecho o de facto-, salvo que sea un Jefe de Estado en actividad.

De los crímenes ‘más graves’ el preámbulo del Estatuto de Roma (ER) que crea la CPI dice que son “atrocidades que desafían la imaginación y conmueven profundamente la conciencia de la humanidad”. Y son, a su vez, “una amenaza para la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad<sup>307</sup>”. Este parafraseo es importante porque daría a entender que los crímenes recogidos por el ER no son los únicos y que hay crímenes internacionales “menos graves”. Además, en la medida en que estos se originan en el derecho internacional público, sus fuentes, según el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (CIJ)<sup>308</sup>, no se limitan a los tratados. Preexisten al ER y están contemplados en la costumbre y los principios generales del derecho (algunos con categoría de *ius cogens*<sup>309</sup>). La doctrina y jurisprudencia operan, en esa línea, como fuentes auxiliares para interpretarlos.

Hoy se reconocen como crímenes internacionales los crímenes de guerra (infracciones graves al Derecho Internacional Humanitario), los crímenes de lesa humanidad, el genocidio, los crímenes de agresión (o contra la paz), la tortura y aun existe una discusión abierta sobre si también lo son el terrorismo internacional, la desaparición forzada y las ejecuciones extrajudiciales<sup>310</sup>. Para un sector de la doctrina, los dos últimos califican propiamente como graves violaciones a los derechos humanos<sup>311</sup>; para otro, califican además como crímenes internacionales<sup>312</sup>.

Sobre esto, ha de precisarse que no toda grave violación a los derechos humanos es un crimen internacional, pero todo crimen internacional constituye, por lo general, una grave violación a los derechos humanos. Una grave violación a los derechos humanos constituye una conducta que viola numerosos derechos humanos inderogables, o que vulnera el reconocimiento de la personalidad jurídica del ser humano<sup>313</sup>. El informe del Due Process of Law grafica bien la relación: “la masacre de una población cometida por actores estatales en violación de una

---

<sup>305</sup> CASSESE, Antonio. Op.Cit. 23.

<sup>306</sup> *Ibíd.*

<sup>307</sup> Véase el Estatuto de Roma.

<sup>308</sup> Véase el artículo 25 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (CIJ).

<sup>309</sup> Véase el artículo 53 de la Convención de Viena del Derecho de los Tratados (CVDT).

<sup>310</sup> CASSESE, Antonio. Op.Cit. P.25. Para el autor no son crímenes internacionales la piratería, el tráfico internacional de drogas o el apartheid dado que no están reconocidos por la costumbre. En su opinión, sí serían, sin embargo, los actos de terrorismo internacional.

<sup>311</sup> Véase AMBOS, Kai en *Impunidad y Derecho Penal Internacional*; HUERTA, Luis en *La aplicación de jurisprudencia constitucional para el juzgamiento de violaciones de derechos humanos. Los Caminos de la Justicia Penal y los Derechos Humanos*; MONTROYA, Yván en *El Derecho Internacional y los delitos. Los Caminos de la Justicia Penal y los Derechos Humanos*.

<sup>312</sup> BURNEO, José. *Óp. Cit.* P.22

<sup>313</sup> Federico Andreu. “Artículo 3 Derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica”, en *Convención Americana sobre Derechos Humanos comentada*, coords. Steiner, Christian y Patricia Uribe (México D.F.: Suprema Corte de Justicia de la Nación y KAS, 2014), 107-108.

obligación contenida en un tratado internacional de derechos humanos constituirá, por regla general, una violación grave de derechos humanos; en ausencia de la intención genocida, del ataque generalizado o sistemático contra una población civil o del conflicto armado y su relación con la conducta, ese mismo hecho no podrá calificarse jurídicamente como crimen internacional<sup>314</sup>.

El hecho, por su parte, de que todos los Estados sancionen una conducta en su legislación interna -por ejemplo, el homicidio- no lo hace automáticamente un crimen internacional<sup>315</sup>. Bassiouni indica que para que un delito en el derecho penal interno sea un crimen internacional debe existir un elemento diferenciador: *“This is particularly necessary when the international crime includes a series of criminal acts, all of which are criminalized under domestic law”*<sup>316</sup>.

Ese elemento diferenciador, será el interés de la comunidad internacional de prohibir y perseguirlos, y la afectación al bien jurídico genérico ‘humanidad’ que busca proteger<sup>317</sup>. O, como señala Marchuk, será el contexto, refiriéndose estrictamente a los crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad y genocidio: *“In the absence of the requisite contextual elements, the proof of actus reus and accompanying mens rea of an underlying offence does not suffice to qualify such criminal conduct as amounting to an international crime”*<sup>318</sup>.” Ahora, es de precisar que el interés de la comunidad no es, en realidad, un elemento del crimen internacional, sino un criterio que impacta en la necesidad de castigar estas conductas ya perpetradas. La definición de dicha conducta así será analizada en el siguiente acápite.

Antes que alcanzar un consenso en doctrina sobre la clasificación del listado de conductas consideradas “crímenes internacionales”, el acuerdo parece estar en las características que algunas de estas conductas comparten (infracciones al derecho internacional, protección de bienes jurídicos supranacionales) y los efectos que genera (responsabilidad penal internacional, imprescriptibilidad, interés universal de persecución), no tanto en sus elementos constitutivos. ¿Qué hace que un sector de la doctrina considere que el crimen de lesa humanidad sí sea un crimen internacional y el terrorismo internacional o la desaparición forzada, no lo sea en sentido estricto? ¿Un crimen internacional encaja en la definición material de delito bajo el derecho penal nacional?

### 1.1. Estructura del delito

---

<sup>314</sup> Digesto de Jurisprudencia latinoamericana sobre crímenes de derecho internacional. P.2

<sup>315</sup> Tribunal Especial para el Líbano. STL-II-OIIIACIR176bls. Parr. 91.

<sup>316</sup> BASSIOUNI, M. Cherif, Crimes against Humanity in International Criminal Law (2da Ed.), Londres, Kluwer Law International, 1999, P.243 [Traducción Libres: “Esto es particularmente necesario cuando el crimen internacional incluye una serie de actos criminales, todos los cuales están criminalizados bajo la ley nacional ”.]

<sup>317</sup> REYES, Michelle. El principio de inmunidad de los Jefes de Estdo en actividad frente a la comisión de crímenes internaiconales. 2009. P. 114.

<sup>318</sup> MARCHUK, Iryna. The fundamental Concept of Crime in International Criminal Law. P.70 [Traducción Libre: “En la ausencia de los elementos contextuales requeridos, la prueba de un actus reus y el mens rea que acompaña a la ofensa es insuficiente para calificar la conducta criminal como un crimen internacional”].

La propuesta de reinterpretar el principio de legalidad, basándonos en el concepto de justicia material de la legalidad y el contenido de este principio bajo el derecho internacional, busca habilitar la persecución y sanción de crímenes internacionales a través del derecho penal interno, valiéndonos de los tipos penales recogidos en fuentes de DPI. Para ello, es fundamental desarrollar antes cómo la tradición jurídico penal imperante entiende la estructura del delito y con ello, la atribución de responsabilidad penal por la comisión de este injusto.

¿Puede la estructura de un crimen internacional bajo el DPI adaptarse a los elementos propios del derecho penal nacional? Dicho, en otros términos, ¿puede trasladarse a un sistema que define como delito la acción típica, antijurídica y culpable, según el esquema tripartito continental que acoge mayoritariamente la doctrina y jurisprudencia peruana? ¿O que materialmente describe al delito como conducta merecedora de sanción penal que pone en riesgo o lesiona bienes jurídicos? Más allá de la fuente que criminaliza las conductas (por un lado, la ley penal, y por el otro, tratado, costumbre o principios generales del derecho internacional) ¿qué otros elementos distinguen un delito nacional de un crimen internacional?

Si bien el DPI se vale de fuentes de derecho internacional, este es materialmente un derecho penal. Por tanto, las reglas de atribución de responsabilidad penal derivan de este último. Tanto el delito bajo el derecho nacional, como el crimen internacional son comportamientos individuales evitables que ponen en riesgo bienes jurídicos cometidos por un sujeto imputable -esto es, injustos-, pasible de ser responsable penal. Como dice Cassese, el DPI “*is public international law impregnated with notions, principles, and legal constructs derived from national criminal law and human rights law*”<sup>319</sup>.

Desde una perspectiva continental de la teoría jurídica del delito -esto es, de la atribución de responsabilidad penal individual-, para que un hecho sea sancionado por el derecho penal, debe cumplir tres elementos: 1) tipicidad, esto es, que la conducta penalmente prohibida debe estar recogida en la ley penal, con lo cual se busca resguardar el principio de legalidad<sup>320</sup>, 2) antijuricidad, donde se verifica que la conducta prohibitiva sea contraria al ordenamiento jurídico, en virtud del cual, se verifica que no hayan causas de justificación que puedan desvirtuar la tipicidad (legítima defensa, estado de necesidad, consentimiento), y 3) culpabilidad, esto es, la atribución del injusto (conducta típica y antijurídica) al sujeto, lo que implica verificar la capacidad de la persona para comprender el ilícito (imputabilidad), el conocimiento de la ilicitud (que se descarta cuando incurre en error de prohibición o miedo insuperable) y la exigibilidad para adecuar su comportamiento a la norma penal.

Si partimos de la premisa de que lo típico da cuenta del comportamiento de riesgo prohibido para un determinado bien jurídico reconocido en la norma penal, es posible afirmar que la tesis tripartita, aunque mayoritaria, separa innecesariamente la tipicidad de la antijuricidad. Los dos,

---

<sup>319</sup> CASSESE, Antonio. Op.Cit. P.19 [Traducción libre: “el derecho penal internacional es derecho internacional público impregnado de nociones, principios y construcciones legales derivadas del derecho penal nacional y del derecho internacional de los derechos humanos”].

<sup>320</sup> MEINI, Iván. Op.Cit. P. 45

en realidad, representan el injusto penal y suponen el mismo análisis valorativo: la norma penal no puede prohibir y permitir un supuesto de hecho a la vez.

Como sostiene Meini, con el ejemplo del homicidio, no es que esté prohibido matar, sino que está prohibido (tipicidad) matar fuera de los casos de legítima defensa<sup>321</sup> (injusto penal). Las tradicionalmente denominadas ‘causas de justificación’, son en realidad causas de exclusión del injusto (legítima defensa, estado de necesidad, legítimo ejercicio de un derecho, consentimiento). En ese esquema, la culpabilidad se separa del resto: la imputabilidad como capacidad para entender y actuar conforme a la expectativa social opera como un presupuesto, la exigibilidad de otra conducta, como un principio general y el conocimiento potencial de la ilicitud, que se determina como consecuencia de un proceso de socialización, y no del conocimiento de la ley, como un elemento subjetivo del injusto<sup>322</sup>.

Si extrapolamos este esquema al ámbito del DPI, habría que identificar la tipicidad, entendida como el comportamiento de riesgo prohibido para un bien jurídico, en primer lugar, en un tratado internacional o en la costumbre, con lo cual se cumpliría el principio de legalidad, según lo reconoce el artículo 15 del PIDCP, que habría que interpretar nuevamente en función del bien jurídico protegido.

La construcción del delito bajo el DPI, sin embargo, afirma Ambos,<sup>323</sup> resulta básicamente de un esquema bipartito, debido a la fuerte influencia del Common Law en su desarrollo y origen, que se divide en: 1) la responsabilidad individual, que es la atribución de una determinada conducta humana a un tipo penal del DPI (*offenses*), y 2) las posibles causas de exclusión (o *defenses*), que comprenden todos los motivos alegados por la defensa para excluir la responsabilidad jurídico penal y la sanción. Reitera el autor que, en el DPI, “no se diferencia claramente entre el dolo del hecho -como parte del tipo- y la conciencia de antijuricidad -como parte de la culpabilidad<sup>324</sup>-. En este esquema se divide el aspecto objetivo del aspecto subjetivo del hecho (actus reus y mens rea), por lo que, no sigue la estructura de origen alemán basada en el injusto y la culpabilidad.

Bajo este modelo, simplificado por Ambos, “la carga de la prueba de los requisitos típicos (“elements of the offence”) que fundan la punibilidad del acusado incumbe a la autoridad de la persecución penal, mientras que las objeciones excluyentes de la punibilidad (“defences”) deben ser al menos expuestas por la defensa<sup>325</sup>.” Llevado a la estructura tripartita continental, las “offences” estarían referidas al tipo penal (objetivo y subjetivo), y las “defences”, a las causas de justificación y a la exculpación. En el caso de los crímenes de lesa humanidad, por ejemplo, el bien jurídico ‘humanidad’, siendo un bien indisponible, no procedería una causa de justificación como el consentimiento. Rescata Fletcher, sin embargo, que el consentimiento, si fuera un crimen

---

<sup>321</sup> Idem. P.56

<sup>322</sup> Idem. P. 63

<sup>323</sup> AMBOS, Kai. La construcción de una parte general del derecho penal internacional. En: Temas Actuales del derecho penal internacional. P. 24

<sup>324</sup> AMBOS, Kai. Op.Cit. P.25

<sup>325</sup> Idem. P. 164

de agresión, podría hacer que la conducta sí deje de ser delictiva al ser reflejo de la soberanía de un Estado: “*consent converts invasion into international aid*”<sup>326</sup>.

Las reglas generales desarrolladas en el DPI han sido aplicadas en función de la parte especial; es decir, de cada uno de los delitos. Como dice Ambos: “las reglas generales concretas se habrán de desarrollar siempre de la mano de un tipo penal determinado, o un caso concreto”<sup>327</sup>. En cualquier supuesto, dado que la doctrina peruana sigue mayoritariamente una corriente tripartita del delito, la adaptación de los tipos penales del DPI, construidos bajo un esquema bipartido, representa un desafío en la atribución de la responsabilidad penal individual bajo el derecho penal nacional.

Si bien desde una definición material del delito, la conducta que sanciona el DPI como crímenes internacionales sigue siendo una norma prohibitiva que pone en riesgo bienes jurídicos de suma relevancia para un ordenamiento jurídico -nacional o internacional-, desde una perspectiva más formalista, ello podría significar un frente que sortear al momento de conciliar ambos sistemas. Una investigación más detallada de este tema, sin embargo, escapa del objeto de esta tesis. La judicatura peruana deberá optar por una salida que permita superar dicha barrera formal.

## 1.2 Los Orígenes

La idea de crímenes internacionales aparece a fines del siglo XIX y permanece por mucho tiempo, con los crímenes de guerra<sup>328</sup>. Pese a que la piratería ha sido tradicionalmente tratada como un crimen internacional y un fenómeno importante a ser combatido entre los siglos XVII y XIX, no se castigaba porque lesionara los valores de la comunidad internacional en su conjunto, sino porque los Estados acordaron capturar y procesar a los piratas para salvaguardar sus intereses en eliminar un riesgo común<sup>329</sup>. Propiamente, no era considerado, en palabras de Cassese, ‘tan aberrante’ como para encajar en el concepto que hoy entendemos de crimen internacional<sup>330</sup>.

Siendo así, la sanción de crímenes de guerra, entendido como infracciones graves al DIH, léase en un tratado o en la costumbre, existe desde la regulación de los tratados de la Haya de 1899 o 1907 para los conflictos armados internacionales (CAI). El primer intento, sin embargo, para hacer efectiva la responsabilidad internacional de un individuo por este crimen fue el Tratado de Versalles<sup>331</sup> de junio de 1919 que puso fin a la Primera Guerra Mundial. Este, en su artículo 228, estableció la necesidad de sancionar los actos cometidos por el Kaiser Guillermo II por violar las

---

<sup>326</sup> FLETCHER, George. Óp. Cit. P. 25

<sup>327</sup> AMBOS, Kai. Óp. Cit.. P.26

<sup>328</sup> CASSESE, Antonio. Óp. Cit. P.16.

<sup>329</sup> Idem. P.24.

<sup>330</sup> Ibidem.

<sup>331</sup> Tratado de Versalles. Ver: Art. 227. Los Aliados y Potencias Asociadas públicamente acusan a William II de Hohensollern, formalmente Emperador de Alemania, por una suprema ofensa contra la moral internacional y la inviolabilidad de los tratados. Un Tribunal Especial será constituido para la acusación, asegurándole las garantías esenciales del derecho de defensa. Esta estará compuesto de cinco jueces, cada uno designado por cada una de las siguientes potencias: EEUU, Gran Bretaña, Francia, Italia y Japón (...) Art. 228 El Gobierno Alemán reconoce el derecho de los Aliados y Potencias Asociadas a llevar ante tribunales militares a las personas acusadas de haber cometido actos en violación de las leyes y costumbres de la guerra. Tales personas si son encontradas culpables, serán sentenciados a castigo bajo la ley...”

leyes y costumbres de la guerra. Y a su vez, en su artículo 227, fijó la necesidad de crear un tribunal penal internacional ad hoc, integrado por cinco jueces nombrados por las potencias vencedoras para juzgar a estos criminales de guerra<sup>332</sup>.

El tribunal nunca se constituyó y el Kaiser Guillermo II huyó a Holanda, que le dio asilo como “perseguido político” en 1920 bajo la premisa de que no había violado ninguna norma de derecho internacional que calificara como delito a ser juzgado<sup>333</sup>. Aunque no se le procesó ni condenó, el suceso sentó las bases de una idea inherente al concepto de crímenes internacionales: la obligación de los Estados Parte del Tratado de Versalles de extraditar a las personas que hubieran violado las costumbres y usos de la guerra, a fin de someterlos a los tribunales internos de las potencias vencedoras. Eran los cimientos de la regla ‘aut dedere, aut judicare’, es decir, ‘o lo juzgas, o lo extraditas’ para que sea juzgado por un Estado tercero. Para Barboza, la jurisdicción universal, que define a los crímenes internacionales, nace de este principio<sup>334</sup>.

A pesar de que no hubo juicio, los intentos de sancionar penalmente estos casos no fueron en vano. Los precedentes sirvieron para reforzar la necesidad de la comunidad internacional de prohibir estas conductas merecedoras de sanción penal. Pero tuvo que pasar otra hecatombe como la Segunda Guerra Mundial para que se reafirmara la idea de que los crímenes de guerra, así como nuevos crímenes internacionales, no podían quedar impunes. En 1945 y 1946, los Estatutos de los TMI de Núremberg y Tokio reconocieron, además de estos, los crímenes contra la humanidad (hoy ‘de lesa humanidad’) y crímenes contra la paz (hoy, ‘agresión’).

Al margen de los cuestionamientos que recibieron estos juicios al considerar que eran sanciones ‘ex post facto’ y una violación al principio de legalidad (como se desarrolló en el primer capítulo), estos fueron finalmente superados con la confirmación de los principios de Núremberg por la AGNU en su Resolución 95 (I) en 1946. Dos principios recogidos ahí por el Proyecto de Código de Delitos contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad de la CDI fueron clave para formar las bases del DPI: “Principio I: Toda persona que cometa un acto que constituya delito de derecho internacional es responsable de él y está sujeta a sanción”; y “Principio II: El hecho de que el derecho interno no imponga pena alguna por un acto que constituya delito de derecho internacional no exime de responsabilidad en derecho internacional a quien lo haya cometido”.

Para 1948, otro crimen internacional se sumó a la lista de los ya reconocidos: el genocidio. Aquel año, el Convenio contra la Prevención y Sanción del delito de Genocidio definió el hecho como un crimen independiente de los crímenes contra la humanidad (antes vinculado a un contexto de conflicto armado); es decir, podía cometerse en tiempos de paz o de guerra. Con ello, se obligó a los Estados a adoptar ‘medidas legislativas necesarias’ para asegurar la aplicación del tratado a

---

<sup>332</sup> El artículo 227 no solo hizo alusión al juzgamiento de Guillermo II, sino a la capacidad procesal para ser sometido ante un tribunal internacional. No se indicó, sin embargo, cuáles eran las normas de Derecho Internacional violentadas por el Kaiser, solo se hizo alusión general a elementos políticos, jurídicos y morales.

<sup>333</sup> NOVAK, Fabián. ‘Antecedentes Históricos del Estatuto de Roma’. En: La Corte Penal Internacional y las medidas para su implementación en el Perú. Año 2001. Elizabeth Salmón. p.23.

<sup>334</sup> BARBOZA, Julio. Op.Cit. P.595.

fin de establecer sanciones penales eficaces para castigar a las personas acusadas de cometer el delito (artículo V). Además, estableció el deber de juzgarlos (artículo VI) o derivar el caso a una aun inexistente corte penal internacional, así como conceder la extradición en caso fuere necesario (artículo VII)<sup>335</sup>.

### 1.3 Clasificación y bienes jurídicos

Dada la ausencia de una definición convencional del concepto de crímenes internacionales, no hay un consenso sobre cuántos son en total. Si entendemos el concepto material de ‘delito’ como una conducta que pone en riesgo prohibido un bien jurídico imprescindible para garantizar el libre desarrollo de las personas en igualdad de condiciones<sup>336</sup>, en el caso de los crímenes internacionales, lo que buscan proteger son bienes jurídicos individuales y colectivos, entendido este último como la ‘humanidad en su conjunto’<sup>337</sup>, o en palabras de Bassiouni, la protección de ‘intereses sociales de trascendencia mundial’<sup>338</sup>.

Señala Cassese que los crímenes internacionales salvaguardan valores imprescindibles para la comunidad internacional<sup>339</sup> y, por ende, vinculan a todos los Estados e individuos. Así lo reconocen tratados de alcance universal y con ello, fuentes consuetudinarias. En sus palabras:

*“These values are not propounded by scholars or though up by starry-eyed philosophers. Rather, they are laid down, although not always spelled out in so many words, in international instruments, the most important of which are the 1945 UN Charter, the 1948 Universal Declaration of Human Rights, the 1950 European Convention on Human Rights, the two 1966 UN Covenant on Civil and Political Rights, and on Economic, Social and Cultural Rights, the American Convention on Human Rights of 1969, the UN Declaration on Friendly Relations of 1970, the 1981 African Charter on Human and People’s Rights. Other treaties also enshrine these values, although from another viewpoint: they do not proclaim the values directly, but prohibit conduct that infringes them: for instance, the 1948 Convention on Genocide, the 1949 Geneva Conventions on the protection of victims of armed conflict and their two Additional Protocols of 1977, the 1984 Convention against Torture, and the various treaties providing for the prosecution and repression of specific victim<sup>340</sup>”.*

<sup>335</sup> CASSESE, Antonio. Óp. Cit. P.17

<sup>336</sup> MEINI, Iván. Óp.Cit. P.49.

<sup>337</sup> REYES, Michelle. Op.Cit. P.114.

<sup>338</sup> BASSIOUNI. Derecho Penal Internacional: Proyecto de Código Penal Internacional. Madrid : Tecnos, 1984. pp.50

<sup>339</sup> Por “comunidad internacional dde Estados en su conjunto” no ha de entenderse como unanimidad absoluta de los Estados sobre aquellan orma. Sino como la mayoría suficiente de opiniones estatales formadoras de un consenso.

<sup>340</sup> CASSESE, Antonio. Op.Cit. p.23. [Traducción libre: “Estos valores no son propuestos por los estudiosos, pero los filósofos de ‘ojos estrellados’ los promueven. Más bien, están establecidos, aunque no siempre destacados con tantas palabras, en instrumentos internacionales, los más importantes, dentro de los cuales está la Carta de las Naciones Unidas de 1945, la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, la Convención Europea de Derechos Humanos de 1950, los dos 1966 Convocatoria de la ONU sobre Derechos Civiles y Políticos, y sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969, la Declaración de la ONU sobre Relaciones Amistosas de 1970, la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos de 1981. Otros tratados también consagran estos valores, aunque desde otro punto de vista: no proclaman los valores directamente, pero prohíben las conductas que los infringen: por ejemplo, la Convención sobre el Genocidio de 1948, los Convenios de Ginebra de 1949 sobre la protección de las víctimas de los conflictos armados y sus dos Protocolos adicionales de 1977, la Convención contra la Tortura de 1984 y los diversos tratados que prevén el procesamiento y la represión de víctimas específicas.”]

Simbeye distingue los cuatro crímenes internacionales recogidos por el ER del resto de crímenes que castiga el derecho internacional. Dice que los primeros derivan de la costumbre internacional (crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad, genocidio y agresión), son vinculantes a todos los Estados -salvo los objetores persistentes- y son crímenes internacionales “stricto sensu”, mientras que los segundos, son “largo sensu” (crímenes que afectan intereses internacionales más estrechos y contienen un elemento inter-estatal)<sup>341</sup>. En este último grupo, desde esta perspectiva, se encontrarían los crímenes de tortura, desaparición forzada, ejecuciones extrajudiciales, piratería y otros<sup>342</sup>. Esta distinción también es compartida por otros autores, que califican como “*core international crimes*”, a los ‘crímenes nucleares’<sup>343</sup> (*‘the most serious international crimes’*) que incluyen los crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad y el genocidio<sup>344</sup>.

Ambos se consideran crímenes internacionales, pero los distingue principalmente la fuente que los reconoce. La fuente de prohibición no solo importa para identificar cuándo un hecho es un crimen internacional (en sentido estricto o lato), sino desde cuándo se prohíbe y para quiénes (un tratado solo vinculará a las partes, por ejemplo). Esto, de cara a respetar el principio de legalidad. Partiendo de que son delitos igualmente perseguibles por el Estado, es importante, cuanto menos, identificar cuál es el bien jurídico que pretende ser protegido en cada uno. Esto, de cara a salvaguardar también la finalidad de esta norma prohibitiva que subyace al tratado. Para no extenderme sobremedida, me limitaré a identificarlo de manera breve para los cuatro crímenes recogidos en el ER -sobre los que existe mayor consenso de su naturaleza-.

Los crímenes de guerra se definen como infracciones graves al DIH cometidas durante conflictos armados internacionales (CAI) y no internacionales (CANI). Fueron calificados con ese nombre recién en el Protocolo Adicional I de los Convenios de Ginebra de 1977 aplicable a los CAI. Los Convenios de 1949 los llamaba “infracciones graves<sup>345</sup>” y se reducían a actos perpetrados en el marco de un CAI. La jurisprudencia luego los amplió a los CANI, calificados como “violaciones graves al artículo 3 común”, producto de una tendencia unificadora de ambos regímenes. En este caso, la persecución y sanción de estos hechos se da con la finalidad de conservar un mínimo de humanidad en contextos límite de extrema violencia como son los conflictos armados.

Sobre el crimen de genocidio, por su parte, se afirma que es un conjunto de actos intencionalmente destinados a destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso (los llamados “Nerr”). Por ejemplo, la matanza de miembros de un grupo humano, las lesiones graves

---

<sup>341</sup> SIMBEYE, Yitih, *Immunity and International Criminal Law*, Hants/ Burlington: Ashgate, 2004. pp.33

<sup>342</sup> *Digesto de Jurisprudencia latinoamericana sobre crímenes de derecho internacional*. P.170

<sup>343</sup> AMBOS, Kai. La construcción de una parte general del derecho penal internacional. En: *Temas Actuales del derecho penal internacional*. P. 14

<sup>344</sup> MARCHUK, Iryna; FERDINANDUSSE, W.N.

<sup>345</sup> Entre las graves infracciones sancionadas en el marco de un CAI, están: el homicidio intencional, el causar deliberadamente grandes sufrimientos o atentar gravemente contra la integridad física o la salud, la destrucción y apropiación de bienes no justificadas por necesidades militares y realizadas a gran escala de modo ilícito y arbitrario, entre otros (Cf. artículos 50, 51, 130 y 147 de los Cuatro Convenios de Ginebra, respectivamente). Por otro lado, entre los ‘actos contrarios’ del DIH, que no constituyen ‘crímenes de guerra’, existe, por ejemplo, el no instalar bodegas o cantinas en un campo de prisioneros de guerra, tal y como está previsto en el artículo 28 del Convenio III.



a su integridad física o mental, medidas destinadas a impedir nacimientos en el seno de aquel grupo, y otros. Esta definición recogida en el artículo 6 del ER proviene del Convenio de 1948 para la prevención y sanción del crimen de genocidio. Así, el bien jurídico de estos crímenes, señala Meini, es el “derecho que todo colectivo tiene a la existencia<sup>346</sup>”. En otras palabras, la criminalización del genocidio protege no solo al miembro de un grupo humano, sino al grupo humano en sí. El genocidio puede ser físico (mediante la supresión de la vida o producción de lesiones a miembros del grupo), como biológico (orientado a impedir la reproducción del grupo mediante castración, abortos forzosos, esterilización, uso obligado de anticonceptivos, etc)<sup>347</sup>.

Los crímenes de lesa humanidad, por otro lado, son una serie de actos (como el asesinato, la esclavitud, deportación, tortura, violación sexual), cometidos como parte de un ataque generalizado -gran escala o que provoca gran número de víctimas- o sistemático -cierto nivel de organización- contra la población civil, con conocimiento del ataque (artículo 7 del ER). Inicialmente, estuvieron vinculados a contextos de CAI (como así lo recoge el Estatuto del TMI de Núremberg), pero esto cambia y en 1968, el tratado sobre la Imprescriptibilidad de crímenes de guerra y de lesa humanidad consolida que pueden cometerse en tiempos de paz y de guerra. Lo mismo recoge el ER. En palabras del TPIY, en el caso ‘Prosecutor v. Erdemovic’, “los crímenes de lesa humanidad trascienden al individuo, porque cuando el individuo es agredido, se ataca y se niega a la humanidad toda<sup>348</sup>”. Es decir, el bien jurídico es la humanidad en su conjunto, esto es, el individuo independientemente de su nacionalidad o de su pertenencia a grupo alguno.

Finalmente, en lo que respecta al crimen de agresión, la discusión sobre los alcances de su definición es aun más controversial. La falta de consenso llevó a que el ER se aprobara en 1998 sin una definición, impidiendo así que la CPI pueda ejercer jurisdicción sobre este crimen. Esta, sin embargo, sería delimitada a través de una enmienda, según el artículo 121 y 123 del ER, aprobada por la Asamblea de los Estados Parte, la misma que ocurrió en diciembre de 2017.

El crimen de agresión sanciona a quien estando en condiciones de controlar la acción política o militar de un Estado recurre al uso de la fuerza proscrito por la Carta de la ONU. Por eso, se dice que es un “crimen de líderes”. El bien jurídico es “la soberanía, la independencia política o la integridad territorial del otro estado, aun cuando en última instancia se pretende evitar que la afectación de estos últimos conlleve eventuales violaciones a la dignidad del ser humano<sup>349</sup>”. Los tribunales de Núremberg y de Tokio lo aplicaron, pero como recoge Delmas Marty, sobre el resto de crímenes antes mencionados: “*there was a consolidation of the concept of war crime, aimed at limiting inhumanity during war, and an autonomization of the crime against humanity, forbidding inhumanity in peacetime, too. But the crime of aggression somehow got stuck*<sup>350</sup>”.

---

<sup>346</sup> MEINI, Iván. Protección penal de los Derechos Humanos. Temas de Derecho Penal. Libro Homenaje a Luis Guillermo Cornejo Cuadros., 2008. p.254

<sup>347</sup> Ídem.

<sup>348</sup> Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia. Prosecutor vs. Erdemovic, caso IT-96-22-T, Sentencing Judgement, 29 de noviembre de 1996, párr. 28.

<sup>349</sup> SALMÓN, Elizabeth. El crimen de agresión después de Kampala: soberanía de los Estados y lucha contra la impunidad. Lima: Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP), 2011, p. 42.

<sup>350</sup> DELMAS MARTY, Mireille. Op.Cit. P.10.

Desde los juicios de 1946, no se volvió a aplicar este tipo penal hasta años después en que fue recogido por el ER.

## 2. Fuentes de represión

Estudiar las fuentes de derecho internacional exige identificar los mecanismos y procesos por el que se da origen a las normas internacionales<sup>351</sup>. Esto está relacionado a la necesidad de garantizar predictibilidad sobre qué normas pueden usarse para resolver un conflicto y cuáles no. El principio de legalidad, bajo el derecho internacional, recogido en el artículo 15 del PIDCP y el artículo 11 de la DUDH, exige que la conducta sancionada esté antes prevista en el “derecho internacional”, de ahí la importancia de definir la fuente que la respalda.

Dado que los crímenes internacionales están prohibidos y sancionados por el DPI, rama del derecho internacional público, las fuentes que han de analizarse se circunscriben, en principio, a las del artículo 38 del Estatuto de la CIJ: tratados, costumbre internacional, principios generales del derecho, jurisprudencia y doctrina<sup>352</sup>. Los últimos son fuentes auxiliares. A la lista, habría que incluir, además, los actos unilaterales, reconocidos por la jurisprudencia y las resoluciones del Consejo de Seguridad de la ONU que vinculan a los Estados miembros (artículo 25 Carta de la ONU)<sup>353</sup>. Es importante precisar que, siendo materialmente un derecho penal, este prohíbe conductas mercedoras de pena, por tanto, consecuentes con la definición material de delito.

Dos puntos han de precisarse sobre el listado de fuentes: tienen la misma jerarquía y la misma equivalencia entre normas<sup>354</sup>, es decir, una norma puede ser tanto convencional, como consuetudinaria (ej. prohibición del uso de la fuerza reconocida en la Carta de la ONU). Puede ser también una norma imperativa o de *ius cogens* (ej, tortura). Esta última característica representa una excepción a la regla antes acotada sobre la no jerarquía de normas internacionales. Como dijo el TPIY en el caso ‘Prosecutor vs. Anto Furundzija’, las normas *ius cogens* tienen una jerarquía mayor que las fuentes solo convencionales o consuetudinarias<sup>355</sup>, lo que prohíbe que los Estados puedan derogarla incluso con tratados o a través de la costumbre. Estas pueden manifestarse en cualquiera de las fuentes antes precisadas.

Para determinar cuándo una conducta es considerada para el derecho internacional un crimen internacional, es necesario analizar las fuentes que respaldan su proscripción. Estas varían de Estado a Estado. En buena parte porque dependerá del sistema de incorporación de normas internacionales que adopte el Estado y de los tratados de los que sea parte.

En el caso peruano, los tratados sobre derechos humanos tienen rango constitucional y se incorporan de manera automática al ordenamiento jurídico (artículo 55 de la Constitución y

---

<sup>351</sup> THIRLWAY, Hugh. The Sources of International Law. En Malcom Evans (ed), International Law. p.320

<sup>352</sup> SALMÓN, Elizabeth. Op.Cit. p. 174.

<sup>353</sup> CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio. Curso de Derecho Internacional Público: introducción a su estructura, dinámica y funciones. 1992. p.86

<sup>354</sup> SALMÓN, Elizabeth. Op.Cit. p. 175

<sup>355</sup> Véase TPIY. Sala de Primera Instancia. El Fiscal c. Furundzija. Causa IT-95-17/1-T. Párr. 183.

Cuarta Disposición Transitoria), una vez que el mismo entra en vigor. Esto se conoce como un sistema monista, aunque según algunos autores, la incorporación al derecho interno dependerá de la naturaleza de las normas (por ejemplo, si son normas incriminatorias, serían no autoaplicativas<sup>356</sup> y necesitarían un desarrollo interno adicional). Ello, además, garantizaría cumplir con la estructura tripartita que condiciona la comisión de un delito a la previsión de la conducta en la ley penal interna (tipicidad).

## 2.1 Tratados

Según la definición de Cassese, los crímenes internacionales son violaciones a normas internacionales consuetudinarias que, en algunos supuestos, los tratados cristalizan o contribuyen a formar. Esto significa que, si bien los Estados a través de un tratado pueden coincidir en calificar una conducta como crimen internacional, la misma, bajo esta definición, preexiste al tratado. El ER de 1998 que crea la CPI, por ejemplo, recogió de la costumbre delitos ya reprochados y sancionados por el DPI<sup>357</sup>; lo mismo pasó con el Estatuto del Tribunal Penal Internacional de la Ex Yugoslavia.

A pesar de que no existe una jerarquía entre la fuente consuetudinaria y la convencional, esta última al estar escrita, en lo que respecta a normas incriminatorias como son las del DPI, aparentemente ofrece la ventaja de brindar mayor seguridad jurídica sobre cuáles son los elementos típicos de la conducta sancionada. Si bien es cierto el principio de legalidad en materia internacional comprende una aproximación más amplia del término 'ley', hablando, más bien, de "derecho nacional e internacional<sup>358</sup>" los Estados llamados a implementar estas normas en su ordenamiento jurídico interno tienden a priorizar los tratados para salvaguardar el principio de legalidad penal, entendido este bajo la acepción tradicional (*ley previa, ley estricta, ley escrita y ley certa*)<sup>359</sup>. Como ya vimos con las garantías de legalidad estricta, sin embargo, la ley es insuficiente para determinar cuál es la conducta penalmente prohibida.

Los individuos responsables de cometer crímenes internacionales, sin embargo, lo serán si transgreden una u otra norma de DPI, cualquiera fuera su fuente. La limitación que tienen los tratados es que, salvo fueren consuetudinarias o normas de *ius cogens*, las obligaciones ahí positivizadas vincularán solo a los Estados Parte<sup>360</sup>. Definir estos injustos penales internacionales es fundamental de cara al cumplimiento de la garantía de previsibilidad y accesibilidad del imputado como contenido material para el cumplimiento del principio de legalidad.

### 2.1.1 Crímenes de guerra

Como se dijo en acápites anteriores, los primeros crímenes internacionales que aparecieron en el DPI fueron los crímenes de guerra. El Estatuto de los TMI de Núremberg, anexo al Acuerdo de

---

<sup>356</sup> SALMÓN, Elizabeth. Las Obligaciones internacionales del Perú en materia de derechos humanos. P.103

<sup>357</sup> SIMBEYE, Yitha. Op.Cit. p. 33.

<sup>358</sup> Artículo 15 del PIDCP, artículo 11 del DUDH y artículo 10 de la CADH.

<sup>359</sup> FERDINDANDUSSE, W.N. Direct application of International criminal law in national courts. University of Amsterdam. p.225

<sup>360</sup> SALMON, Elizabeth. Óp. Cit. P. 189.

Londres entre Gran Bretaña, Francia, EEUU y la USSR, se basó en las convenciones de La Haya de 1864 y 1907 y en la Convención de Ginebra de 1929 para sustentar la prohibición de los crímenes de guerra<sup>361</sup>. Las infracciones graves a las leyes de la guerra habían sido reconocidas antes en el Código Lieber de 1863 promulgado por el presidente estadounidense Abraham Lincoln como órdenes generales para instruir a los soldados americanos en el campo de batalla, aplicado en la Guerra Civil norteamericana<sup>362</sup>. Ninguno de estos documentos, sin embargo, hablaba propiamente de ‘crímenes internacionales’ y menos, de sanción.

A partir de 1949, sin embargo, tras la experiencia de la Segunda Guerra Mundial, se impuso a los Estados la obligación de tomar medidas necesarias para juzgar los crímenes que el derecho internacional prohíbe. Así, los Cuatro Convenios de Ginebra expresamente prohibieron los crímenes de guerra a los que llamó “infracciones graves a los Convenios de Ginebra” de 1949<sup>363</sup>. Cabe precisar que la expresa inclusión de un deber de implementación de los Estados Parte en el tratado no excluye la criminalización directa de las conductas ahí recogidas. Como precisa Ferdinandusse, “*there are good practical reasons why many treaties specifically call for legislative action by the State Parties, but that does not make domestic legislation a necessary condition for the effectuation of those treaties in national courts*”<sup>364</sup>.

Dicho así, siguiendo la ruta del Acuerdo de Londres, los convenios de Ginebra afirmaron la responsabilidad penal del individuo por la comisión de crímenes internacionales<sup>365</sup> y reconocieron la competencia de los tribunales internos de los Estados Parte para juzgar a los responsables. Las disposiciones de Ginebra constituyen, además, derecho consuetudinario<sup>366</sup>. Y, agrega Salmón, “las normas del DIH son normas de carácter erga omnes porque los Estados han asumido una doble obligación que consiste en respetar y hacer respetar las normas del DIH (artículo 1 común a los Convenios de Ginebra)”<sup>367</sup>.

Así, en 1950, a pedido de la AGNU, la CDI presentó un estudio sobre el proceso de Núremberg y el conjunto de principios ahí reivindicados con el fin de elaborar un eventual Código de Crímenes contra la Paz, la Seguridad y la Humanidad. Este intento de codificación no desembocó en un tratado, pero la sistematización de los principios de Núremberg y la tipificación de tres crímenes internacionales (crímenes de guerra, crímenes contra la humanidad y crímenes contra la paz) contribuyó a reafirmar la noción de responsabilidad penal internacional<sup>368</sup>. Tanto así que fueron reivindicados en el juicio contra el jerarca Nazi, Adolf Eichmann el 11 de diciembre de

---

<sup>361</sup> NOVAK, Fabián. Óp. Cit. P.27

<sup>362</sup> SALMON, Elizabeth. Introducción al Derecho Internacional Humanitario. CICR. Edición, 2012. p. 65

<sup>363</sup> Véase el Convenio de Ginebra I: artículo 49 y 50; CG2: artículos 50 y 51; CG3: artículos 129 y 130; CG4: 146. y 147. El nombre de ‘crímenes de guerra’ recién se empleó con el Protocolo Adicional 1 de 1977.

<sup>364</sup> FERDINDANDUSSE, W.N. Op.Cit. P.260. [Traducción Libre: “Existen buenas razones prácticas por las que muchos tratados exigen específicamente la acción legislativa de los Estados Partes, pero eso no hace que la legislación nacional sea una condición necesaria para la efectividad de esos tratados en los tribunales nacionales”.]

<sup>365</sup> NOVAK, Fabián. Óp.Cit. P.34

<sup>366</sup> SALMON, Elizabeth. Op.Cit. P.39

<sup>367</sup> *Ibidem*.

<sup>368</sup> NOVAK, Fabián. Óp.Cit. P.36.

1961 en Jerusalén. Los principios fueron recogidos, a su vez, por los tribunales internacionales ad hoc de la ex Yugoslavia y Ruanda.

Aunque tradicionalmente se ha entendido que los crímenes de guerra solo se cometen en el contexto de un CAI -los Convenios de Ginebra de 1949 fueron pensados para estos escenarios (salvo el artículo 3 común)-, hoy hay consenso de que pueden cometerse también en un CANI. Así lo interpretó el Tribunal de Apelaciones de la TPIY en el caso Tadic<sup>369</sup> al decir que no había razones para no reconocer estos crímenes en un escenario igual (o más) violento, y también el TPIR en el caso Akayesu<sup>370</sup>. En la actualidad, el ER reconoce que pueden cometerse en ambos contextos (aunque el universo de supuestos sea más amplio en los 34 supuestos de un CAI que en los 19 de un CANI). También lo reconocen las normas 151 y 156 de las reglas de derecho consuetudinario que trabajó el Comité Internacional de la Cruz Roja y publicó en 2005<sup>371</sup>.

### 2.1.2 Genocidio

Un año antes de que acabara la Segunda Guerra Mundial, en 1944 el jurista polaco Rafael Lemkin publicó en Estados Unidos el libro “Dominio del Eje sobre la Europa Ocupada: leyes de ocupación, análisis de gobierno, propuestas de reparación” (“Axis rule in Occupied Europe: Laws of Occupation, Analysis of Government, Proposal for Redress”). El abogado de origen judío, víctima de la persecución nacionalsocialista, estudió las políticas, leyes, órdenes y demás tipos de normas publicadas por los alemanes y sus aliados en las áreas ocupadas de Europa.

En esta obra se usó por primera vez el término ‘genocidio’. “New conceptions require new terms<sup>372</sup>”, dijo el autor antes de desarrollarlo. La palabra es el resultado de la conjunción del griego ‘genos’ (grupo humano) y el latín ‘cidio’ (matanza). El estudio se enfocó en las prácticas que emprendía el nazismo para erradicar a la población judía. Lemkin advirtió, en su momento, que no existía un tipo penal en el derecho internacional ni en el derecho nacional que sancionara, en sus palabras, esta ‘vieja práctica’<sup>373</sup>. Después de los juicios de Núremberg, sin embargo, en diciembre de 1946, la AGNU reconoció a través de la Resolución 96 (I) la necesidad de combatir el crimen internacional.

Mientras se trabajaban los Convenios de Ginebra, la ONU elaboró la Convención para la Prevención y Sanción del delito de Genocidio, aprobada en diciembre de 1948, vigente desde

---

<sup>369</sup> TPIY. Prosecutor vs. Tadic, Caso IT-94-AR72, Cámara de Apelación, sentencia sobre excepciones preliminares del 2 de octubre de 1995: “134. Todo estos factores confirman que el derecho internacional consuetudinario impone una responsabilidad penal por las violaciones graves al artículo e 3 común, complementado por otros principios y reglas generales sobre la protección de las víctimas de los conflictos armados internos...”. (Traducción no oficial).

<sup>370</sup> TPIR. Prosecutor vs. Akayesu. Caso ICTR-96-4-T, sentencia de primera instancia del 2 de setiembre de 1998: “608. Es claro hoy en día que el artículo 3 común ha adquirido la calidad de norma de derecho consuetudinario en el sentido que la mayor parte de los Estados reprimen en sus códigos penales los actos que, siendo cometidos en el contexto de un conflicto armado interno, constituirían violaciones del artículo 3 común.” (Traducción no oficial).

<sup>371</sup> Norma 151: “Norma 151. Las personas que cometen crímenes de guerra son penalmente responsables de ellos. [CAI/CANI]; Norma 156. Las violaciones graves del derecho internacional humanitario constituyen crímenes de guerra. [CAI/CANI]” En: <https://www.icrc.org/spa/assets/files/other/customary-law-rules-spa.pdf>

<sup>372</sup> LEMKIN, Rafael. Dominio del Eje sobre la Europa Ocupada: leyes de ocupación, análisis de gobierno, propuestas de reparación. Washington: Carnegie Endowment for International Peace, Division of International Law, 1944. p.79

<sup>373</sup> *Ibidem*.

enero de 1951. Lemkin integró el comité de expertos que trabajó el proyecto del tratado. El genocidio fue así definido como la destrucción parcial o total de un grupo humano en función de su nacionalidad, etnia, religión o raza (“NERR”). Esta definición desplazó la que recogía la Resolución 96 (I) que decía que el genocidio era un crimen perpetrado por motivos “religiosos, raciales o políticos, o de cualquier otra naturaleza”. Deliberadamente, el Convenio eliminó el ‘móvil político’ y la cláusula abierta. La razón fue política y la iniciativa, de Iosef Stalin.

El tratado reconoció en su preámbulo que el genocidio era un ‘delito de derecho internacional’, que podía cometerse en tiempos de paz o de guerra (artículo 1), que son justiciables todos los individuos responsables del mismo (artículo IV), que los Estados son competentes para juzgar ante sus tribunales internos a quienes hubieren violado la Convención (artículo VI), o en todo caso, conceder la extradición al Estado Parte que lo solicite.

### 2.1.3 Apartheid

En 1973, otro tratado seguiría el camino de los Convenios antes referidos: la Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de Apartheid. Este delito fue definido como el conjunto de “políticas y prácticas análogas de segregación y discriminación racial tal como las que se practican en el África meridional”. Por ejemplo, “actos inhumanos cometidos con el fin de instituir y mantener la denominación de un grupo racial de personas sobre cualquier otro grupo racial de personas y de oprimirlo sistemáticamente” (artículo II).

Al igual que el resto de los tratados, reafirmó la responsabilidad penal internacional por la comisión de este crimen y la competencia de los Estados Parte de juzgar a los presuntos responsables nacionales, a través de sus tribunales internos (Artículo V). Para Cassese, sin embargo, el apartheid no sería propiamente un crimen internacional porque a pesar de que está recogido en un tratado, no lo está en la costumbre<sup>374</sup>. Desde su perspectiva, esta última sería un elemento constitutivo de esta categoría. Ha de precisarse, sin embargo, que este delito, hoy, constituye, según lo recoge el ER de 1998, una modalidad de crimen de lesa humanidad.

### 2.1.4 Tortura

Para 1984, se suma al grupo de tratados que consagran el régimen de responsabilidad penal internacional, la Convención de la ONU contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes<sup>375</sup>. A pesar de que, en este caso, el texto no califica el hecho expresamente como ‘crimen internacional’, sus disposiciones obligan a los Estados Parte a sancionar una conducta que está ya prohibida por el derecho internacional según el artículo 5 de la DUDH y el 7 del PIDCP. Un año después en 1985, en el marco de la Organización de Estados

---

<sup>374</sup> CASSESE, Antonio. Op.Cit. P.25.

<sup>375</sup> Artículo 1: “Todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia”. En: [https://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/cat\\_SP.pdf](https://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/cat_SP.pdf)

Americanos (OEA) se adoptó la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura. En este caso, la fuente de represión es consuetudinaria.

#### 2.1.5 Crímenes de Lesa Humanidad

En 1968, la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad, que entró en vigor en 1970, confirmó a través de su preámbulo los principios de Núremberg y reiteró que estos “figuran entre los delitos de derecho internacional más graves” y que “la represión efectiva de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad es un elemento importante” para prevenirlos. Es decir, reconoció que los crímenes de lesa humanidad constituyen crímenes internacionales, que, además, pueden cometerse tanto en tiempos de paz como de guerra (artículo 1).

#### 2.1.6 Aporte de los Estatutos de Tribunales Internacionales

Los estatutos de los tribunales penales internacionales ad hoc de la ex Yugoslavia y Ruanda, aprobados por resolución del Consejo de Seguridad de la ONU tienen fuerza vinculante para todos sus miembros<sup>376</sup> (artículo 25 Carta de la ONU<sup>377</sup>). Son tomados, por eso, como tratados. Se crearon bajo la aplicación del capítulo VII de la Carta de la ONU que le reconoce la facultad de determinar la existencia de “amenazas a la paz, quebrantamiento de la paz o acto de agresión” (artículo 39) y formular recomendaciones (artículo 40). Entre estas, se consideró que estos crímenes eran efectivamente una amenaza que debía enfrentarse con juicios que evitaran su impunidad<sup>378</sup>.

Entre los crímenes internacionales ahí recogidos por ambos estatutos están los crímenes de guerra (artículo 4 del Estatuto del TPR y artículos 2 y 3 del Estatuto del TPIY), los crímenes de lesa humanidad (artículo 3 del Estatuto del TPR; artículos 5 del Estatuto del TPIY) y el genocidio (artículo 2 Estatuto del TPR y artículo 4 del Estatuto del TPIY). Estos, por tanto, tienen un respaldo convencional para su prohibición y sanción bajo el derecho internacional. Sobre estos instrumentos, Cassese señala que constituyen “*secondary international legislation*<sup>379</sup>”.

El resultado de décadas de esfuerzos colectivos por codificar los crímenes internacionales más graves se consuma, finalmente, con la aprobación en 1998 del ER, que crea la CPI. Los cuatro crímenes sobre los que tiene jurisdicción, según su artículo 5, son los crímenes de guerra (artículo 8), crímenes de lesa humanidad (artículo 7), genocidio (artículo 6) y agresión<sup>380</sup>.

---

<sup>376</sup> CASSESE, Antonio. Loc.Cit.

<sup>377</sup> Artículo 25: Los Miembros de las Naciones Unidas convienen en aceptar y cumplir las decisiones del Consejo de Seguridad de acuerdo con esta Carta.

<sup>378</sup> HUESA VINAIZA, Rosario. El Tribunal Internacional para juzgar los Crímenes cometidos en la Ex Yugoslavia y la Sanción Internacional de los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad. En: Curso de Derecho Internacional de Vitoria astelz. Madrid: Tecnos, Universidad del País Vasco, 1994. P.175

<sup>379</sup> CASSESE, Antobio. Loc.Cit.

<sup>380</sup> El párrafo 2 del artículo 5 precisa: “2. La Corte ejercerá competencia respecto del crimen de agresión una vez que se apruebe una disposición de conformidad con los artículos 121 y 123 en que se defina el crimen y se enuncien las condiciones en las cuales lo hará. Esa disposición será compatible con las disposiciones pertinentes de la Carta de las Naciones Unidas.” En esa línea, el texto original no tenía una definición del delito de agresión, pero luego de una revisión del Estatuto, 14 años después de su entrada en vigor, se aprobó la enmienda en Kampala, Uganda. Al día de hoy, el artículo 8bis define el crimen de agresión y es vinculante a quienes hayan consentido este extremo.

El ER opera, sin embargo, bajo el principio de complementariedad, en virtud del cual, la responsabilidad primaria de perseguir y sancionar tales crímenes es del Estado y en caso este no pueda o no quiera alcanzarlo, recién ingresará la CPI. Esto nuevamente confirma la represión de los crímenes internacionales recogidos en los Estatutos de los tribunales internacionales ad hoc de la Ex Yugoslavia y Ruanda, salvo el crimen de agresión, cuyo contenido no fue plenamente delimitado por muchos años. Por eso, Ferdinandausse acertadamente dice sobre el ER: “*these instruments contain some offences that are of doubtful customary status and omit others that are well-established*”<sup>381</sup>. Por ejemplo, el tratado recoge el tipo penal de agresión, que no ha sido reconocido como crimen internacional por la costumbre, mientras omite el delito de tortura, que sí lo ha sido.

#### 2.1.7 Tratados de Derechos Humanos

Los instrumentos internacionales sobre derechos humanos también son importantes para determinar la prohibición de conductas bajo el derecho internacional. Estos protegen los bienes jurídicos individuales vulnerados cuando se perpetra un crimen internacional -vida, integridad, libertad, libertad sexual, y otros-. Así, está, por ejemplo, el PIDCP, la DUDH<sup>382</sup>, la CADH, la CEDH, la Carta Africana, y en ciertos casos (artículo 5 de la CADH y 7 del PIDCP) expresamente prohíben los actos de tortura. Los Estados Parte, por otro lado, tienen la obligación de “respetar” los derechos y libertades reconocidos en los acuerdos y “garantizar” su libre y pleno ejercicio<sup>383</sup>. En esa línea, por ejemplo, Zaffaroni bien afirma que las leyes de amnistía no son solo contrarias a la CADH, sino, además, al PIDCP, por tanto, aplicarlas no sólo desconoce los tratados interamericanos, sino internacionales<sup>384</sup>.

Específicamente sobre el delito de desaparición forzada -al que un sector de la doctrina califica de crimen internacional<sup>385</sup> y otro, de graves violaciones a los derechos humanos<sup>386</sup>-, la problemática de la realidad latinoamericana durante la segunda mitad del siglo XX, caracterizada por gobiernos dictatoriales, impulsó la creación de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de las Personas de 1994, que también obliga a los Estados Parte -también miembros de la OEA- a no dejar impune tales actos. El mismo tratado exige tomar las medidas necesarias para prevenir y sancionar esta conducta constitutiva de delito (artículo I).

<sup>381</sup> FERDINDANDUSSE, W.N. Óp. Cit. P.261

<sup>382</sup> Aunque no es un tratado, la declaración universal es fuente de derecho consuetudinario.

<sup>383</sup> Véase, artículo 1 de la CADH, artículo 1 de la CEDH, artículo 2 del PIDCP, artículo 1 de la Carta Africana.

<sup>384</sup> Corte Suprema de la República Argentina; caso Simón, decisión de 14 de junio de 2005. Voto del Juez Raul Zaffaroni. Párrafo 14.

<sup>385</sup> Léase, BARBOZA, Julio. Óp. Cit. “La Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas de 1994 entró en vigor en 1996 y establece, además de la responsabilidad individual del perpetrador y de la responsabilidad internacional del Estado, el carácter de crimen internacional de las conductas previstas en dicho instrumento. Como consecuencia, se determina la existencia de una jurisdicción universal para estos casos así como la obligación de no brindar asilo político a los responsables del crimen, la imprescriptibilidad de la acción, etc”. P.669. Por su parte, Burneo, en “Derecho Penal Internacional: Genealogía de los Crímenes internacionales más graves”, indica que “la desaparición forzada de personas o de actos de tortura; los cuales, en algunos casos, no reúnen los requisitos de carácter sistemático o generalizado y por tanto, no pueden ser calificados como crímenes de lesa humanidad, pero constituyen siempre, aún cuando se trate de hechos aislados, crímenes internacionales”. pp.22

<sup>386</sup> MONTOYA, Yván; AMBOS, Kai.



Una década después, la ONU hizo lo propio en el 2007, al aprobarse la Convención Internacional para la Protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, que igualmente ordena a los Estados Parte a sancionarlo. Cabe precisar que en el preámbulo de ambos tratados se especifica que se trata de un “delito” que bajo determinadas circunstancias puede constituir un crimen de lesa humanidad, pero no precisa que sea propiamente un crimen internacional.

## 2.2. Costumbre

La segunda fuente de DPI a estudiar es la costumbre; esto es, la práctica general aceptada en derecho<sup>387</sup>. Está constituida por dos elementos: 1) el objetivo (o material), que hace referencia a la práctica de los Estados (en virtud de sus órganos) constante en el tiempo y uniforme en el espacio y 2) el subjetivo (o la ‘opinio juris’), que hace referencia a la convicción de obligatoriedad jurídica de esta práctica. Aparece de forma espontánea y en principio, es vinculante a todos los Estados.

Parfraseando a Triepel -citado por Barboza-, la voluntad de los Estados se expresa a través de las palabras, con los tratados, o a través de los actos, con la costumbre<sup>388</sup>. Si uno de los elementos constitutivos deja de presentarse, desaparecerá la costumbre, o si se adopta una nueva costumbre que se opone a la anterior, aquella será sustituida. Y si un Estado al que se le denomina ‘objeto persistente’ no participa o consiente de la práctica en la formación y se opone a ella expresamente, no le será vinculante<sup>389</sup>. Salvo que se trate de una norma imperativa (ius cogens).

El reconocimiento jurídico de crímenes internacionales que constituyen para el DPI una violación a los valores más elementales de la sociedad internacional no sólo ha sido producto de los tratados antes mencionados. Como bien indica Bassiouni, estos han sido progresivamente definidos e incriminados por el derecho internacional consuetudinario y más tarde, por el convencional<sup>390</sup>. Así lo reconocen los preámbulos de los siguientes tratados: la Convención contra el Genocidio de 1948, los Convenios de Ginebra de 1949, la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de lesa humanidad de 1968, la Convención sobre la represión y sanción del crimen del Apartheid de 1973 y otros. Es decir, la relación del tratado con la costumbre, en esos casos, opera de manera declarativa.

La Convención de 1968 es de particular importancia porque no solo reafirma la existencia, bajo el derecho consuetudinario, de los crímenes de lesa humanidad y con ello, su aplicación universal, sino que expresa que estos pueden cometerse en tiempos de paz o de guerra, dejando atrás la noción acogida por el Estatuto de Núremberg que la ataban a contextos de conflicto armado. Cassese reconoce que el artículo 7 del ER que tipifica este delito deriva de la costumbre, aunque la aclara y amplía<sup>391</sup>. Primero porque añade términos que no estaban específicamente recogidos

---

<sup>387</sup> SALMON, Elizabeth. Op.Cit. p.229

<sup>388</sup> BARBOZA, Julio. Op.Cit. p. 45

<sup>389</sup> SALMON, Elizabeth. Loc.Cit.

<sup>390</sup> BASSIOUNI, M. Cheriff. Op.Cit. p.68

<sup>391</sup> CASSESE, Antonio. Op.Cit. p.91

en la costumbre como la frase “*with knowledge of the attack*” (con conocimiento del ataque), que vendría a ser el elemento subjetivo del tipo, aunque bien podría este resultar de la interpretación. Y segundo, lo amplía al agregar tipos de conducta como el ‘embarazo forzado’ (art.7, 1, i) o la ‘desaparición forzada de las personas’ (art.7, 1, j), y otros.

En el caso de los crímenes de guerra, la CICR ha sistematizado las reglas de derecho consuetudinario del DIH aplicable a los CAI y CANI, reconociendo que estos crímenes ocurren en cualquiera de estos dos escenarios (reglas 156-161)<sup>392</sup>. Esta reafirmación del derecho consuetudinario fue luego convalidada por la resolución 3074 (VVVIII), aprobada por AGNU el 3 de diciembre de 1973, en el que declara: “1. Los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad, dondequiera y cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido, serán objeto de una investigación, y las personas contra las que existen pruebas de culpabilidad en la comisión de tales crímenes serán buscadas, detenidas, enjuiciadas y, en caso de ser declaradas culpables, castigadas<sup>393</sup>.”

A ello, se sumó la creación por parte del Consejo de Seguridad de la ONU del tribunal penal internacional ad hoc para la ex Yugoslavia, sustentado en un informe del secretario general de la ONU de mayo de 1993, que reafirmó el carácter consuetudinario de los crímenes internacionales sobre los que el tribunal tendría jurisdicción: genocidio, crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad<sup>394</sup>. Esta precisión se hizo para evitar que los presuntos responsables pudieran luego alegar -como ocurrió en Núremberg- que esto violaba el principio de legalidad, ya que, según el derecho internacional, la costumbre era fuente válida para sustentar la represión penal.

Los estatutos de los tribunales internacionales son, sin duda, una herramienta valiosa para determinar la existencia de una norma consuetudinaria. Como señala Salmón, refiriéndose a los tribunales ad hoc y al ER, estos tienen el gran mérito de definir de manera sistemática los principales crímenes internacionales antes dispersos en diversos instrumentos e incluso, si nunca se alcanzara el número necesario de ratificaciones para su entrada en vigor, el texto del Estatuto “tiene como efecto la cristalización de un conjunto de normas consuetudinarias en la materia<sup>395</sup>”. Es decir, el efecto de consolidar una costumbre en formación<sup>396</sup>.

Cassese añade, por su parte, que la costumbre y los principios pueden ser comúnmente derivados o inferidos de la jurisprudencia, tanto de cortes nacionales como internacionales (aunque indica que, en buena parte, emanan de los primeros)<sup>397</sup>. El TPIY, por ejemplo, reconoció en el caso Furundzija que la prohibición de la violencia sexual en conflictos armados había evolucionado

---

<sup>392</sup> Listado de normas del derecho consuetudinario elaborado por el Comité Internacional de la Cruz Roja.

<sup>393</sup> Resolución 3074 (XXVIII), aprobada por la AGNU, 3 de diciembre de 1973.

<sup>394</sup> BURNEO, José. Óp. Cit. P.220

<sup>395</sup> SALMON, Elizabeth y GARCÍA SAAVEDRA, Giovanna. ‘Los Tribunales Internacionales que juzgan individuos. El caso de los Tribunales Ad Hoc para la ex Yugoslavia y Ruanda y el Tribunal Penal Internacional como manifestaciones institucionales de la Subjetividad Internacional del ser humano’. En: Derecho y Sociedad. P. 21

<sup>396</sup> SALMON. Curso de Derecho Internacional Público. Fondo Editorial Pucp. P.243

<sup>397</sup> CASSESE, Antonio. Óp. Cit. P.28

hasta convertirse en derecho consuetudinario<sup>398</sup>. Por su parte, la Corte Marcial de Bruselas determinó en 1950 que la tortura en tiempos de conflicto armado estaba prohibida desde entonces por el derecho internacional consuetudinario<sup>399</sup>.

La ventaja que ofrece la costumbre es clara desde que sus alcances no se limitan a vincular a los Estados Parte de un tratado. Como reconoce De Frouville, sin embargo, la desventaja es que, al ser un derecho no escrito representa una dificultad en el derecho internacional penal frente al principio de legalidad<sup>400</sup>, al menos aquel entendido bajo una concepción tradicional interna, cuando se emplean esfuerzos por perseguir estos crímenes frente a tribunales nacionales. Este enfrentamiento será analizado en el tercer capítulo.

Finalmente, otra discusión pertinente sobre la costumbre es si, a pesar de que esta respalda la prohibición de la ‘norma de conducta’, incluye necesariamente una ‘norma de sanción’. Es decir, si tales fuentes no sólo prohíben estas conductas, sino, además, imponen deberes estatales de penalización a los Estados y, específicamente de qué tipo. Frente a lo cual, los jueces deben individualizar la pena en base a otras variables de necesidad social.

### **2.3 Principios Generales del Derecho**

El artículo 38 de la CIJ define como fuente los ‘principios generales reconocidos por las naciones civilizadas’. Más allá de que, como recoge Woods citado por Salmón, el concepto de ‘naciones civilizadas’ es ‘ocioso y desagradable’ porque remite a una noción europeo-centrista de civilización, propia del periodo colonial<sup>401</sup>, el contenido de sus alcances no ha sido del todo claro.

Este concepto lo recogía el Estatuto de la Corte Permanente Internacional de Justicia (el antecesor de la CIJ). El Comité Consultivo de Juristas, encargado de elaborar el borrador, lidió a inicios del siglo XX con uno de los debates más importantes sobre su definición. Según el informe del Relator Especial sobre este tema de la CDI<sup>402</sup>, Marcelo Vásquez-Bermúdez, la posición positivista representada por el jurista Elihu Root decía que los jueces solo debían resolver en base a reglas conocidas y a falta de ellas, decir que no eran claras (“*should pronounce non-liquet*”). Otros se oponían y proponían que los magistrados debían aplicar “reglas del derecho internacional reconocidos por la conciencia legal de las naciones civilizadas”, “principios de igualdad” o “principios generales del derecho y la justicia”, entre otros. El resultado final fue un punto intermedio entre positivistas y naturalistas<sup>403</sup>.

---

<sup>398</sup> TPIY. Case Prosecutor vs. Furundija. Párr. 168: “The prohibition of rape and serious sexual assault in armed conflict has also evolved in customary international law. It has gradually crystallized out of the express prohibition of rape in article 44 of the Lieber Code and the general provisions contained in article 46 of the regulations annexed to Hague Convention IV, read in conjunction with the ‘Martens clause’ laid down in the preamble to that Convention”. En: <http://www.icty.org/x/cases/furundzija/tjug/en/>

<sup>399</sup> *Ibidem*.

<sup>400</sup> DE FROUVILLE, Olivier. Droit International Pénale. Editions A.Pedone, 2012. P.35

<sup>401</sup> SALMON. Op.Cit. P.246.

<sup>402</sup> Comisión de Derecho Internacional de la ONU. A/72/10. Informe sobre los Principios Generales del Derecho. Anexo trabajado por Marcelo Vásquez-Bermúdez. P.224

<sup>403</sup> *Ibidem*.

El debate sobre el origen y la naturaleza de este concepto siguió estando presente en el estatuto de la CIJ. La controversia se centraba en resolver si estos principios surgían del derecho doméstico, o si podía hablarse de principios del derecho internacional. Lo mismo se discutió para entender los alcances del artículo 21 del ER<sup>404</sup>. A pesar de que aún no hay un consenso absoluto en doctrina sobre el tema, los tribunales internacionales<sup>405</sup> han interpretado que son principios autónomos del derecho internacional. Pero los tribunales penales internacionales se han referido con mayor frecuencia a los principios generales del derecho, entendidos estos como aquellos que derivan de los sistemas jurídico-penales en general, como, por ejemplo, el principio de proporcionalidad al sentenciar, el de legalidad, el de establecer la responsabilidad penal en base a elementos subjetivos y objetivos del delito, el *ne bis in idem*, y otros<sup>406</sup>.

Bajo una lógica similar, Cassese divide esta fuente entre los principios generales del DPI y del derecho internacional. Los primeros refieren, por ejemplo, al principio de legalidad, la presunción de inocencia, la igualdad de armas, esto es, aquellos que gradualmente han escalado de los sistemas legales nacionales al sistema legal internacional y hoy están firmemente establecidos en este último. Y los segundos son los principios inherentes al sistema legal internacional, que no implican un estudio comparativo de los principales sistemas legales del mundo, sino aparecen de la generalización e inducción de las principales características del orden internacional<sup>407</sup>.

Como recoge Salmón, en resumen, este concepto puede bien entenderse de dos maneras: por un lado, como principios generales del derecho que surgen del ámbito doméstico, y por el otro, como principios generales del derecho internacional<sup>408</sup>. En la primera acepción, el juez ha de recurrir al derecho comparado para identificar coincidencias de naturaleza sustantiva y procesal en las leyes internas de los Estados. Y en lo segundo, los principios pueden ser identificados a partir de la actividad judicial y la diplomacia normativa de los Estados<sup>409</sup>. Ejemplos: el principio de igualdad soberana, el ‘*pacta sunt servanda*’, el de prohibición del uso de la fuerza, el de buena fe, y otros reconocidos en la Resolución 2625 (XXV) de la AGNU.

Señala Ambos que los principios generales del derecho se pueden basar también en una valoración del conjunto de *soft law* internacional, como una especie de *opinio iuris* sin práctica estatal

---

<sup>404</sup> Véase, el artículo 21 del ER: “1. La Corte aplicará: a) En primer lugar, el presente Estatuto, los Elementos de los crímenes y sus Reglas de Procedimiento y Prueba; b) En segundo lugar, cuando proceda, los tratados aplicables, los principios y normas del derecho internacional aplicables, incluidos los principios establecidos del derecho internacional de los conflictos armados; c) En su defecto, los principios generales del derecho que derive la Corte del derecho interno de los sistemas jurídicos del mundo, incluido, cuando proceda, el derecho interno de los Estados que normalmente ejercerían jurisdicción sobre el crimen, siempre que esos principios no sean incompatibles con el presente Estatuto ni con el derecho internacional ni las normas y estándares internacionalmente reconocidos.”

<sup>405</sup> CIJ. Caso relativo a las actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua. ICJ Reports de 27 de junio, 1986. Pp 113-115. Parr. 218, 220, 225.

<sup>406</sup> Comisión de Derecho Internacional ONU. Op.Cit. p.229.

<sup>407</sup> CASSESE, Antonio. Op.Cit. p.31

<sup>408</sup> DUPUY, Pierre-Marie. L’unité de l’ordre juridique international. Cours general de droit international public. En RCADI 297. Leiden-Boston: Brill-Nijhoff. 2002. p.180

<sup>409</sup> SALMON, Elizabeth. Op.Cit. P.248.

constante<sup>410</sup>. El derecho penal comparado colabora asimismo con la fundamentación de los principios generales del derecho en sentido tradicional, “permitiendo deducir de las regulaciones concretas de los derechos nacionales un principio común<sup>411</sup>”.

Ahora, ¿cuáles son esos ‘principios generales’ que respaldan la prohibición de conductas calificadas como crímenes internacionales? Para empezar, los Principios de Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto del TMI de Núremberg aprobados por unanimidad por la AGNU.

Se reconoce así, que hay crímenes internacionales -delitos contra la paz, delitos de guerra, delitos contra la humanidad- capaces de generar responsabilidad penal internacional en quien los comete, sujetos a sanción penal (Principio I), al margen de que así lo reconozca el derecho interno. Es decir, aun si el Estado no cumpliera con adecuar la normativa interna al DPI, teniendo, además, otros derechos de las víctimas en juego que han de ser garantizados por los Estados. Según Burneo, “la comunidad internacional desde 1946 en que expidió la sentencia de Núremberg ha declarado consistente y reiteradamente, en el marco de las Naciones Unidas, la existencia de normas jurídicas internacionales consuetudinarias de alcance universal, respecto de los crímenes sancionados por el estatuto del Tribunal de Núremberg<sup>412</sup>”.

Para 1951, sobre el crimen de genocidio, la CIJ resolvió, en la Opinión Consultiva sobre el caso “Reservas a la Convención para la Prevención y Sanción del delito de Genocidio”, que este era un crimen contrario al derecho de gentes que trastoca la conciencia humana y que las obligaciones contenidas en el tratado no vinculan solo a los Estados Parte. Reconoció así, en relación a la prohibición de esta conducta, que hay “principios reconocidos por las naciones civilizadas, obligatorios para todos los Estados incluso al margen de todo vínculo convencional<sup>413</sup>”.

Finalmente, es importante distinguir la costumbre de los principios generales del derecho internacional, ya que los últimos, a diferencia de la primera, no dependen de una práctica ni de su respeto efectivo<sup>414</sup>. Es por eso, que Ambos sostiene que el deber de penalización de los crímenes internacionales y graves violaciones a derechos humanos, a falta del elemento de la práctica estatal en la costumbre -en su opinión, hay un patrón de impunidad regional-, deriva más bien, de los principios generales del derecho<sup>415</sup>.

#### **2.4. Normas ‘Ius Cogens’**

Las normas ‘ius cogens’ no constituyen una fuente de derecho internacional adicional, sino

---

<sup>410</sup> AMBOS, Kai. La construcción de una parte general del derecho penal internacional. En: Temas Actuales del derecho penal internacional. P. 15

<sup>411</sup> AMBOS, Kai. Op.Cit. P.16

<sup>412</sup> BURNEO, José. Óp.Cit. p. 220

<sup>413</sup> CIJ. Reservas a la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio. Opinión Consultiva, 28 de mayo de 1951, p.23

<sup>414</sup> SALMON, Elizabeth. Op.Cit. P.248.

<sup>415</sup> AMBOS, Kai. Impunidad y Derecho Penal Internacional. Edición Colombiana. Fundación Konrad Adenauer. P.247.

una categoría de normas que pueden estar recogidas en una fuente convencional, consuetudinaria o en un principio general del derecho. Si bien la ubicación de este subtítulo pueda llevar a esa confusión, esta se da solo para efectos de explicar de manera ordenada el tratamiento diferenciado de la norma de represión dependiendo si tiene o no una naturaleza ius cogens. El artículo 53<sup>416</sup> y 64<sup>417</sup> de la Convención de Viena del Derecho de los Tratados (CVDT) reconoce que, al ser normas imperativas, ningún tratado puede contravenirlas, que todo intento de hacerlo será nulo y que esta solo puede ser modificada por “una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter”. En palabras del jurista holandés, IB.V.A Roling, el ius cogens es “el derecho natural de la era nuclear<sup>418</sup>”.

Según comenta Salmón, actualmente no existe una única justificación de esta imperatividad y las posiciones varían desde considerarla como una norma derivada del derecho natural hasta entenderla como una expresión del orden público internacional<sup>419</sup>. Algunos ejemplos de normas ius cogens, según reconoció la CDI en su proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados, son la prohibición o amenaza del uso de la fuerza, el genocidio, la prohibición de la esclavitud.

La CIJ en el caso ‘Barcelona Traction’ de 1970 diferenció entre las “obligaciones de los Estados frente a la comunidad internacional en su conjunto y las que nacen frente a otro Estado dentro del marco de la protección diplomática<sup>420</sup>”, haciendo referencia a las normas ius cogens en el primer supuesto. El hecho de reconocer que una norma tiene esta naturaleza presupone un interés jurídico de la comunidad internacional de que se respete y haga cumplir. Los efectos que despliegan son, así, ‘erga omnes’. Identificar la naturaleza ius cogens de una norma implica la existencia de un ordenamiento jurídico, “en algunos casos no positivizado, que tendría fuerza vinculante<sup>421</sup>”.

Siguiendo este razonamiento, Malekian reitera que este interés reflejado en la característica ‘erga omnes’ de las obligaciones es una particularidad de los crímenes internacionales: “*the term erga omnes denotes the special characterization of the concept of international crimes and this term is becoming one of the essential elements in recognition of crimes under international criminal law*<sup>422</sup>”. Ello, comenta el autor, constituye una base jurídica para que cualquier Estado pueda llevar a juicio a los presuntos responsables de transgredir esta obligación. Precisamente esta argumentación respalda el principio de jurisdicción universal.

---

<sup>416</sup> CVDT. Artículo 53. Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter.

<sup>417</sup> CVDT. Artículo 64. Si surge una nueva norma imperativa de derecho internacional general, todo tratado existente que esté en oposición con esa norma se convertirá en nulo y terminará.

<sup>418</sup> ROLING, Bernard. *International Law in an Expanded World*, Amsterdam, Djambatan, 1960, pp.87-99.

<sup>419</sup> SALMON, Elizabeth. *Op.Cit.* p. 251.

<sup>420</sup> CIJ. Caso Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, arret, Recueil, 1970, párr.33-35.

<sup>421</sup> MEINI, Iván. *Notas sobre el derecho penal del enemigo y los derechos humanos*. En: *Los Caminos de la Justicia Penal y los Derechos Humanos*. Idehpucp, 2007. P. 161.

<sup>422</sup> MALEKIAN, Farhad. *International Criminal Responsibility*. En: *Libro International Criminal Law*. Compiler: Cheriff M.Bassiouni. P. 209 [Traducción libre: “El término erga omnes denota la caracterización especial del concepto de crímenes internacionales y este término se está convirtiendo en uno de los elementos esenciales en el reconocimiento de crímenes en virtud del derecho penal internacional.”]

Para Malekian, además, las obligaciones ‘erga omnes’ y las normas imperativas de ‘ius cogens’ constituyen las dos caras de la misma moneda<sup>423</sup>. Menciona, así, algunas normas prohibitivas del DPI que contemplan el carácter de ius cogens: “*piracy, genocide, apartheid, slavery, torture, war crimes and narcotic crimes*”<sup>424</sup>. En otras palabras, todas las personas están obligadas a no perpetrar tales actos, en tanto prohibidos en todas circunstancias.

La Corte IDH, por su lado, también ha contribuido a reconocer este tipo de normas a través de sus fallos. Así, el caso ‘Almonacid Arellano vs. Chile’, determinó que el crimen de lesa humanidad perpetrado “era violatorio de una norma imperativa del derecho internacional”; así como también los crímenes de guerra<sup>425</sup>. Y agregó: “esta prohibición de cometer crímenes de lesa humanidad es una norma de ius cogens, y la penalización de estos crímenes es obligatoria conforme al derecho internacional general”<sup>426</sup>. Bassiouni también comparte esta última idea<sup>427</sup>.

Asimismo, en el caso ‘Gelman vs. Uruguay’, la Corte IDH dijo que la “desaparición forzada constituye, por la naturaleza de los derechos lesionados, una violación de una norma ius cogens”<sup>428</sup>. Y esto, en función de los efectos que derivan de reconocer un crimen internacional: la prohibición de amnistía, prescripción, indulto o cualquier otra excluyente de responsabilidad penal. Ello, en el marco de la lucha contra la impunidad frente a graves violaciones a derechos humanos. Por su parte, en el caso Fermín Ramírez vs. Guatemala, precisó sobre la tortura que: “existe una prohibición universal de la tortura y de otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, que violan normas perentorias de derecho internacional (ius cogens)”<sup>429</sup>.

### **3. El Derecho Penal Internacional (DPI)**

Habiendo descrito a qué nos referimos con crímenes internacionales, cuáles son los tipos penales que califican como tal, las fuentes escritas y no escritas que respaldan la prohibición de estas conductas delictivas por el derecho internacional, así como la represión de estas, cabe analizar ahora el conjunto de normas jurídicas internacionales que los regula. Esto es, el DPI, rama relativamente nueva del derecho internacional público que se afianza al término de la Segunda Guerra Mundial en 1945. Si el planteamiento de esta investigación es extraer del DPI, las conductas tipificadas como crímenes internacionales que permitirán perseguir y sancionar tales hechos a nivel interno, bajo una reinterpretación del principio de legalidad, es menester entender el origen y la naturaleza de este conjunto de normas al momento de aplicarlas.

---

<sup>423</sup> *Ibidem*. P.211

<sup>424</sup> *Ibidem*. P.210 [Traducción libre: “Piratería, genocidio, apartheid, esclavitud, tortura, crímenes de guerra y narcóticos.”]

<sup>425</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso: Almonacid Arellano vs. Chile. 2006, Párr.152

<sup>426</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso: Almonacid Arellano vs. Chile. 2006, parr. 99.

<sup>427</sup> BASSIOUNI, M. Cherif, *International Crimes: Jus Cogens and Obligatio Erga Omnes*, 59 L. & CONTEMP. PROBS., at 63, 69–70 (1996)

<sup>428</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso: Gelman vs. Uruguay. Parr. 99.

<sup>429</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. Fermín Ramírez vs. Guatemala. Párr.117.

Los esfuerzos de instituir un DPI datan de 1872 con el Proyecto de Gustav Moynier -uno de los fundadores y por mucho tiempo, presidente del CICR- que propuso crear una instancia judicial internacional que juzgara los crímenes de mayor trascendencia. También se perciben en el Tratado de Versalles de 1919 y el frustrado intento de crear otra corte penal internacional para castigar las violaciones al derecho de la guerra. O, en la propuesta del Comité Consultivo de Juristas, encargado de hacer el proyecto para la Corte Permanente de Justicia Internacional en 1920, que planteó que esta fuera competente para juzgar crímenes que violasen el orden público internacional o la ley universal de las naciones (“*constituting a breach of international public order or against the universal law of nations*”<sup>430</sup>). El mismo que, sin embargo, la Asamblea General de la Sociedad de Naciones rechazó meses después por considerarla ‘prematura’<sup>431</sup>.

No fue sino hasta 1945, sin embargo, con la creación de los TMI de Núremberg y de Tokio, que el DPI se consolidó, siendo capaz de juzgar efectivamente a los más importantes criminales de guerra de Europa y el extremo oriente. Como sostiene Reyes, “será el fin de la Segunda Guerra Mundial el escenario para un avance indiscutible en el campo del Derecho Penal Internacional”<sup>432</sup>. A pesar de que este hito fue descalificado por voces que concebían que estas sanciones representaban una violación al principio de legalidad, los principios de Núremberg, aprobados un año después, en 1946 por la AGNU (Resolución 95 I), en palabras de Barboza, “le confirió carácter de derecho internacional general”<sup>433</sup>, permitiendo así, disipar las dudas sobre la legalidad de estos juicios.

Por esos años, una vez aprobado el Convenio de Genocidio en 1948, la AGNU (Resolución 177/II) le encargó a la CDI el trabajo de codificar los crímenes internacionales, para luego redactar un proyecto de estatuto que creara un tribunal penal internacional. En 1952 se elevó un informe a la AGNU, pero esta pospuso la discusión hasta llegar a un consenso de la definición del crimen de agresión<sup>434</sup>. La propuesta no se reactivó sino hasta la década de los 80s. En 1981, la AGNU invitó a la CDI a seguir sus labores referidas al trabajo de codificación. Pero en general, así como pasó entre la primera y la segunda guerra mundial, los esfuerzos de la comunidad internacional por sancionar este tipo de conductas se enfriaron durante la Guerra Fría.

### 3.1 Características del Derecho Penal Internacional

Aunque el DPI se basa en fuentes del derecho internacional, no deja de ser materialmente un derecho de naturaleza penal, apto de sancionar y privar de la libertad a un individuo responsable no sólo de lesionar un bien jurídico, sino de colocarlo en una situación de riesgo prohibido. Esa es la razón por la cual, además, se castiga la tentativa, en tanto la mera puesta en riesgo constituye delito, ergo, una conducta merecedora de sanción penal. Como señala Cassese, “*like most national*

---

<sup>430</sup> Comité Consultivo de Juristas. [Traducción libre: “Constituyendo una violación del orden público internacional o en contra de la ley universal de las naciones”.]

<sup>431</sup> CASSESE, Antonio. Op.Cit. P. 328.

<sup>432</sup> REYES MILK, Michelle. El principio de inmunidad de los Jefes de Estado en actividad y su regulación en el Estatuto de Roma que crea la Corte Penal Internacional. En: Agenda Internacional Año XV, N° 26, 2008, p. 80.

<sup>433</sup> BARBOZA, Julio. Op.Cit. P. 598

<sup>434</sup> BASSIOUNI, Cherif. Op.Cit. P.85.



*legal systems, international rules criminalize not only conduct causing harm to others (for example, murder, rape, torture, destruction of hospitals, shelling of innocent civilians) but also conduct creating an unacceptable risk of harm*<sup>435</sup>”.

Para Ambos, el DPI es el sistema penal de la comunidad internacional, que vincula los conceptos de aplicabilidad universal de las normas (propias del Derecho Internacional Público), y a la vez, los conceptos de responsabilidad penal individual (propios del derecho penal), de manera tal que “la conducta respectiva queda sujeta a una punibilidad internacional autónoma (principio de responsabilidad penal directa del individuo según el Derecho Internacional Público)”<sup>436</sup>. Agrega que es una combinación de principios de derecho penal y de derecho internacional<sup>437</sup>. En esa línea, De Frouville indica que esta disciplina tiene dos objetivos: emitir normas prohibitivas de comportamientos que perturban el orden público internacional bajo pena de sanciones y organizar la represión de estas conductas<sup>438</sup>.

Esta tarea no resulta fácil cuando se convergen dos disciplinas jurídicas que suelen regirse por reglas distintas y que operan en ámbitos igualmente distintos. Como reitera Sancinetti, “al sujeto frente al que se responde en el derecho penal común, el Estado, se agrega otro: la comunidad internacional<sup>439</sup>”. Es decir, ya no es solo el Estado soberano el que decide cuándo sancionar a sus ciudadanos y cómo, sino que ahora también le prohíbe actuar de determinada manera, la comunidad internacional.

Para Bassiouni esta convergencia del derecho penal nacional y el DPI hace que exista en el último una “personalidad dividida” que ha dificultado su desarrollo<sup>440</sup>. Los problemas que presenta derivan también del impacto que han tenido la ciencia política en el DPI y la criminología en el DP nacional, como fuentes que nutren ambas disciplinas. En sus palabras:

“(…) basta constatar que el Derecho Internacional es un sistema jurídico construido sobre la presunción de consenso y sumisión voluntaria de sus principales sujetos (Estados), cuyas relaciones se establecen en pie de igualdad, sin que ninguna autoridad superior aplique los mandatos del sistema, y que, de otra parte, el Derecho Penal, en todos los Derechos internos, supone procesos de toma de decisión de modo vertical, apoyados sobre medios coercitivos en orden a la aplicación de los mandatos del sistema<sup>441</sup>”.

Esta compleja situación hace que los autores que estudian esta disciplina tengan diferentes aproximaciones dependiendo de la premisa doctrinal elegida (léase, si son internacionalistas o penalistas). Recoge Bassiouni que, mientras los internacionalistas tienden a analizar el DPI en

---

<sup>435</sup> CASSESE. Op.Cit. P.22.

<sup>436</sup> AMBOS, Kai. El Nuevo Derecho Penal Internacional. ARA Editores. Lima, Perú. P.47

<sup>437</sup> AMBOS, Kai. La Construcción de una parte general del derecho penal internacional. Editorial: Universidad de Huelva, 2006. P.13

<sup>438</sup> DE FROUVILLE, Olivier. Op.Cit. P.3.

<sup>439</sup> SANCINETTI, Marcelo. El Derecho Penal en la Protección de los Derechos Humanos. Edición Hamurabi. P.55

<sup>440</sup> BASSIOUNI, Cherif. Op. Cit. P.77

<sup>441</sup> *Ibidem*.

base a las obligaciones convencionales o consuetudinarias para que sean los ordenamientos penales internos los que cumplan con aquel mandato, los penalistas buscan construir un modelo de ejecución internacional paralela que opere como el sistema penal interno e intentan codificar las normas penales internacionales, así como aplicarlas a través de un sistema internacional de justicia penal<sup>442</sup>.

### 3.2 Responsabilidad penal internacional

Los individuos pueden ser responsables penales de crímenes tan atroces frente a la comunidad internacional debido al proceso de humanización que caracterizó el derecho internacional público post 1945. Como recogió la sentencia de Núremberg: “los crímenes contra el Derecho Internacional son cometidos por hombres, no por entidades abstractas, y sólo mediante el castigo de los individuos que cometieron tales crímenes pueden ejecutarse las provisiones del Derecho Internacional<sup>443</sup>”. Este y otros principios fueron confirmados por la AGNU, lo que consolidó la responsabilidad penal internacional del individuo y una tendencia que reafirmó el reconocimiento de su subjetividad internacional. Así, el reconocimiento por parte de tratados internacionales - DUDH/PIDCP- de sus derechos humanos legitimó una capacidad activa para hacerlos valer en la esfera internacional, pero también para ser responsables de la comisión de hechos internacionalmente ilícitos (capacidad pasiva)<sup>444</sup>.

El proceso de humanización del derecho internacional marcó un claro quiebre con la visión ‘clásica<sup>445</sup>’ del derecho internacional público visto como un sistema de normas jurídicas internacionales que no reconocía, salvo contadas excepciones, a los individuos como sujetos de derechos y obligaciones internacionales. Desde fines del siglo XIX hasta inicios del XX, la única subjetividad internacional la tenía el Estado; era el único destinatario del derecho internacional. Las palabras de Von Liszt reflejan esta perspectiva: “El Derecho Internacional reconoce derechos e impone deberes únicamente a los Estados, no a los ciudadanos de un Estado<sup>446</sup>”. La Corte Permanente de Justicia Internacional en el caso Lotus también lo decía: “el derecho internacional rige las relaciones entre Estados independientes<sup>447</sup>”.

En ese entonces, aun estaba presente la noción de la comunidad internacional tradicional de tipo relacional. Es decir, un orden jurídico, surgido en la Paz de Westphalia, consolidado entre 1815 y 1914<sup>448</sup>, ideado para regular exclusivamente las relaciones de coexistencia entre Estados soberanos, iguales e independientes, donde solo ellos eran sujetos de derecho internacional<sup>449</sup>. Como explica Salmón, los temas de discusión recaían sobre “soberanía, igualdad y no

---

<sup>442</sup> BASSIOUNI. Op.Cit. P.78

<sup>443</sup> Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, sentencia del 14 de noviembre de 1945 – 1 octubre de 1946 (Nuremberg, IMT, 1947) (Vol1), reeditado en American Journal of International Law 172.

<sup>444</sup> FIORE, Pasquale. El Derecho Internacional Codificado y su Sanción Jurídica. P.94

<sup>445</sup> JESCHECK, Hans-Heinrich. & WEIGEND, Thomas. Tratado de Derecho Penal. Parte General. Trad. Miguel Olmedo Cardente. Editorial Comares, S.L. 2002. P.126.

<sup>446</sup> VON LISZT, Franz. Derecho Internacional Público. Barcelona: Gustavo Gill, 1939. P.82

<sup>447</sup> CPJI. The case of the S.S. Lotus. En Collection of Judgements (Serias A, 10), 7 de setiembre de 1927, p.18.

<sup>448</sup> CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio. Derechos Humanos y Derecho Internacional. Revista Isegoría (2000). P.70

<sup>449</sup> SALMON, Elizabeth. Op.Cit. P.52

intervención”. No había, por tanto, subordinación alguna a contenidos axiológicos, a valores e intereses comunes en favor de la paz, el desarrollo, los derechos humanos o las normas *ius cogens*.

La idea del individuo como sujeto de derecho internacional transformó este orden público internacional y la Carta de las Naciones Unidas en 1945 marcó este cambio. Por un lado, reconoció la igualdad soberana y el principio de no intervención de los Estados, pero por otro, la precaria situación jurídica del individuo ante el orden internacional la empujó a reafirmar la dignidad del ser humano y el respeto a los derechos humanos y libertades fundamentales de todos, sin distinción alguna<sup>450</sup>. El reconocimiento universal de los derechos humanos apareció así, como una limitación a la soberanía de Estados que podían ser pasibles de responsabilidad internacional en caso de vulnerarlos.

Que la comisión de crímenes internacionales generase responsabilidad penal de los individuos - lo que lo distingue del resto de ramas del derecho internacional-, no impidió que los Estados pudieran ser igualmente responsables internacionalmente de incumplir obligaciones convencionales o consuetudinarias por la comisión de estos crímenes, cuando sus funcionarios actuaran en su nombre, o cuando incumplieran deberes de prevención y sanción. En tales supuestos, la responsabilidad estatal (de naturaleza civil) coexiste con la que pueda atribuirse a individuos al interior de un Estado por cometer directamente este crimen. Así lo determinó la CIJ cuando atribuyó responsabilidad internacional a la ex Yugoslavia (Serbia y Montenegro) que incumplió el deber de prevenir y sancionar el genocidio, en base a la Convención de 1948. Y así lo recoge por ejemplo el artículo 25, 4 del ER: “Nada de lo dispuesto en el presente Estatuto respecto de la responsabilidad penal de las personas naturales afectará a la responsabilidad del Estado conforme al derecho internacional<sup>451</sup>”.

La visión del Derecho Internacional ‘clásico’ que no reconocía la subjetividad internacional del individuo, coincidió con la visión del DPI ‘clásico’ limitado a regular y sancionar delitos comunes previstos en el derecho interno de los Estados que tuviesen algún elemento de extraneidad, es decir, que involucrase a dos o más países<sup>452</sup> en un tema penal. El caso por excelencia fue la extradición: si un nacional cometía un delito en el territorio A y luego huía al Estado B, ello daba lugar a un pedido de extradición para que sea entregado al A para ser procesado y juzgado. La ley penal se aplicaba fuera del territorio A; por tanto, era una aplicación extraterritorial de la ley (lo que será analizado más adelante).

La figura tuvo un rol importante en la aparición del DPI como muestra del interés interestatal de colaboración mutua para perseguir a personas sindicadas de cometer delitos contra su orden jurídico estatal interno. No eran delitos, sin embargo, que atentaban contra el orden jurídico

---

<sup>450</sup> CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio. Loc.Cit.

<sup>451</sup> Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

<sup>452</sup> BURNEO, José. Óp. Cit. P.29.

internacional<sup>453</sup>, como sí lo regula el DPI. Como decía Bassiouni, antes que un derecho sustantivo, era uno de carácter procedimental<sup>454</sup>.

### 3.3 Derecho Penal Internacional, Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario

Como se dijo, la Carta de la ONU de 1945<sup>455</sup> y la posterior DUDH por la AGNU de 1948 transformaron el derecho internacional a través de un proceso de ‘humanización’. El reconocimiento universal de los derechos humanos inherentes al individuo y el compromiso de los Estados en protegerlos implicó un antes y un después en la entonces monopolizada subjetividad internacional del Estado. En este nuevo escenario, el individuo como titular de derechos ante la comunidad internacional es el eje sobre el cual se construirá el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH). Los derechos lesionados por el Estado dejarán de ser un asunto interno estatal para convertirse en un objeto de protección a nivel internacional<sup>456</sup>.

Así, frente a la vulneración de los derechos del individuo, el DIDH se activa de dos maneras: 1) a través de tratados de Derechos Humanos de los que es parte el Estado responsable, cuyas disposiciones son aplicables a nivel nacional (sea para interpretar los derechos o delinear nuevos derechos); y 2) a través de un aparato institucional creado por el tratado para vigilar su cumplimiento<sup>457</sup>. En ese contexto, los derechos humanos se enfrentan aparentemente a la soberanía de los Estados siguiendo una dinámica que Carrillo Salcedo calificó como una “tensión dialéctica<sup>458</sup>”. Una ‘tensión’, sin embargo, que se resuelve con la tesis de que los Estados “precisamente por ser soberanos, tienen obligaciones internacionales en materia de derechos humanos respecto de la comunidad internacional en su conjunto<sup>459</sup>”.

Precisa Alda Faccio, que, en materia de DIDH, pesa sobre el Estado tres tipos de obligaciones internacionales: de respeto, protección y garantía<sup>460</sup>. Por respeto se entiende la obligación del Estado de no violarlo directamente y reconocerlo como derecho humano en su legislación; por proteger significa promulgar leyes y crear los mecanismos para prevenir o denunciar la violación; y por garantizar, significa tomar las medidas necesarias y crear las instituciones y procedimientos para permitir que las personas puedan gozar de este derecho<sup>461</sup>.

En ese sentido, la titularidad de los derechos del individuo frente a la comunidad internacional tuvo como contracara una serie de deberes impuestos por esta comunidad reconocidos por el DPI. El incumplimiento de estos los haría pasibles de responsabilidad penal internacional cuando las conductas fueran tipificadas como crímenes internacionales. Tanto el DPI, como el DIDH se

---

<sup>453</sup> Idem. P.51

<sup>454</sup> BASSIOUNI, Cherif. Op. Cit. P.51

<sup>455</sup> BARBOZA, Julio. Op.Cit. P. 638.

<sup>456</sup> BURNEO, José. Op. Cit. P.74

<sup>457</sup> SALMON, Elizabeth. La globalización de la justicia internacional: hacia un nuevo orden público internacional. En: Ius et Veritas. P. 246

<sup>458</sup> CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio. Op. Cit. P. 80

<sup>459</sup> Ibídem.

<sup>460</sup> FACCIO, Alda. El derecho a la igualdad entre hombres y mujeres. p.69

<sup>461</sup> Ibídem.

consolidaron post Segunda Guerra Mundial. Como dice Burneo, a partir de Núremberg, lo que podía hacer un Estado en su territorio contra sus nacionales incumbía a la comunidad internacional al extremo de que esta podía sancionar penalmente a los más altos responsables de eventuales atrocidades<sup>462</sup>. Gutiérrez precisa que el DPI puede asimilarse a las normas del DIDH ya que, en ambos casos, aun cuando con un contenido y un fin diferentes, “son normas de naturaleza jurídica que se dirigen directamente a la persona humana<sup>463</sup>”.

Pasa Cassese, el DPI deriva tanto del DIDH, como del Derecho Penal nacional. Y esto, porque ambas disciplinas han contribuido a forjar los valores esenciales que ha de proteger la comunidad internacional a través de la represión de conductas que las ponen en riesgo. De ahí que, señala el autor, esta sea una rama híbrida del derecho internacional impregnada de nociones, principios y construcciones jurídicas que derivan del derecho penal nacional y del DIDH<sup>464</sup>. En sus palabras:

“Human rights law, essentially consisting of international treaties and conventions on the matter, as well as the case law of international bodies such as the European Court of Human Rights, has contributed to the development of criminal law in many respects. Thus, it has expanded or strengthened, or created greater sensitivity to, the values to be protected through the prohibition of attacks on such values (human dignity, the need to safeguard life and limb as far as possible, etc). Furthermore, human rights law lays down the fundamental rights of suspects and accused persons, of victims and witnesses; it also sets out the basic safeguards of fair trial. In short, this increasingly important segment of law has significantly impregnated the whole area of ICL<sup>465</sup>”

En esa línea, el *ius punendi* (esto es, el poder de castigar) como parte inescindible del ejercicio de la soberanía que tiene un Estado sobre sus ciudadanos<sup>466</sup> empieza a agrietarse no sólo tras la imposición de obligaciones internacionales que condicionan el ordenamiento jurídico interno, sino con tribunales penales internacionales capaces de sancionar a sus nacionales imputados de cometer crímenes internacionales, privándoles así, el monopolio de la represión penal.

Este poder, a su vez, se reformula con las obligaciones del DIDH de respetar y garantizar los derechos humanos protegidos por el derecho internacional. Las mismas que tienen como refuerzo la vigilancia de tribunales internacionales, como es el caso de la Corte IDH, cuyos fallos son de

---

<sup>462</sup> BURNEO, José. Óp. Cit. P.204

<sup>463</sup> GUTIERREZ, Hortensia. La relación entre el derecho internacional humanitario y los tribunales penales internacionales. En: *International Review of the Red Cross*. Marzo de 2006, N. 861 de la versión original. P.6

<sup>464</sup> CASSESE, Antonio. Op.Cit. P.19

<sup>465</sup> *Ibidem*. [Traducción Libre: “El derecho internacional de los derechos humanos, que consiste esencialmente en tratados internacionales y convenios sobre la materia, así como la jurisprudencia de este cuerpo legal, como de la Corte Europea de Derechos Humanos, ha contribuido en el desarrollo del derecho penal en muchos aspectos. Se ha expandido o se ha fortalecido, o creado mayor sensibilidad a los valores protegidos a través de la prohibición de conductas que atentan contra estos valores (dignidad humana, la necesidad de proteger la vida y la integridad, lo mayor posible, etc). Además, el derecho internacional de los derechos humanos ha sentado cuáles son los derechos fundamentales de los sospechosos y de los acusados, de las víctimas y de los testigos; y también ha establecido las garantías básicas del debido proceso. En resumen, esta cada vez más importante área del derecho ha impregnado significativamente todo el derecho penal internacional.”]

<sup>466</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal Parte General*. 8va Edición. Tirant Lo Blanch. P.148.

obligatorio cumplimiento para los Estados Parte de la Convención Americana, como lo es el Perú. Como dice Cassese, en referencia al caso 'Barrios Altos vs. Perú' que declaró sin 'efectos jurídicos' leyes que amnistiaban graves violaciones a DDHH: "una vez más, vemos surgir aquí, como si fuera en filigrana, una nueva visión de la comunidad internacional que exige a los Estados soberanos una elección clara entre olvido legislativo y castigo judicial de atrocidades y vejaciones, y llega a borrar cualquier acción estatal que opte por la primera de las dos posibilidades<sup>467</sup>".

Tanto el DPI y el DIDH combaten la impunidad frente a graves crímenes que afectan los bienes jurídicos más esenciales del individuo y de toda sociedad, en general. Como dice Ambos, "si se parte del hecho de que la impunidad cuestiona la credibilidad de la pena y el efecto preventivo (general o especial) del derecho penal en general, se puede formular así la tesis de que la impunidad posibilita la violación de DDHH, o más bien, la facilita, ya que el autor de la violación de DDHH no será declarado responsable penalmente<sup>468</sup>". Esta premisa recoge la idea de que la pena de sanción de crímenes internacionales bajo el DPI tiene como finalidad prevenir delitos similares en el futuro, lo que puede ser visto desde una perspectiva negativa de efectos disuasivos o positiva, de reivindicativa del ordenamiento jurídico internacional resquebrajado. Esto último será analizado en el tercer capítulo.

Al igual que con el DIDH, las bases del DPI están estrechamente vinculadas con el DIH. Esto es, el conjunto de normas destinadas a humanizar los conflictos armados mediante la limitación de métodos y medios desplegados en ella y la protección de civiles, enfermos o enemigos fuera de combate (quienes no participan de las hostilidades). Es decir, un derecho de 'mínimos' que ha de preservarse en las situaciones más extremas. Fue precisamente Gustav Moynier, fundador del CICR, quien planteó crear una corte penal internacional que sancionara a los individuos que violasen los Convenios de Ginebra de fines del siglo 19 (Derecho de la Haya). La propuesta se repitió sin éxito al finalizar la Primera Guerra Mundial con el Tratado de Versalles.

Pero recién en 1945, la idea se concretó con los TMI de Núremberg y Tokio. Como dice Gutiérrez, la adopción de sus estatutos impulsó sustancialmente la codificación del DIH, ya que "comportó la primera reglamentación convencional que definió una serie de infracciones penales como imputables a los individuos a la par que instituyó una jurisdicción que efectivamente actuó, enunciándose una serie de principios que son universalmente reconocidos"<sup>469</sup>. Los crímenes ahí tipificados, sin embargo, estuvieron inicialmente vinculados a contextos de CAI, aunque, al día de hoy, pueden cometerse en tiempos de paz también.

En las postrimerías del siglo XX, fueron las graves violaciones al DIH perpetradas en el conflicto armado de la ex Yugoslavia las que impulsaron la creación de un tribunal penal internacional ad hoc que juzgara a los responsables de crímenes bajo el derecho internacional, por decisión del

---

<sup>467</sup> CASSESE, Antonio. Soberanía de los Estados. En: Crímenes Internacionales y Jurisdicciones internacionales. P.23

<sup>468</sup> AMBOS, Kai. Op.Cit. P.41.

<sup>469</sup> GUTIERREZ, Hortensia. Op.Cit. P.3

Consejo de Seguridad de la ONU. Meses después, esta situación se repitió con Ruanda. El resultado de estos esfuerzos tendientes a prevenir y eliminar las amenazas a la paz desembocó en 1998 con una CPI autónoma y permanente que conociera, entre otros crímenes, los crímenes de guerra.

La relación, por tanto, entre el DIH, el DIDH y la aparición y consolidación del DPI comparten como finalidad última la protección de bienes jurídicos trascendentales, que no son más que derechos humanos inderogable, que el Estado se encuentra comprometido en salvaguardar, en situaciones donde la estabilidad del mismo Estado está bajo amenaza. Bienes jurídicos cuya puesta en riesgo a través de crímenes internacionales el Estado está obligado a sancionar.

#### 4. Deberes de Penalizar

Hemos identificado hasta aquí, que hay conductas calificadas como crímenes internacionales prohibidas por el DPI, sea a través de tratados, costumbres y principios generales del derecho, cualquiera de los que puede tener carácter de *ius cogens* (ver anexo 1). Según lo analizado, tratados como la Convención de Genocidio de 1948, los Convenios de Ginebra de 1949 para los crímenes de guerra, la Convención contra la Tortura de 1984, o la costumbre recogida en la jurisprudencia de los tribunales penales ad hoc, así como el softlaw y los principios, en el caso de los crímenes de lesa humanidad, prohíben estas conductas merecedoras de sanción a individuos (así como a Estados, bajo una responsabilidad no penal, sino civil).

La prohibición de estas conductas genera la responsabilidad penal del individuo que los comete, aun si el derecho interno de los Estados no lo reconoce (Principio II Núremberg). La pregunta que sigue a esta afirmación, sin embargo, es: ¿qué tribunal y cómo sanciona esta conducta prohibida por el derecho internacional? O, en todo caso, ¿existe por parte del derecho internacional una obligación que impone a los Estados, dada la relevancia y el interés colectivo de reprimirlos, de penalizar estos actos? ¿O, es más bien, una potestad de los Estados hacerlo, bajo la lógica que sigue la jurisdicción universal que habilita a los Estados a perseguir estos hechos, pero no necesariamente los obliga a invocarla?

De cara a la propuesta de reinterpretación del principio de legalidad, es importante definir si hay o no una obligación internacional de investigar, perseguir y sancionar hechos calificados como crímenes internacionales, a pesar de encontrarse el Estado en una situación de incumplimiento de otra obligación internacional derivada de la no implementación de disposiciones normativas recogidas en varias fuentes del derecho internacional (los Convenios de Ginebra, el Estatuto de Roma, la costumbre internacional, etc). El Estado no puede invocar razones de derecho interno - ausencia de leyes penales escritas- para incumplir obligaciones internacionales que pesan sobre sí relacionadas con los deberes de penalización, aduciendo que, de perseguir los hechos, vulneraría el principio de legalidad penal, dado que este último, en lo que respecta a crímenes internacionales, no se reduce a la ley sino al derecho nacional e internacional.

Los “deberes de penalizar”, anota Kai Ambos, abarcan las investigaciones penales, acciones y sentencia, así como la ejecución de la pena y el pago de reparaciones<sup>470</sup>. Añade el autor que esto implica una obligación para el Estado de procurar que se aclaren plenamente los hechos y se satisfaga, así, lo que la Corte IDH ha reconocido como el derecho a la verdad de las víctimas y de la sociedad, que derivan también de la CADH. En palabras del tribunal, “el derecho a la verdad se encuentra subsumido en el derecho de la víctima o sus familiares a obtener de los órganos competentes del Estado el esclarecimiento de los hechos violatorios y las responsabilidades correspondientes, a través de la investigación y el juzgamiento que previenen los artículos ocho y veinticinco de la Convención<sup>471</sup>”.

#### **4.1. Derecho escrito: Tratados.**

Como ya vimos, el DPI se distingue del resto de ramas del derecho internacional desde que se dirige principalmente a los individuos y son a estos a los que se les prohíbe realizar ciertas conductas que la comunidad internacional reprocha bajo amenaza de sanción.

En esta ecuación, sin embargo, los Estados tienen un rol fundamental en garantizar que estas disposiciones se hagan efectivas. Una de las más importantes, el deber de penalizar tales conductas, para lo cual, deberán tomar todas las medidas necesarias para garantizarlo, entre ellos, deberes de implementación (eso es, adecuar su normativa interna a las disposiciones del derecho internacional). El mismo ER opera bajo la lógica de la complementariedad (esto es, que el principal responsable de investigar y perseguir crímenes internacionales recogidos en el tratado sea el Estado Parte en cuyo territorio ocurra, y si este no puede o no quiere, recién ingresa la CPI). ¿Cómo garantizarlo sin una adecuación interna?

Aunque la fuente convencional garantiza mayor seguridad jurídica sobre los alcances materiales, espaciales y temporales de las obligaciones internacionales, salvo que tengan naturaleza de *ius cogens* o estén recogidas en la costumbre internacional, las disposiciones solo vinculan a los Estados Parte (principio de ‘*pacta sunt servanda*’) desde que entran en vigor. Su aplicación, por tanto, es restringida. Pero estando los Estados vinculados, no podrán invocar razones de derecho interno para incumplir estas obligaciones<sup>472</sup>. Los deberes de penalización pueden estar recogidos tanto en el derecho escrito, esto es, tratados generales de derechos humanos, o tratados específicos que prohíben y sancionan crímenes internacionales que vinculan a los Estados Parte; pero también podrían estar recogidos en fuentes no escritas como la costumbre o los principios generales.

---

<sup>470</sup> AMBOS. Op. Cit. P.221.

<sup>471</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Barrios Altos vs. Perú. 2001. El artículo 8 regula las garantías judiciales de las personas (“1. Toda 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...”) y el artículo 28 hace referencia a la protección judicial (“1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.”)

<sup>472</sup> Artículo 27 Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969.



### Tratados Generales

Dado que el obligado en materia de prevención y sanción de crímenes internacionales es el Estado, los tratados sobre derechos humanos, como la CADH de alcance regional de 1969 o el PIDCP de alcance universal de 1966, son una fuente importante para identificar las obligaciones que tienen los Estados Parte en el respeto, protección y garantía de estos derechos. Hay que recordar que el Estado peruano es Estado Parte desde 1978, en ambos casos.

Si bien no son instrumentos propios del DPI, sí resultan complementarios. Más aun, dada la estrecha relación que tienen estas dos ramas del derecho internacional. Como precisa Barboza, “mientras que en el campo del DIDH se brinda una protección ante la violación por parte de los Estados de estos intereses fundamentales para la comunidad internacional, el DPI asume la protección de los principales derechos humanos cuando la violación a estos últimos se presenta como un crimen internacional, donde el responsable será no el Estado, sino un individuo en particular”<sup>473</sup>. Se trata además de derechos humanos inderogables. Por eso, el artículo 4.2 del PIDCP y el 27.2 de la CADH obligan a los Estados parte a respetar el derecho a la vida, a la integridad física, a la igualdad, a la personalidad jurídica, entre otros, incluso en situaciones excepcionales en donde la “vida de la nación” peligra.

Dicho de ese modo, el DPI protege el núcleo duro de los derechos humanos a través de la prohibición y represión de conductas que las ponen en riesgo. Pero serán los Estados los primeros obligados en garantizar que sean efectivamente prohibidos y sancionados. Más aún, si tienen obligaciones de “respetar y asegurar”<sup>474</sup> los derechos reconocidos en los tratados, vulnerados con la comisión de crímenes internacionales, y de “garantizar un recurso efectivo”<sup>475</sup> a las víctimas para perseguir graves violaciones a derechos humanos. Aunque no toda grave violación a un derecho humano es un crimen internacional, los crímenes internacionales son, en su mayoría, una grave violación a los derechos humanos<sup>476</sup>.

El deber de penalización, por tanto, deriva, en estos casos, de la interpretación de tratados de derechos humanos que exigen a los Estados Parte respetarlos (no violarlos y reconocerlos) y garantizarlos (adoptar las medidas necesarias para permitir que las personas puedan gozar de este derecho<sup>477</sup>). Así, por ejemplo, lo ha entendido la Corte Constitucional de Colombia, que ha desarrollado una extensa jurisprudencia sobre los deberes estatales en relación a procesos judiciales por violación de derechos humanos:

“Los tratados sobre Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario no reconocen específicamente los derechos a la paz, la verdad, la justicia y la reparación, pero si hacen relación

---

<sup>473</sup> BARBOZA, Julio. *International Criminal Law*. En: R.C.A.D.I., 1999, Tomo 278 (Vol.3), p. 24-25.

<sup>474</sup> Véase el artículo 1.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos y el 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

<sup>475</sup> Véase el artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos y el 2.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

<sup>476</sup> REYES, Michelle. Extracto de Tesis. El principio de inmunidad de los Jefes de Estado en actividad frente a la comisión de crímenes internacionales. P.104

<sup>477</sup> FACIO, Alda. Op. Cit. P.69

(i) a que debe existir un recurso efectivo; (ii) al deber de los Estados de garantizar el acceso a la justicia; (iii) al deber de investigar las violaciones a los Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario; y (v) a la obligación de los Estados de cooperar para la prevención y sanción de los delitos internacionales y las graves violaciones a los derechos humanos<sup>478</sup>”.

Este tribunal, asimismo, estableció que ha de existir proporcionalidad entre la gravedad del hecho perpetrado y los derechos de las víctimas violentados: “entre más grave sea un hecho punible, mayor debe ser el compromiso del Estado por investigarlo y sancionar a los responsables, a fin de lograr la vigencia de un orden justo<sup>479</sup>”. Finalmente, otra variable que ha de sumarse para analizar la obligación estatal es el derecho a la verdad<sup>480</sup> de las víctimas y la sociedad que implica un esclarecimiento de las circunstancias en que ocurrieron la violación a los derechos y, en palabras de la Corte IDH, “un medio importante de reparación” que “da lugar a una justa expectativa de las víctimas, que el Estado debe satisfacer<sup>481</sup>”.

Por su parte, la proscripción que el DIDH le impone al Estado para dictar medidas que impidan la persecución y sanción de los responsables de graves violaciones a derechos humanos se condice con los deberes de penalización en tanto responde a una lógica de combatir la impunidad para hechos tan graves. El razonamiento puede bien extenderse, con mayor razón, a la persecución de crímenes internacionales. Por eso, la Corte IDH estableció en el caso ‘Barrios Altos vs. Perú’ un precedente jurisprudencial al prohibir “las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves a los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas<sup>482</sup>”. Similar pronunciamiento realizó en el caso La Cantuta vs. Perú<sup>483</sup>.

Dicho esto, los tratados de protección de derechos humanos de los que el Estado peruano es Parte, como lo es la CADH (o el PIDCP), si bien no indican expresamente que este último tiene un deber de penalización frente a crímenes internacionales perpetrados sobre los que tenga jurisdicción, la Corte IDH ha establecido que las víctimas de estos crímenes tienen un derecho -que el Estado debe garantizar- de exigir la investigación, persecución y sanción de tales hechos, lo que, a su vez, satisface el derecho a la verdad de las víctimas y de la sociedad de saber en qué circunstancias ocurrió la violación de estos derechos (reconocido por la jurisprudencia peruana como un derecho humano autónomo protegido por el artículo 3 de la constitución<sup>484</sup>). Un derecho asegurado que,

---

<sup>478</sup> Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia C-370/06, 6 del 18 de mayo, 2006. Fundamento 4.3.1

<sup>479</sup> Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia C-004/03, 20 enero de 2003.

<sup>480</sup> El Tribunal Constitucional peruano ha reconocido este derecho como un derecho fundamental en el Expediente 2488-2002-HC/TC. Sentencia del 18 de marzo de 2004.

<sup>481</sup> Sentencia de la Corte Interamericana de DDHH. Caso La Cantuta vs. Perú. Párrafo 222.

<sup>482</sup> Cf. Corte Interamericana de DDHH. Caso Barrios Altos vs. Perú. Sentencia del 14 de marzo de 2001. Serie C, n.o 75. El tribunal consideró que las leyes de amnistía violaban los artículos 8 y 25 y los artículos 1.1 y 2 de la CADH, vigente desde 1980. Como resultado de ello, la Corte IDH estableció “que las leyes de autoamnistía carecían de efectos jurídicos.

<sup>483</sup> Cf. Corte Interamericana de DDHH. Caso La Cantuta vs. Perú. Párrafo 110.

<sup>484</sup> Sala Penal Nacional. Exp. N. 00649 – 2011 -0 – 5001 – JR –PE-03. Lima, 9 de febrero, de 2018 (Inaplicación del derecho de gracia en caso Pativilca).

como tal, prohíbe la aplicación de cualquier tipo de excluyente de responsabilidad penal que pueda interferir para truncar este derecho.

### *Tratados Especiales*

Ahora, en materia específica de crímenes internacionales, respecto a los crímenes de guerra, el artículo 49 de los Convenios de Ginebra de 1949<sup>485</sup> -que constituye a su vez derecho consuetudinario-<sup>486</sup>, es claro en establecer el deber de sancionar penalmente a los responsables de cometer “graves infracciones” al DIH. Si bien esto fue interpretado inicialmente solo para contextos de CAI, dado que ni el artículo 3 común ni el Protocolo Adicional II preveían expresamente un deber de sancionar, en la actualidad se entiende que este deber alcanza también a los CANI que constituyen graves violaciones al artículo 3 común.

Así lo reconoció la CIJ en el caso Nicaragua<sup>487</sup> al precisar que el artículo 1 común a los Convenios de Ginebra sobre la obligación de los Estados Parte de “respetar y hacer respetar” las previsiones del tratado se aplica también para los CANI’s. Dijo, a su vez, que esta obligación no solo se deriva del tratado, sino de los principios generales del DIH<sup>488</sup>. La misma línea siguieron los Tribunales Penales Internacionales para la ex Yugoslavia y para Ruanda, reconociendo el carácter consuetudinario del deber de penalización<sup>489</sup>.

Como indica Theodor Meron -ex presidente del TPIY-, citado por Ambos, “no hay justificación moral, ni una razón legal persuasivamente confiable, para tratar en forma más indulgente a quienes cometen atrocidades en los conflictos internos que aquellos que se encuentran comprometidos en las guerras internacionales<sup>490</sup>”. Sobre este punto, Ambos precisa que separar CAI y CANI para el deber de penalización no se justifica y agrega que este deber alcanza además a los hechos que “representan crímenes contra la humanidad<sup>491</sup>”.

En relación al crimen de genocidio, la Convención para la Prevención y Castigo del genocidio de 1948 definió el delito como una serie de actos “perpetrados con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso” y precisó el deber de castigar a los responsables, incluido los oficiales (artículo IV), el deber de adoptar medidas legislativas para asegurar sanciones penales efectivas para los responsables (Artículo V), así como que un tribunal competente para juzgarlos, sea este nacional o internacional (Artículo VI).

---

<sup>485</sup> “Artículo 49. Las Altas Partes Contratantes se comprometen a tomar todas las oportunas medidas legislativas para determinar las adecuadas sanciones penales que se han de aplicar a las personas que hayan cometido, o dado orden de cometer, una cualquiera de las infracciones graves contra el presente Convenio definidas en el artículo siguiente...”

<sup>486</sup> CIJ. Opinión Consultiva sobre la legalidad de la amenaza o uso de las armas nucleares.

<sup>487</sup> ICJ Reports, 1986. Párrafo 255 y 219.

<sup>488</sup> CIJ Reports. Parr.220: “The Court considers that there is an obligation on the United States Government, in the terms of Article 1 of the Geneva Conventions, to “respect” the Conventions and even “to ensure respect” for them “in all circumstances”, since such an obligation does not derive only from the Conventions themselves, but from the general principles of humanitarian law to which the Conventions merely give specific expression.”

<sup>489</sup> AMBOS, Kai. Op.Cit. P.250

<sup>490</sup> AMBOS, Kai. Loc.Cit.

<sup>491</sup> AMBOS, Kai. Op.Cit. P.251.

Por su parte, la Convención en contra de la Tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes de diciembre de 1984, reconoce la jurisdicción universal (artículo 5) para estos casos, obliga a los Estados Parte a investigar los hechos y a poner bajo custodia a los sospechosos (artículo 6), a extraditar o juzgar (artículo 7), a garantizar una investigación pronta e imparcial de las autoridades competentes (Artículo 12) y a asegurar el derecho de las víctimas al reclamo y a un examen imparcial (Artículo 13).

Asimismo, sobre el acto de tortura prohibido en el artículo 7 del PIDCP, el Comité de Derechos Humanos que supervisa la aplicación del tratado ha interpretado que de esta disposición deriva el deber de los Estados Parte de investigar, sancionar a los responsables e indemnizar a las víctimas, respectivamente<sup>492</sup>. Y en relación al delito de ejecuciones extrajudiciales, igualmente, se interpreta que la contracara de la protección al derecho a la vida y la prohibición de privación arbitraria (Artículo 6 del PIDCP y artículo 4 de la CADH), implica la obligación de prevenir y sancionar a los responsables<sup>493</sup>. Respecto al delito de desaparición forzada, la Convención interamericana (artículo 1<sup>494</sup>) obliga a los Estados Parte a perseguir y sancionarlo, y la Convención de las Naciones Unidas sobre este tema de 2006, igualmente (artículo 6<sup>495</sup>).

En relación al ER de 1998 (vigente desde 2002), cabe precisar que este obliga a los Estados Parte a perseguir los cuatro crímenes internacionales ahí recogidos -crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad, genocidio y agresión- que fueren cometidos por sus nacionales. El principio de complementariedad dispone que los Estados son los principales obligados en investigar, perseguir y sancionar estos crímenes, y solo cuando este no pueda o no quiera, recién ingresará la CPI. En otras palabras, el objetivo último del ER no es que la CPI juzgue todos los crímenes internacionales, sino que sea una fuente de normas y estándares legales para que sean los Estados los que investiguen y enjuicien efectivamente los crímenes más graves del derecho internacional.<sup>496</sup>

Siendo así, es posible afirmar que los Estados Parte de los respectivos tratados sobre crímenes internacionales, o los referidos a la protección de derechos humanos, están obligados internacionalmente a garantizar la penalización de los crímenes de guerra, genocidio, crímenes de lesa humanidad, tortura, ejecuciones extrajudiciales y desaparición forzada. Esto se deriva,

---

<sup>492</sup> Comité de Derechos Humanos de la ONU. Comentario General N. 20.

<sup>493</sup> Comité de Derechos Humanos de la ONU. Comentario General, 36 (art.6), párr 19, Doc-ONU CCPR/C/GC/36. "The duty to protect by law the right to life also requires States parties to organize all State organs and governance structures through which public authority is exercised in a manner consistent with the need to respect and ensure the right to life, [52] including establishing by law adequate institutions and procedures for preventing deprivation of life, investigating and prosecuting potential cases of unlawful deprivation of life, meting out punishment and providing full reparation."

<sup>494</sup> Véase el artículo 1. Los Estados Parte se comprometen a: "a) No practicar, no permitir, ni tolerar la desaparición forzada de personas, ni aun en estado de emergencia, excepción o suspensión de garantías individuales; b) Sancionar en el ámbito de su jurisdicción a los autores, cómplices y encubridores del delito de desaparición forzada de personas, así como la tentativa de comisión del mismo; c) Cooperar entre sí para contribuir a prevenir, sancionar y erradicar la desaparición forzada de personas; y d) Tomar las medidas de carácter legislativo, administrativo, judicial o de cualquier otra índole necesarias para cumplir con los compromisos asumidos en la presente Convención."

<sup>495</sup> Véase el artículo 6. 1: Los Estados Partes tomarán las medidas necesarias para considerar penalmente responsable por lo menos: a) A toda persona que cometa, ordene, o induzca a la comisión de una desaparición forzada, intente cometerla, sea cómplice o participe en la misma (...).

<sup>496</sup> WERLE, Gerhard. Principles of International Criminal Law. Oxford. P.73

además, de una interpretación de los instrumentos vinculantes de derechos humanos: DUDH, PIDCP y CADH.

En el caso concreto del Estado peruano, este es parte de los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 (desde 1956), el Protocolo Adicional I de 1979 (desde 1990), la Convención para la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad de 1968 (desde 2003), el Estatuto de Roma de 1998, la Convención para la Prevención y sanción del genocidio de 1948 (desde 1951), la Convención de 1984 de la ONU contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (desde 1988), la convención de 1985 de la OEA para prevenir y sancionar la tortura (desde 1991), la Convención de 1994 de la OEA sobre desaparición forzada de las personas (desde 2002), la Convención de 2006 de la ONU para la protección sobre desaparición forzada de personas (desde 2012).

#### **4.2. Derecho no escrito: Costumbre y Principios Generales del Derecho.**

Identificar que existe una obligación consuetudinaria internacional que impone a los Estados perseguir y sancionar a los responsables de crímenes internacionales es una tarea compleja. Para Cassese, no existe un deber general que vincule a todos los Estados a ejercer su jurisdicción para perseguir estos crímenes. En sus palabras, “*State practice shows that there are no international customary rules endowed with a general scope (that is, concerning all international crimes) that oblige States to exercise jurisdiction on any of the grounds considered so far. Nor are there international rules imposing on States the obligation to act upon a specific ground of jurisdiction, when they decide to bring to justice alleged perpetrators of international crimes. The choice of such grounds is left to each State*<sup>497</sup>”.

El profesor italiano reconoce, sin embargo, que es posible argumentar que haya surgido una regla consuetudinaria o que esta esté por desarrollarse en aquellos puntos donde los tratados sí generan una obligación convencional<sup>498</sup>. Es decir, estos tendrían un efecto cristalizador de la costumbre. En opinión del autor, a pesar de que no podríamos hablar de una obligación consuetudinaria genérica de los crímenes internacionales, el concepto de jurisdicción universal sí le reconoce una potestad a los Estados de ejercer su jurisdicción para combatir la impunidad frente a crímenes de esta naturaleza.

Si hablamos de crímenes internacionales en concreto, la costumbre y los principios sí han brindado insumos sobre deberes de penalización. Primero, sobre los crímenes de guerra, la regla 158 y 161 de la lista de normas consuetudinarias publicada por el CICR reconoce que es deber de todos los Estados investigar los crímenes de guerra presuntamente cometidos por sus ciudadanos

---

<sup>497</sup> CASSESE, Antonio. Op.Cit. P.301. [Traducción Libre: “La práctica de los Estados demuestra que no hay reglas internacionales consuetudinarias dotadas de un alcance general (es decir, con respecto a todos los crímenes internacionales) que obligan a los Estados a ejercer jurisdicción sobre cualquiera de los motivos considerados hasta ahora. Tampoco existen normas internacionales que impongan a los Estados la obligación de actuar en un ámbito específico de jurisdicción, cuando deciden llevar ante la justicia a los presuntos autores de crímenes internacionales. La elección de tales motivos se deja a cada Estado.”]

<sup>498</sup> Idem. P. 302

o fuerzas armadas y encauzar a los imputados, si procede, así como cooperar entre ellos (o con la CPI) para facilitar la investigación y enjuiciamiento de los imputados. Asimismo, la CIJ en su fallo sobre Actividades Paramilitares en Nicaragua dijo que el artículo 1 de estos Convenios obligaba a los Estados a “respetar y hacer respetar” sus disposiciones, dentro de lo cual, está incluida la represión penal<sup>499</sup>.

Sobre el crimen de genocidio, bien reconoce Cassese que las disposiciones del Convenio de 1948 son hoy costumbre y las obligaciones de sancionarlo, erga omnes<sup>500</sup>, como lo estableció la CIJ en su Opinión Consultiva sobre la Reserva de la Convención sobre el Genocidio. Sobre el delito de tortura, la resolución 3452 de la AGNU de diciembre de 1975 sobre la Protección de Todas las Personas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes<sup>501</sup>, la jurisprudencia del TPIY del caso Furundzija, los tratados sobre DDHH antes señalados, evidencian una regla consuetudinaria que no sólo prohíbe este delito, sino que autoriza a los Estados a perseguirlo<sup>502</sup>. Y en relación a los crímenes de lesa humanidad, Cassese reconoce que “*it cannot be denied that at least with regard to the most odious international crimes such as genocide and crimes against humanity, there exists a general obligation of international co-operation for the prevention and punishment*”<sup>503</sup>.

Por otro lado, sobre las graves violaciones a derechos humanos, léase, ejecuciones extrajudiciales o desaparición forzada, aunque diversos fallos de la Corte IDH revelan que los deberes de penalización derivan de las disposiciones de los tratados sobre derechos humanos, en materia de obligaciones consuetudinarias, Ambos considera que no hay una práctica estatal que respalde la penalización. En su opinión, a pesar de que existe abundante material de ‘soft law’ (estándares y lineamientos internacionales que carecen de fuerza vinculante, pero que están camino a ser derecho) que apoya la tesis de una ‘opinio iuris’, a falta de una práctica constante de los Estados, dada la impunidad generalizada en la región latinoamericana, no se puede concluir que exista una costumbre<sup>504</sup>.

Esto no impide, sin embargo, que pueda sostenerse que existen principios generales del derecho que sustenten tales deberes. Así, sostiene Ambos que “esa opinio iuris ha alcanzado una dimensión cuantitativa y cualitativa que -sin el peligro de convertirse en *missionary writing*- parece justificar, partiendo del establecimiento de un principio general del derecho, el

---

<sup>499</sup> CASSESE, Antonio. Loc.Cit.

<sup>500</sup> CASSESE, Antonio. Op.Cit. P.98

<sup>501</sup> Entre sus disposiciones, el artículo 3 establece: “Ningún Estado permitirá o tolerará tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. No podrán invocarse circunstancias excepcionales tales como estado de guerra o amenaza de guerra, inestabilidad política interna o cualquier otra emergencia pública como justificación de la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”, el artículo 4, “Todo Estado tomará, de conformidad con las disposiciones de la presente Declaración, medidas efectivas para impedir que se practiquen dentro de su jurisdicción torturas u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes” y el artículo 7, “Todo Estado asegurará que todos los actos de tortura definidos en el artículo 1 constituyen delitos conforme a la legislación penal.”

<sup>502</sup> CASSESE. Op.Cit.P.119.

<sup>503</sup> CASSESE. Ob.Cit. P.91 [Traducción libre: “No se puede negar que al menos con respecto a los crímenes internacionales más odiosos, como el genocidio y los crímenes de lesa humanidad, existe una obligación general de cooperación internacional para la prevención y el castigo.”]

<sup>504</sup> AMBOS, Kai. Op.Cit. P.489

sometimiento de las violaciones a los derechos a la vida (ejecuciones extrajudiciales y desapariciones forzadas) y a la integridad corporal (torturas) a un deber de penalización. Este principio jurídico no pierde su fuerza vinculante a pesar de la existencia de una extensa práctica estatal contraria<sup>505</sup>. Más aún, si existe una fuente convencional que así lo respalda.

Por su parte, las obligaciones de investigar y sancionar a los responsables en crímenes como la desaparición forzada han merecido el pronunciamiento de la Corte IDH al reconocer que estas tienen una naturaleza de *ius cogens* en el caso ‘Goiburú vs. Paraguay’; “ante la particular gravedad de estos delitos y la naturaleza de los derechos lesionados, la prohibición de la Desaparición Forzada de Personas y el correlativo deber de investigarla y sancionar a sus responsables han alcanzado carácter de *ius cogens*<sup>506</sup>”. Pronunciamiento similar ha tenido en el caso de los crímenes de lesa humanidad: “la prohibición de cometer crímenes de lesa humanidad es una norma de *ius cogens*, y la penalización de estos crímenes es obligatoria conforme al Derecho internacional general<sup>507</sup>”.

## 5. Represión de Crímenes Internacionales

Habiendo analizado las fuentes que obligan a Estados -incluido el Perú- a investigar, perseguir y sancionar penalmente crímenes internacionales, cabe preguntarse cómo ha de proceder la aplicación de estas disposiciones una vez perpetrado el delito. La tarea se vuelve más compleja cuando el Estado alega no tener las capacidades de lograrlo a falta de una legislación penal escrita interna que se lo permita. Ello, dada la ausencia implementación de tipos penales recogidos en fuentes del DPI y aplicados a nivel nacional. Invocarlo sería contrario al artículo 27 de la CVDT. Como dice el TC, “es un principio general del derecho internacional el que un Estado no puede invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación para el incumplimiento de un tratado o de normas imperativas de Derecho Internacional<sup>508</sup>”.

Desde Núremberg, la comisión de un crimen internacional genera responsabilidad penal individual por encima del derecho interno. Pero solo un tribunal con la potestad de administrar justicia puede llevar a cabo los deberes de penalización; por tanto, asegurar la sanción efectiva - si corresponde- de estos delitos. Con la aparición de tribunales penales internacionales, los tribunales nacionales dejaron de tener el monopolio de la sanción penal. Pero antes de los primeros, la obligación primigenia de cumplir con los deberes de penalización es de los segundos que han de servirse del derecho penal interno para hacer efectiva la prohibición y sanción de comportamientos que ponen en riesgo los valores más importantes que protege la comunidad internacional. El principio de legalidad penal, sin embargo, ha operado en este escenario como un obstáculo para perseguir estos hechos, en función de la calificación jurídico internacional, dadas las razones desarrolladas en el primer capítulo, como así lo evidencian algunos casos.

---

<sup>505</sup> AMBOS, Kai. Op.Cit. P. 272

<sup>506</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Goiburú y otros vs. Paraguay. Sentencia sobre Fondo, Reparaciones y Costas, del 22 de septiembre de 2006. Serie C. N.º 153; párrafo 84.

<sup>507</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Almonacid Arellano vs. Chile; párrafo 99.

<sup>508</sup> Tribunal Constitucional. Exp. N.º 2798-04-HC/TC

¿Cómo podrían, entonces, los crímenes internacionales ser reprimidos? La doctrina ha identificado tres modos: 1) en virtud de la jurisdicción nacional, en cuyo caso, los tribunales nacionales resuelven en base a una aplicación territorial o extraterritorial de la ley penal para perseguir los hechos cometidos en su territorio o fuera del mismo, siempre que exista algún elemento de conexión, 2) en base a la jurisdicción universal, donde nuevamente los tribunales nacionales tienen la potestad internacional de sancionar crímenes internacionales aun si no los vincula un elemento de conexión (léase, lugar, victimario o víctima), y 3) a través de tribunales penales internacionales que tienen la potestad de administrar justicia en base a normas jurídicas internacionales que los crean y rigen. Veamos cada uno de estos, en función de si el tribunal es nacional o internacional.

### 5.1 Tribunales penales nacionales

La jurisdicción es la potestad que tienen los jueces nacionales de administrar justicia en base a su ordenamiento jurídico. En palabras de Rubio, consiste “en decir Derecho; es decir, qué dice en concreto el Derecho en los casos sometidos a su resolución<sup>509</sup>”. Tratándose de crímenes internacionales, estos pueden ser perseguidos y sancionados sea si ocurrieron en el territorio nacional o extranjero. En ambos casos, son tribunales nacionales los que cumplen esta función. Normalmente, los tratados sobre crímenes internacionales imponen a los Estados el deber de adoptar las medidas necesarias para garantizar su persecución y castigo y es el Estado en cuyo territorio se cometió el delito quien tiene la competencia primaria de cumplir con ello<sup>510</sup>.

Así, según reconoce Cassese, los Estados suelen traer a los presuntos responsables de crímenes internacionales ante sus tribunales sobre la base de tres supuestos: 1) principio de territorialidad (si la ofensa se llevó a cabo en el territorio del Estado), 2) nacionalidad pasiva (cuando la víctima es nacional del Estado que persigue) y 3) nacionalidad activa (cuando el presunto responsable es nacional del Estado que persigue).<sup>511</sup>

El primer criterio es la regla: la territorialidad. Si no hay un vínculo territorial, operan los dos últimos supuestos, es decir, cuando el crimen ocurre fuera del territorio: principio de extraterritorialidad (que abarca también otros supuestos dependiendo de la legislación de cada Estado). Finalmente, otro supuesto es el de la jurisdicción universal que invocan los tribunales nacionales de un Estado para juzgar a los presuntos criminales (en algunos casos, sujeto a que el individuo se encuentre en el territorio) cuando no hay ningún vínculo de conexión. Estos tres supuestos -territorialidad, extraterritorialidad y jurisdicción universal- serán analizados a continuación.

---

<sup>509</sup> RUBIO, Marcial. El Sistema Jurídico. Introducción al Derecho. Décima edición aumentada. Fondo Editorial. P. 51

<sup>510</sup> BARBOZA, Julio. Op. Cit. P.594.

<sup>511</sup> CASSESE, Antonio. Op. Cit. P.277



### 5.1.1 Principio de territorialidad

Todo delito -comportamiento merecedor de sanción penal que pone en riesgo bienes jurídicos- que se cometa en el territorio de un Estado es justiciable por ese Estado aplicándosele su ley penal. Esto se conoce como el principio de territorialidad, reconocido por el derecho nacional (artículo 1 CP<sup>512</sup>) e internacional. La nacionalidad del presunto autor es irrelevante. Es decir, un extranjero que comete un delito en Perú puede ser perseguido por el Estado que ejerce jurisdicción en ese territorio y sancionado, incluso si el hecho no es delito en el país del que es nacional.

La razón es ideológica y política: la necesidad de reafirmar la soberanía territorial que se consolida en la teoría del Estado moderno<sup>513</sup>. Por 'territorio' ha de entenderse todo espacio en donde el Estado ejerce su soberanía, sea este terrestre, marítimo y aéreo. Y, según el artículo 5 del CP, el lugar donde se comete un delito es aquél en el cual el autor o partícipe actuó u omitió actuar, así como en el que se produjeron sus efectos.

El principio de territorialidad fue reconocido por la Corte Permanente Internacional de Justicia (el antecedente de la CIJ) en 1927 en el caso Lotus<sup>514</sup>. Un siglo antes, el marqués de Beccaria ya lo reconocía: “El lugar de la pena es el lugar del delito, porque allí solo se ven precisados los hombres a ofender un particular para evitar la ofensa pública. Un malvado, pero que no ha roto los pactos de una sociedad de que no era miembro, puede ser temido, y por tanto desterrado y excluido, en virtud de la fuerza superior de la sociedad; pero no castigado con la formalidad de las leyes, que son vengadoras de los pactos, no de la malicia intrínseca de las acciones<sup>515</sup>”.

Las ventajas de perseguir los crímenes en base a este principio son varias. Según Cassese, hay una mayor facilidad para encontrar evidencia del delito, mejor protección de los derechos del acusado (se esperaría que conozca las leyes que le dirigen, por cuanto el idioma no sería una barrera), el efecto que genera procesar y juzgar el presunto infractor (particularmente tratándose de crímenes internacionales), genera un alivio y una esperanza en las víctimas y sus familiares, la sociedad en general, es advertida, los operadores del derecho se sientan más presionados porque existe un escrutinio público de los miembros de su propia comunidad<sup>516</sup>, y finalmente, el Estado reafirma su autoridad en promover un efecto preventivo general sobre los ciudadanos. La principal desventaja es que, tratándose de crímenes internacionales, estos suelen ser perpetrados

---

<sup>512</sup> Código Penal del Perú de 1991: Artículo 1º.- La Ley Penal peruana se aplica a todo el que comete un hecho punible en el territorio de la República, salvo las excepciones contenidas en el Derecho Internacional. También se aplica a los hechos punibles cometidos en: 1. Las naves o aeronaves nacionales públicas, en donde se encuentren; y, 2. Las naves o aeronaves nacionales privadas, que se encuentren en alta mar o en espacio aéreo donde ningún Estado ejerza soberanía.

<sup>513</sup> CASSESE, Antonio. Op.Cit. P.278.

<sup>514</sup> CPIJ. The case of the S.S. Lotus. En Collection of Judgements (Series A, 10), 7 de setiembre de 1927. El caso analiza un juicio penal en Turquía realizado contra un capitán francés al borde del barco Lotus que causó negligentemente una maniobra naval, causando la muerte de un marinero turco. Señala lo siguiente: “[50] Though it is true that in all systems of law the principle of the territorial character of criminal law is fundamental, it is equally true that all or nearly all these systems of law extend their action to offences committed outside the territory of the State which adopts them, and they do so in ways which vary from State to State. The territoriality of criminal law, therefore, is not an absolute principle of international law and by no means coincides with territorial sovereignty.”

<sup>515</sup> BECCARIA, Cesare. De los Delitos y las Penas. P.64.

<sup>516</sup> CASSESE, Antonio. Op.Cit. P.279.

por el Estado o por aquiescencia o complicidad del mismo; por tanto, las investigaciones suelen ser obstruidas y se invocan, a su vez, inmunidades.

Entre los tratados que reconocen expresamente la jurisdicción de los Estados nacionales para perseguir estos crímenes internacionales, está la Convención contra el Genocidio de 1948. Según el artículo 6, los acusados de cometerlo deben ser llevados a juicio frente a los tribunales competentes del Estado donde se cometió el hecho (o derivarlo a un tribunal penal internacional). Esta regla solo se ha aplicado en el caso de Ruanda donde simultáneamente tribunales nacionales, junto con el TPIR persiguieron crímenes de genocidio en 1994<sup>517</sup>.

### **5.1.2 Principio de extraterritorialidad**

El principio de extraterritorialidad de la ley penal también fue reconocido por la CPIJ en el caso Lotus<sup>518</sup> y constituye la aplicación de la ley penal al delito que se comete en territorio extranjero. El artículo 2 del CP, por su parte, habilita también aplicar la ley fuera del territorio en ciertos supuestos.

Estos, en principio, aluden a puntos de conexión entre el Estado peruano y el hecho delictivo. Sea porque se trata de casos específicos como que el agente sea un funcionario peruano o la comisión del delito atente contra la seguridad o tranquilidad pública, o, el agente (personalidad activa) o víctima (personalidad pasiva) tiene nacionalidad peruana y el delito es susceptible de extradición. Además de estos, prevé también el supuesto de la jurisdicción universal, pero eso será analizado en el siguiente acápite. Importa precisar que la extraterritorialidad opera de manera supletoria: cuando el país donde se cometen los hechos no quiere o no puede juzgarlos<sup>519</sup>.

En opinión de Cassese, para este tipo de crímenes, carece de sentido invocar la aplicación extraterritorial por la nacionalidad de la víctima. Esto sucede así, por ejemplo, para los crímenes de lesa humanidad donde la víctima del delito es, en realidad, la humanidad. Es decir, se lesiona al individuo per se, al margen de su nacionalidad. Mantener este elemento de conexión, por tanto, para estos supuestos sería incongruente.

### **5.1.3 Jurisdicción Universal**

La jurisdicción universal es la potestad (y algunos autores sostienen que es la obligación<sup>520</sup>) que otorga el derecho internacional a la justicia nacional de un Estado para investigar, procesar y sancionar crímenes internacionales en base a normas jurídicas internacionales, sean estas convencionales, consuetudinarias, principios generales del derecho o tengan naturaleza de ius

---

<sup>517</sup> CASSESE, Antonio. Loc.Cit.

<sup>518</sup> CPIJ, Caso Lotus (1927). Loc.Cit.

<sup>519</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco. Op.Cit. P.154.

<sup>520</sup> Princeton Principles on Universal Jurisdiction. Foreword by Mary Robinson. “The principle of universal jurisdiction is based on the notion that certain crimes are so harmful to international interests that states are entitled—and even obliged—to bring proceedings against the perpetrator, regardless of the location of the crime or the nationality of the perpetrator or the victim.”.

cogens. Se distingue de la jurisdicción internacional en que esta última la ejercen los tribunales internacionales, mientras que, en la jurisdicción universal, el juez nacional actúa en nombre de la comunidad internacional en su conjunto para preservar el orden público internacional<sup>521</sup>.

La justificación de esta potestad la planteó el jurista Hugo Grocio en el siglo XVII, en su libro 'De iure belli, ac paci', citado por Delmas Marty y Cassese, a partir de una perspectiva iusnaturalista:

“Desde el establecimiento de las sociedades civiles se ha convenido, en verdad, que cada Estado o quienes lo gobiernan son los únicos dueños de castigar o no castigar, según lo juzguen adecuado, las faltas de sus súbditos que afecten propiamente el cuerpo del cual son miembros. Pero no se les ha concedido un derecho tan absoluto y específico con respecto a los crímenes que, en cierto modo, afectan a la sociedad humana. Pues, en lo concerniente a ellos, los otros Estados, o sus jefes, tienen derecho a procurar su castigo, así como las leyes de un Estado en particular dan a cada uno la posibilidad de accionar ante la justicia para la persecución de ciertos crímenes<sup>522</sup>”.

En esa línea, un tribunal puede invocarlo para perseguir crímenes internacionales cuando excepcionalmente 1) la víctima sea extranjera, 2) el victimario sea extranjero, 3) el hecho ocurre en territorio extranjero y 4) el Estado no pueda alegar interés real. En estos casos, en principio, no hay ningún punto de conexión que permita al Estado enjuiciar al presunto responsable y aplicar su ley de manera extraterritorial. Como recoge Cassese, “the crimes over which such jurisdiction may be exercised are of such a gravity and magnitude that they warrant their universal protection and repression, as the Supreme Court of Israel eloquently held in Eichmann<sup>523</sup> as long ago as 1962<sup>524</sup>”.

El artículo 2 del CP, sin embargo, reconoce la prerrogativa de invocar la jurisdicción universal “conforme a tratados internacionales”. El Perú es Parte de los siguientes: los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y su Protocolo I y II<sup>525</sup> que sancionan los crímenes de guerra, la Convención para la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad de 1968<sup>526</sup>, la Convención para la Prevención y sanción del genocidio de 1948<sup>527</sup>, la Convención de 1984 de la ONU contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes<sup>528</sup>, la convención

---

<sup>521</sup> BURNEO, José. Óp. Cit P.49

<sup>522</sup> CASSESE, Antonio y DELMAS-MARTY, Mireille. Crímenes Internacionales y jurisdicciones internacionales. Colombia. Editorial: Norma, 2004. P.27

<sup>523</sup> Princeton Principles on Universal Jurisdiction. P.41. Un sector de la academia todavía discute sobre si este es un caso de jurisdicción universal o si se trata, más bien, de una persecución penal en base al criterio de la nacionalidad pasiva y a un principio recogido en una ley israelí aprobada por los Knesset en 1950.

<sup>524</sup> CASSESE, Antonio. International Criminal Law. P.285 [Traducción Libre: “Los crímenes sobre los cuales se puede ejercer dicha jurisdicción son de tal gravedad y magnitud que justifican su protección y represión universales, como lo hizo la Corte Suprema de Israel con elocuencia en el caso Eichmann desde 1962”].

<sup>525</sup> El Perú es Estado Parte de los 4 CGs desde 1955 y de sus protocolos adicionales desde 1977. Resolución Legislativa N. 12412 de 31 de octubre de 1955. / Resolución Legislativa N. N. 25029 de 23 de mayo de 1989.

<sup>526</sup> Aprobada por el Congreso de la República mediante Resolución Legislativa N° 27998 de fecha 2 de junio de 2003. Ratificada por Decreto Supremo N° 082-2003-RE. Instrumento de adhesión depositado el 11 de agosto de 2003. Fecha de ratificación el 1 de julio de 2003. Fecha de entrada en vigencia para el Perú 9 de noviembre de 2003.

<sup>527</sup> Entrada en vigor: 12 de enero de 1951, de conformidad con el artículo XIII

<sup>528</sup> Aprobado por Resolución Legislativa N° 24815 del 12 de mayo de 1988. Instrumento de Ratificación del 14 de junio de 1988, depositado el 7 de julio de 1988.

de 1985<sup>529</sup> de la OEA para prevenir y sancionar la tortura, la Convención de 1994<sup>530</sup> de la OEA sobre desaparición forzada de las personas, la Convención de 2006<sup>531</sup> de la ONU para la protección sobre desaparición forzada de personas, entre otros.

A pesar de que el CP limita el ejercicio de la jurisdicción universal en virtud de una fuente convencional, tal como advierte el profesor Burneo, el numeral 5 del artículo 2 del CP no la prohíbe si esta deriva de una norma consuetudinaria o *ius cogens*<sup>532</sup>. Esto sucede, por ejemplo, con delitos como el genocidio. Así determinó la CIJ en el caso Bosnia y Herzegovina c. Yugoslavia en 1996 cuando afirmó que los derechos y obligaciones establecidos en la Convención de la ONU de 1948 sobre Genocidio son “*erga omnes*”, y añadió que la obligación “de cada Estado de prevenir y sancionar el crimen de genocidio no está limitado a la competencia territorial”. Es decir, son normas que todo Estado está obligado a cumplir, sea parte o no de un tratado que así lo prohíba.

En 2001, un grupo de reconocidos juristas anglosajones reunidos en la Universidad de Princeton publicó un informe titulado: ‘The Princeton Principles on the Universal Jurisdiction’ con el fin de aclarar los lineamientos que deben guiar esta institución. Entre los fundamentos (principle 1), se estableció que la jurisdicción universal se basaba exclusivamente en la naturaleza del crimen (al margen de los puntos de conexión tradicionales). En específico, de “*serious crimes under international law*”, entre ellos: 1) piratería, 2) esclavitud, 3) crímenes de guerra, 4) crímenes de contra la paz, 5) crímenes de lesa humanidad, 6) genocidio y 7) tortura. De estos, los últimos tres fueron incluidos en la lista sin objeción alguna. Mary Robinson, ex comisionada de los Derechos Humanos para las Naciones Unidas, por eso, sostiene que los crímenes internacionales sujetos a la jurisdicción universal, sin duda alguna, son el genocidio<sup>533</sup>, los crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y la tortura.

Por tanto, los crímenes internacionales ocurridos en cualquier parte del mundo habilitan a cualquier Estado a perseguirlos bajo su jurisdicción, lo que incide en la necesidad social de sancionar estas conductas en función del desvalor que representan para la comunidad internacional.

#### **5.1.4 Perú.**

Tras la creación de la CPI a través del ER de 1998, es de común acuerdo afirmar que este tratado no sólo se limita a desarrollar cómo opera el tribunal y el ámbito de su jurisdicción<sup>534</sup>. Busca también reforzar las competencias de los Estados Parte para investigar, perseguir y sancionar a los posibles responsables de cometer los ‘más graves’ crímenes internacionales ahí recogidos.

<sup>529</sup> Ratificado por el Estado peruano el 28 de marzo de 91.

<sup>530</sup> Ratificado por el Estado peruano el 13 de febrero, 2002.

<sup>531</sup> Ratificado por el Estado peruano el 26 Setiembre, 2012.

<sup>532</sup> BURNEO, José. Op.Cit. P.62

<sup>533</sup> La norma 157 de las reglas consuetudinarias del CICR precisa lo siguiente: “Los Estados tienen derecho a conferir a sus tribunales nacionales jurisdicción universal en materia de crímenes de guerra”. Aplicable para CAI / CANI.

<sup>534</sup> FLETCHER, George. Op. Cit. p.107.

Esto es lo que supone el principio de complementariedad (de la justicia penal internacional): la responsabilidad principal de sancionar penalmente a los responsables es del Estado y solo en caso este no quiera o no pueda hacerlo, la fiscalía de la CPI intervendrá.

El preámbulo del ER recuerda que “es deber de todo Estado ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales” (párrafo 6). Pero no regula expresamente cómo ha de operar la jurisdicción nacional para estos crímenes. A falta de ella, puede regularse bajo el derecho internacional público, sea en función de la jurisdicción universal o de la jurisdicción territorial o extraterritorial de sus leyes. La obligación de perseguir y sancionar estos crímenes, sin embargo, no nace con el ER, sino que, como se dijo en líneas anteriores, aparece en fuentes preexistentes: convencionales, consuetudinarias, principios generales (cualquiera de las que puede ser *ius cogens*).

Teniendo el Estado peruano estas obligaciones internacionales, en los hechos, la falta de adecuación legislativa interna de los crímenes internacionales le ha impedido cumplirlas conforme a los tipos penales recogidos en el DPI. Esto, dada la no implementación o su implementación deficiente (no acorde a los estándares normativos del derecho internacional) o tardía (incorporado después de ocurridos los hechos). Lo que está relacionado con la forma en que se hace efectivo el derecho internacional en los ordenamientos jurídicos internos (por tanto, efectiva la sanción penal).

Reconoce Salmón que el cumplimiento de las normas internacionales requiere la puesta en práctica de medidas nacionales de distinta naturaleza destinadas a que las normas internacionales tengan plena vigencia en el derecho interno<sup>535</sup>. Como resultado, agrega, por ejemplo, los tratados de derechos humanos han consagrado expresamente la obligación positiva de “respetar y garantizar”, que busca la derogación, adopción o no adopción de normas nacionales contrarias a las obligaciones internacionales. En la misma línea, Relva, sobre el ER indica que “a fin de cumplir con esta obligación (de complementariedad), los Estados parte deberán adoptar la legislación necesaria<sup>536</sup>”. Dado que el derecho internacional no prescribe una técnica especial para introducir sus normas en el derecho interno, la regla es la libertad de medios; es decir, los Estados deciden cómo cumplir su obligación<sup>537</sup>.

La doctrina publicista ha distinguido dos sistemas para incluir estas normas: dualista y monista. El primero considera que el derecho nacional e internacional son órdenes jurídicos distintos y separados, por tanto, se exige un acto de transformación a través de la voluntad del legislador para que una norma internacional sea obligatoria al interior del Estado. Ejemplo: Canadá. El segundo, parte de que el sistema internacional y los órdenes jurídicos estatales son uno solo, por tanto, para que una norma internacional se integre no necesita un acto expreso de voluntad del Estado<sup>538</sup>. Esta distinción, hoy, sin embargo, no es absoluta y la práctica de los Estados demuestra

---

<sup>535</sup> SALMON, Elizabeth. Op.Cit. P.270.

<sup>536</sup> RELVA, Hugo. The implementation of the Rome Statute in Latin American States. P.338 (traducción no official).

<sup>537</sup> Idem. P. 271

<sup>538</sup> Idem. P. 273

que, en palabras de Salmón, resulta más apropiado imaginar un *continuum* que transita de la baja a la alta receptividad del ordenamiento jurídico nacional respecto del derecho internacional<sup>539</sup>.

El Estado peruano ha acogido el modelo monista. El artículo 55 de la Constitución prescribe que los tratados celebrados por el Estado forman parte del derecho nacional. Y en relación a los tratados de derechos humanos, el Tribunal Constitucional (TC) respalda esta postura: “por pertenecer al ordenamiento jurídico interno, son derecho válido, eficaz y, en consecuencia, inmediatamente aplicable al interior del Estado<sup>540</sup>”. Sumado a la Cuarta disposición transitoria y al artículo 3 de la Constitución, se concluye que este tipo de tratados, además, tiene jerarquía constitucional<sup>541</sup>. El TC ha admitido, por su parte, que el derecho internacional de los derechos humanos forma parte del derecho interno, lo que incluye fuentes adicionales a las convencionales<sup>542</sup>. Desde una perspectiva internacional, además, el artículo 27 de la CVDT de 1969 prohíbe a los Estados invocar normas de derecho interno para incumplir sus obligaciones internacionales.

Ahora, el hecho de que un Estado haya adoptado un sistema monista para la inclusión de normas internacionales -ya vimos que la diferencia no es absoluta-, puede hacer que cierto tipo de normas necesite un tratamiento diferenciado en base a su naturaleza. La doctrina distingue entre las normas ‘self executing’, o autoaplicativas, es decir, aquellas que ingresan automáticamente al orden local y las ‘non self-executing’ o no autoaplicativas, las que necesitan una legislación interna previa<sup>543</sup>; naturaleza que se determina en función de la práctica jurisprudencial<sup>544</sup>. Esta distinción es particularmente importante en el DPI dado que para un sector dominante de la doctrina<sup>545</sup>, las normas de carácter incriminatorio, como las que atribuyen responsabilidad penal por la comisión de un delito, serían en general no autoaplicativas, por tanto, exigiría antes un desarrollo interno en el Código Penal (CP) o en una ley penal distinta, a fin de cumplir con el principio de legalidad penal. El diagnóstico lo describe bien el profesor Ferdinandusse:

“National formulations of the principle of legality are generally stricter than the international principle of legality. In many cases, they form a decisive obstacle to the prosecution of international crimes which are not fully implemented in national law, as they block prosecution directly on the basis of, at least customary, international law. National principles of legality can

---

<sup>539</sup> Idem. P. 274

<sup>540</sup> Tribunal Constitucional. Pedro Andrés Lizana Puelles Contra el Jurado Nacional de Elecciones. Exp. 5854-2005-PA/TC, 8 de noviembre de 2005, p.11

<sup>541</sup> Esta disposición indica que las ‘normas relativas a los derechos y libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la DUDH y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú.’ Junto con el artículo 3 (la enumeración de los derechos del artículo 2 no excluye los demás que la constitución garantiza ni otros de naturaleza análoga...) que tiene una cláusula abierta de derechos, el TC ha interpretado que efectivamente los tratados sobre derechos humanos tienen rango constitucional. Mientras que los tratados que no versan sobre esta materia tienen rango legal.

<sup>542</sup> Exp. N.O 002S-200S-PlrC y 0026-200S-PI/TC. Fundamento 25. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00025-2005-AI%2000026-2005-AI.pdf>

<sup>543</sup> SAGUES, Néstor Pedro. Mecanismos de incorporación de los tratados internacionales sobre Derechos Humanos al Derecho interno. SALMÓN, Elizabeth. Las Obligaciones internacionales del Perú en materia de derechos humanos. P.103 / MONTOYA, Yvan. El derecho internacional y los delitos. En Los Caminos de la Justicia IDEHPUCP. P.41

<sup>544</sup> SALMON, Elizabeth. El Derecho Internacional Humanitario y su relación con el Derecho interno de los Estados. Editorial: Palestra, 2007. P.205

<sup>545</sup> MONTOYA, SALMÓN, NOVAK, etc.

thus collide with State's international obligations. In general, States are free to adopt a stricter principle of legality than that under international law, as long as it does not interfere with their duty to criminalize and prosecute the core crimes. But when they fail in this duty, the stricter national principle becomes problematic. Of course, the State in such a case violates its duties not solely through its national principle of legality but rather through the combination of its lack of implementation and its inability to directly apply international law<sup>546</sup>.

Esto ha sido matizado por voces que distinguen los efectos punitivos de los no punitivos que las normas tendrían a nivel interno. Los primeros refieren a los efectos que tendrían las normas del DPI sobre el quantum de la pena -por ejemplo, agravarla-, los segundos aluden a las obligaciones internacionales que tienen los Estados de investigar, perseguir y sancionar, bajo la lógica de impedir que queden impunes. Así, los efectos “no punitivos” refieren a las prohibiciones de amnistía, indulto, prescripción, excluyentes de responsabilidad penal y a la posibilidad de ejercer jurisdicción universal -si no hubiere ningún punto de conexión con el crimen internacional-.

Este diagnóstico refleja los siguientes problemas para el Estado peruano. Primero, que a pesar de que es Estado Parte del ER que crea la CPI y entra en vigencia desde el 2002, aún no cumple con hacer efectiva la implementación en el CP de los crímenes ahí recogidos<sup>547</sup>. Por eso, un sector mayoritario de la doctrina sostiene que estos hechos no pueden ser investigados, perseguidos y sancionados bajo la tipificación de crímenes internacionales a nivel interno a través de una aplicación directa de los tipos penales recogidos en el derecho internacional<sup>548</sup>.

Menos aún, podrían ser judicializados como crímenes internacionales hechos que fueron reconocidos como tal por la Comisión de la Verdad y la Reconciliación (CVR), ocurridos antes del 2002, dado que estos estaban recogidos por fuentes consuetudinarias, lo que contravendría los alcances que exige el principio de legalidad penal. Como indica Montoya, este principio “impediría una recepción inmediata de normas de derecho penal internacional que impliquen nuevos ámbitos de incriminación de conductas<sup>549</sup>”.

---

<sup>546</sup> FERDINANDUSSE, W.N. Op.Cit.P.266. [Traducción Libre: “Las formulaciones nacionales del principio de legalidad son generalmente más estrictas que el principio internacional de legalidad. En muchos casos, constituyen un obstáculo decisivo para el enjuiciamiento de crímenes internacionales que no están plenamente implementados en la legislación nacional, ya que bloquean el enjuiciamiento directamente sobre la base de, al menos, el derecho internacional consuetudinario. Los principios nacionales de legalidad pueden chocar con las obligaciones internacionales del Estado. En general, los Estados son libres de adoptar un principio de legalidad más estricto que el del derecho internacional, siempre y cuando no interfiera con su deber de criminalizar y procesar los delitos fundamentales. Pero cuando fallan en este deber, el principio nacional más estricto se vuelve problemático. Por supuesto, el Estado en tal caso viola sus deberes no solo a través de su principio nacional de legalidad sino más bien por la combinación de su falta de implementación y su incapacidad para aplicar directamente el derecho internacional”.]

<sup>547</sup> Tampoco se ha cumplido con la implementación de los crímenes de guerra en el CP. Obligación que le imponen las Convenciones de Ginebra y el Protocolo Adicional I, a través de medidas legislativas de represión y sanción contra las personas que hayan cometido el crimen o hayan dado la orden de cometer infracciones graves a sus disposiciones.

<sup>548</sup> Ver: MONTOYA, Yván. El derecho internacional y los delitos. En: Los Caminos de la Justicia Penal y los Derechos Humanos. Idehpucp; NAKAZAKI, César. Algunos Apuntes de Derecho Internacional Penal a propósito del procedimiento de supervisión de sentencia ante la CIDH generado a partir de la emisión de la sentencia de la Corte Suprema en el Caso Barrios Altos, en Gaceta Penal y Procesal Penal, Tomo 39, Edición Septiembre del 2012; CHANG, Romy. Debate en torno a la Imprescriptibilidad de Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad. En Ius et Veritas. Num 43 (2011). Sentencia del Tribunal Constitucional Exp. N. 01460-2016-PHC/TC Lima. Alberto Fujimori Fujimori.

<sup>549</sup> MONTOYA, Yván. El derecho internacional y los delitos. En: Los Caminos de la Justicia Penal y los Derechos Humanos. Idehpucp. P.43.

Tratándose de comportamientos contrarios a un *ius cogens* internacional, sin embargo, estas críticas podrían neutralizarse si se rescata el aspecto material del principio de legalidad, conforme al cual el sujeto puede motivarse con mecanismos extrajurídicos que le permiten conocer la antijuricidad de sus actos. Ello, pues se trata de conductas que protegen valores absolutamente elementales para cualquier comunidad social<sup>550</sup>. Con mayor razón, si como dice Naucke, “la ley no crea el hecho punible. Lo que merece pena, se reconoce sin necesidad de la ley, y recibe expresión en la forma de ley<sup>551</sup>”.

En la práctica, sin embargo, estas limitaciones han resultado en una judicialización tímida de casos donde los tipos penales utilizados para sancionar las conductas que materialmente califican como crímenes internacionales no solo no reflejan ni el desvalor sociojurídico de la conducta incriminada<sup>552</sup>, ni de la pena, sino que, en muchos casos, ha resultado en una ausencia de penalización. Escenario similar vivió la Argentina post dictadura militar, tal como lo describe el profesor Marcelo Sancinetti en las siguientes líneas:

“La pregunta relativa a qué debe hacer el juez argentino frente a un caso para el cual el derecho penal interno da una respuesta inadecuada a la luz del derecho penal internacional vigente no es contestada por la distinción conceptual entre derecho penal local y derecho penal internacional. Dado que la legislatura no ha establecido reglas concretas para la realización de tales normas internacionales, la incógnita se mantiene: ¿Debe el juez nacional limitarse a dar la respuesta inadecuada del derecho penal interno o bien debe formular una regla ad hoc que supla, para el caso, la omisión legislativa que viola deberes jurídico-internacionales?”

Los caminos que ofrece el derecho para hacer frente a esta situación de impunidad, sin embargo, serán desarrollados en el tercer capítulo.

## **5.2 Tribunales Penales Internacionales**

Finalmente, no solo los tribunales nacionales pueden ejercer jurisdicción (territorial, extraterritorial o universal) para sancionar crímenes internacionales. Lo han hecho también tribunales penales internacionales bajo el supuesto de que es la comunidad internacional afectada la que le brinda la potestad de administrar justicia. Los antecedentes se remontan a la propuesta de Moynier de crear un tribunal penal internacional, al frustrado intento de hacerlo con el Tratado de Versalles, culminada la Primera Guerra Mundial, y a los tribunales constituidos para Núremberg y Tokio, una vez acabada la Segunda Guerra Mundial.

---

<sup>550</sup> MEINI, Iván. Notas sobre el derecho penal del enemigo y los Derechos Humanos. En: Los Caminos de la Justicia Penal y los Derechos Humanos. Idehpucp. P. 161.

<sup>551</sup> NAUCKE, Wolfgang. Óp. Cit. P.533

<sup>552</sup> MEINI, Iván. Los Delitos Contra la Humanidad en el Ordenamiento Legal Peruano. El ejemplo de las ejecuciones extrajudiciales encauzadas a través del tipo penal de homicidio calificado o asesinato, a falta de un tipo penal específico, reflejan esta idea. Para el autor, si bien no es una “laguna de impunidad”, sí es una “respuesta que no logra aprehender en su verdadera dimensión el reproche socio normativo”. En: Los Caminos de la Justicia Penal y los Derechos Humanos. Idehpucp. P.135



Dado que esta investigación se centra en analizar si el principio de legalidad penal es una barrera para investigar, perseguir y sancionar crímenes internacionales a nivel de tribunales nacionales, al impedir la aplicación directa de normas prohibitivas recogidas en el DPI, abordaré los alcances necesarios para determinar si los parámetros de la jurisdicción de tribunales internacionales pueden ser trasladados a nivel interno.

Esto, debido a que, como precisó el Secretario General de las Naciones Unidas, Kofi Annan, en su informe sobre el estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos, “los sistemas de justicia nacionales deben ser el primer recurso en materia de rendición de cuentas<sup>553</sup>”. Y, añade, solo “cuando las autoridades nacionales no cumplen sus obligaciones internacionales y se muestran renuentes o incapaces a la hora de enjuiciar internamente a los infractores, el papel de la comunidad internacional cobra una importancia crucial como queda de manifiesto en el establecimiento y el funcionamiento de los tribunales penales internacionales e híbridos creados durante el decenio anterior<sup>554</sup>”.

Ahora, se habla de tribunales en general, pero ha de precisarse que estos no son todos de la misma naturaleza. La calificación se divide así: 1) Tribunales Penales Ad Hoc, creados por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, bajo el artículo VII de la Carta de la ONU (acciones frente a la amenaza a la paz, quebrantamiento de la paz o actos de agresión<sup>555</sup>), como los de la ex Yugoslavia (1993) y Ruanda (1994); 2) la CPI, creada en 1998 con carácter permanente y vocación de universalidad, cuya jurisdicción deriva del ER que la crea, y 3) los tribunales híbridos o mixtos, como el de Sierra Leona (2002) y el de Camboya (2004) -creados en base a acuerdos internacionales entre la ONU y el Estado concerniente- o, los de Timor Oriental (2000) y el Líbano<sup>556</sup> (2007) -creados por el artículo VII de la Carta de la ONU-. Salvo el segundo caso, el resto aplica directamente tipos penales del DPI consuetudinario<sup>557</sup>.

Definitivamente, la creación de tribunales penales internacionales representó un desafío para la autoridad del Estado soberano. Una de las más inherentes características del ejercicio de la soberanía, el *ius punendi*<sup>558</sup>, pasó de estar en manos de los Estados a estar en manos de la comunidad internacional. Es esta última la que finalmente otorga jurisdicción a tales tribunales para que puedan juzgar crímenes internacionales cumpliendo parámetros definidos en sus estatutos (*rationae materiae*, *rationae personae*, *rationae loci* y *rationae temporis*).

Esta realidad no tendría por qué ser contraria a la soberanía estatal, sin embargo. Como dijo Kofi Annan, el Estado mantiene el poder de castigar a los individuos que han cometido crímenes internacionales en su territorio o fuera. Siendo conductas que ponen en riesgo bienes jurídicos de

---

<sup>553</sup> Informe del Secretario General de las Naciones Unidas del 3 de agosto, 2004. S/2004/616.

<sup>554</sup> *Ibidem*.

<sup>555</sup> Entre los artículos invocados estaba el artículo 41 que autoriza al Consejo de Seguridad a recurrir a acciones que no impliquen el uso de la fuerza.

<sup>556</sup> Este tribunal es de especial interés porque a diferencia de los otros casos, se trata de un tribunal internacional, creado a través de un acuerdo entre el gobierno Libanés y las Naciones Unidas, que aplica la ley libanesa.

<sup>557</sup> BURNEO, José. *Óp. Cit.* P.35

<sup>558</sup> JESCHECK, Hans. *Óp. Cit.* P. 176.

fundamental trascendencia para la comunidad internacional, este ‘poder’ de sancionar, no obstante, adquiere una dimensión adicional: es, además, de un poder, una obligación internacional para los Estados, según lo reconozcan las respectivas fuentes ya analizadas. En ese sentido, en aquellos escenarios en donde el Estado no pueda ejercer su poder punitivo o no quiera hacerlo, los tribunales penales internacionales serán una respuesta eficaz para combatir la impunidad. Más aún, si pesa sobre estos el deber de “juzgar, o entregar” (aut dedere, aut judicare).

Salmón precisa que la figura de la soberanía estatal permanece, pero no servirá para sustraer de la responsabilidad internacional a aquellos que decidan violar grave, masiva y sistemáticamente las normas que protegen al ser humano sea en tiempos de paz como en tiempos de conflicto armado. Añade, así, que “los intereses que representan estos tribunales condicionan y someten los intereses particulares de los Estados porque es el propio consenso de los Estados el que constituye la razón de ser de los mismos<sup>559</sup>”. En esa línea, esta criminalización y el establecimiento de órganos que determinen la responsabilidad penal internacional de un individuo formará parte decididamente del nuevo orden público internacional<sup>560</sup>.

Como bien recoge la Sala Penal de la Corte Suprema del Perú, en su sentencia de febrero de 2018 sobre el caso Pativilca<sup>561</sup>, “el derecho internacional ha penetrado progresivamente en el corazón mismo de la soberanía, es decir, en las relaciones entre el Estado y las personas que se encuentren bajo su jurisdicción, incluidos sus nacionales, con lo que el rostro de la soberanía queda remodelado y transformado, por la ascendencia jerárquica de otros principios y valores, entre los cuales se hallan, la protección de los derechos humanos, el derecho de injerencia humanitaria, la persecución y castigo de los crímenes internacionales y el principio de la jurisdicción universal<sup>562</sup>”.

---

<sup>559</sup> SALMÓN, Elizabeth. Los Tribunales Internacionales que Juzgan individuos. En: Derecho y Sociedad. P.27

<sup>560</sup> SALMÓN, Elizabeth. Globalización de la Justicia Internacional. En: Ius et Veritas. P.35

<sup>561</sup> El caso Pativilca fue descubierto tras la confesión de miembros del grupo paramilitar Colina durante los juicios del caso Barrios Altos. Versa sobre la matanza de seis ciudadanos y sindicada como autor mediato al ex presidente Alberto Fujimori. Estos hechos han sido calificados como crímenes de lesa humanidad.

<sup>562</sup> Exp. N. 00649 – 2011 -0 – 5001 – JR –PE-03. Corte Suprema. Sala Penal Nacional. 9 de febrero, 2018. P.82

“El principio ‘la ley es la ley’ no conoció por el contrario ninguna limitación. Era la expresión del pensamiento jurídico positivista que durante muchos decenios predominó casi sin oposición entre los juristas alemanes. ‘Arbitrariedad legal’ era por tanto una contradicción en sí, lo mismo que ‘derecho suprallegal’”.

Gustav Radbruch

“Hasta en la destrucción hay un orden, hay límites<sup>563</sup>”  
Albert Camus, *Los Justos*

### Capítulo 3

#### Un Modelo de Aplicación para los Operadores del Derecho



---

<sup>563</sup> CAMUS, Albert. Los Justos. Biblioteca Virtual: Omegalfa. Disponible en: <https://omegalfa.es/downloadfile.php?file=libros/los-justos.pdf> Última visita: 15 de mayo, 2019.

### Capítulo 3. Un modelo de aplicación para los Operadores del Derecho

Este trabajo de investigación no pretende desmerecer los esfuerzos tendientes a implementar los crímenes internacionales en la normativa interna (sea a través de remisiones expresas, una codificación con leyes especiales o cambios al Código Penal<sup>564</sup>). Que la ley penal nacional recoja estas conductas como delitos contribuye mucho a su efectiva persecución y sanción. Más aún, en países de tradición románica. Pero aun si esta no existiera o fuera deficiente, ello no debe ser un obstáculo para llevar ante la justicia a los autores de estos crímenes en función del desvalor sociojurídico que representan tales actos en un Estado social y democrático de derecho. Con mayor razón, si es acorde al principio de legalidad material y especialmente, aquel entendido bajo el prisma del derecho internacional donde lo que impera es el 'derecho'-sea este nacional o internacional- antes que la 'ley'.

La propuesta de reinterpretar el principio de legalidad para aplicar directamente estos crímenes de cara a la atribución de responsabilidad penal individual<sup>565</sup>, en base a fuentes de DPI no busca ser una excepción al principio de legalidad, cuya vigencia es fundamental en la rama del derecho más violenta que priva a una persona del bien más preciado, como es la libertad (siendo además un derecho fundamental). Todo lo contrario. Le da contenido en virtud de su razón de ser y en consonancia con el derecho internacional, demostrando, además, que las garantías tradicionales del derecho continental son insuficientes per se para legitimar la prohibición de determinadas conductas reprochadas por la ley penal.

Los artículo 15 del PIDCP, el 9 del CADH, el 11 del DUDH son disposiciones aclarativas de su alcance, no salvedades<sup>566</sup>. La alternativa ofrecida, sin embargo, ha de seguir pautas para garantizar el núcleo de este principio<sup>567</sup> y satisfacer sus fines, dada la dificultad que representa para la aplicación del derecho penal, en general, las fuentes de derecho internacional no escritas, como son la costumbre y los principios generales del derecho.

Postular una tesis como esta requiere no solo entender la fundamentación del principio de legalidad -nacional e internacional-, sus orígenes, su importancia, la prohibición de estas conductas bajo el DPI y los deberes de penalización que el derecho internacional impone a los Estados como garantes, sino la sanción que ha de dictaminarse. Y esto, porque el principio de legalidad no solo abarca la norma prohibitiva de conducta 'nullum crimen sine lege', sino la norma de sanción 'nullum crimen, sine poena'. ¿Cómo resolver esta problemática cuando, para empezar, los tratados internacionales que sancionan estas conductas omiten pronunciarse sobre este extremo? ¿Y qué rol le corresponde en estos casos, a un juez obligado a administrar justicia,

---

<sup>564</sup> Digesto de Jurisprudencia Lationamericana sobre crímenes de derecho internacional. Fundación para el Debido Proceso Legal. P.151

<sup>565</sup> SANCINETTI, Marcelo. Protección penal de los derechos humanos. Editorial: Hammurabi. P. 431.

<sup>566</sup> Digesto de Jurisprudencia Lationamericana sobre crímenes de derecho internacional. Op.Cit. P.169

<sup>567</sup> Ver GALLANT, Kenneth. The Principle of Legality in International and Common Law. Cambridge, 2009. P.354.

ante vacío o deficiencia de la ley? ¿O a un fiscal<sup>568</sup> que debe llevar el caso ante el tribunal? Estas son las preguntas que orientan este tercer capítulo de cara a establecer un modelo de aplicación para la reinterpretación del principio de legalidad en la judicialización de crímenes internacionales a nivel interno.

Aunque el derecho penal nacional y el DPI sean dos órdenes conceptualmente distintos, como precisa Sancinetti, “tal distinción no es idónea para responder a la situación anómala propia de un Estado, como el argentino -en este caso, el peruano-, que no ha creado reglas particulares para hacer viable un debido derecho penal internacional<sup>569</sup>”. Como dijo, en su momento, la Corte de Uruguay en el caso “Plan Condor” (José Nino Gavazzo Pereira y otros) “la ausencia de tipos penales nacionales para reprimir un crimen bajo el Derecho Internacional no se puede invocar por un Estado para no cumplir con su obligación de juzgar y castigar a los autores de este ilícito, si al tiempo de su comisión ya era delito bajo el Derecho Internacional o considerado delictivo según los principios generales del derecho reconocido por la comunidad internacional<sup>570</sup>”.

En esa línea, a fin de determinar los alcances de la propuesta planteada, este tercer capítulo que sirve como pauta para la aplicación de esta reinterpretación del principio de legalidad se divide en tres partes. La primera tiene como propósito establecer un diagnóstico de la legislación peruana, en relación al trabajo de implementación de los crímenes internacionales recogidos en fuentes de DPI vinculantes al Estado peruano. Algo que ha sido genéricamente desarrollado a lo largo de esta tesis, así como estudiar el proceder de la jurisprudencia peruana en esta materia, a partir del estudio de cinco casos puntuales: la condena a los miembros de la cúpula de Sendero Luminoso por el atentado de la calle Tarata, la condena al ex presidente Alberto Fujimori por la matanza de Barrios Altos y la Cantuta, la desaparición forzada del estudiante Ernesto Castillo Páez, las violaciones masivas a derechos humanos en el caso Cabitos y las sistemáticas violaciones sexuales perpetradas en las localidades de Manta y Vilca, en Huancavelica, actualmente en etapa de juicio oral.

La segunda parte analizará la intervención del derecho penal nacional para judicializar estos casos, en función de los fines del DPI, así como la necesidad de convergir ambas disciplinas y cumplir el propósito que las justifica en la protección y salvaguarda de bienes jurídicos individuales y colectivos indispensables para la sociedad y en general, la comunidad internacional.

Ello implicará, a su vez, destacar el cumplimiento de obligaciones internacionales del Estado peruano en materia de DIDH, así como el estudio de los fines de la pena frente a crímenes tan

---

<sup>568</sup> Artículo 4 de la Ley Orgánica del Ministerio Público: “En los casos de deficiencia de la Legislación Nacional, el Ministerio Público tendrá en consideración los principios generales del derecho y, preferentemente, los que inspiran el derecho peruano, en el ejercicio de sus atribuciones”.

<sup>569</sup> SANCINETTI, Marcelo. Óp. Cit. P.450

<sup>570</sup> Véase la sentencia 1501, del 6.5.2011, en el procedimiento Gavazzo Pereira, José Nino, Arab Fernández, José Ricardo, por veintiocho delitos de homicidio muy especialmente agravados, en reiteración real. Casación penal, ficha 98-247/2006. Disponible en: [www.dplf.org/sites/default/files/jp - sentencia 036 - ficha 98-247-2006.doc](http://www.dplf.org/sites/default/files/jp_-_sentencia_036_-_ficha_98-247-2006.doc) Última visita: 10.05.2019

execrables, y una aproximación desde la mirada integral que ofrece el sistema de justicia transicional para complementar las medidas punitivas en contextos post conflicto o dictaduras. En último lugar, se evaluará el respeto al principio ‘nullum poena sine lege’ como límite a la aplicación de la pena para casos de esta naturaleza. Para ello, será determinante analizar la distinción entre normas primarias y normas secundarias, a fin de explicar la mayor vinculación del juez a la primera, antes que a la segunda, desde esta mirada.



## 1. Diagnóstico

De acuerdo con un estudio publicado por la Fundación para el Debido Proceso (FDP), sobre la jurisprudencia latinoamericana en materia de crímenes internacionales, muchos de los procesos desarrollados para perseguir estos hechos se han llevado a cabo en base a tipos penales comunes (homicidio, lesiones, violación, secuestro, entre otros). La ausencia de implementación normativa -o la implementación tardía o deficiente- no ha sido una realidad exclusiva del Estado peruano y tampoco ha impedido que los tribunales resuelvan buena parte de los casos que se presentan ante sí.

La salida que han encontrado tribunales latinoamericanos para procesar estos crímenes ocurridos en sus territorios en base a delitos ordinarios, aunque no se encuentra prohibida por el derecho internacional, ha sido calificada por esta institución como una “opción menos que deseable<sup>571</sup>”. Si bien la sanción de estos hechos representa una vía que evita la impunidad de los crímenes, presenta flaquezas. En palabras de la FDP, “los procesos pueden terminar por desconocer la extraordinaria gravedad de estos crímenes<sup>572</sup>.” En opinión de Montoya, aunque no es una situación “óptima”, resulta una solución “ponderada entre la tutela judicial efectiva y las garantías del principio de legalidad<sup>573</sup>”, entendido este último según los estándares de legalidad estricta.

Por eso, con el fin de evitar este escenario, cierta jurisprudencia ha optado por una propuesta intermedia denominada por la doctrina como “doble subsunción<sup>574</sup>”. Esta consiste en la aplicación de tipos penales ordinarios vigentes al momento de los hechos, por un lado, y por el otro, la calificación jurídica de estos como crímenes internacionales, para evitar la obstaculización de la persecución penal. Con ello, los tribunales nacionales reconocen que la falta de tipificación interna no elimina el carácter de crímenes internacionales (en consonancia con los principios de Núremberg). Las consecuencias, como se dijo en el capítulo anterior, son “no punitivas”, sin embargo.<sup>575</sup> Es decir, no agravan la pena, pero sí impacta en la imposición o no de la sanción, ya que prohíbe la prescripción, la amnistía, indulto y cualquier excluyente de responsabilidad penal, así como activa la jurisdicción universal.

Esta última modalidad fue aplicada en el emblemático juicio al ex presidente del Perú, Alberto Fujimori, condenado como autor mediato por los delitos de lesiones graves y homicidio calificado, declarado bajo el DPI, como “crímenes contra la humanidad<sup>576</sup>”. La misma fórmula aplicó la Sala Penal del Tribunal Supremo Español en 2007 al condenar al ex militar argentino Adolfo Scilingo, responsable de los ‘vuelos de la muerte’, por los delitos de asesinato y detención

---

<sup>571</sup> Digesto de Jurisprudencia Latinoamericana sobre crímenes de derecho internacional. Op.Cit. P.179

<sup>572</sup> *Ibidem*.

<sup>573</sup> MONTOYA, Yván. El derecho internacional y los delitos. En: Los Caminos de la justicia penal y los derechos humanos. P.60

<sup>574</sup> PARENTI F, Pablo. “Argentina”, en Kai Ambos, et. al. (eds.), Jurisprudencia latinoamericana sobre Derecho Penal Internacional, Georg-August-Universität-Göttingen-Fundación Konrad Adenauer, Montevideo, 2008, págs. 24.

<sup>575</sup> MONTOYA, Yván. Aspectos Problemáticos de la Judicialización de los Casos de Violaciones a los derechos humanos: a propósito del derogado DL 1097. En: Derecho y Sociedad 35. P. 361.

<sup>576</sup> Exp. N. A.V.19-2001. Corte Suprema de Justicia de la República. Sala Penal Especial. Párrafo 711.

ilegal calificados como “crímenes contra la humanidad según el Derecho Internacional<sup>577</sup>”. Esta se hizo con el propósito de respetar el principio de legalidad entendido este, sin embargo, bajo el derecho penal nacional desde una mirada estricta.

A efectos de esta investigación, ha de cuestionarse si, bajo la reinterpretación del principio de legalidad aquí sugerida, es posible aplicar directamente los tipos penales recogidos en el derecho internacional. Así lo consideró, por ejemplo, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en Colombia en una decisión de julio de 2009 al precisar que la irretroactividad de la ley penal debía interpretarse conforme al artículo 15 del PIDCP, al formar parte del ‘bloque de constitucionalidad’<sup>578</sup> del Estado Colombiano, conminando, de esa manera, a los funcionarios judiciales a investigar y juzgar la comisión de delitos de DIH y graves violaciones a derechos humanos, incluso antes de la entrada de vigencia del Código Penal del 2000, año en que tales figuras fueron incluidas.

En palabras del tribunal, el artículo 15 “no se oponía al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional<sup>579</sup>”. Para identificar si ello es posible, primero es necesario estudiar el estado actual del proceso de implementación, así como la jurisprudencia en esta materia al momento de judicializar hechos constitutivos de crímenes internacionales.

### 1.1 Estado de la Implementación

Si asumimos que los crímenes internacionales son conductas que violan normas de derecho internacional, protegen valores fundamentales para la comunidad internacional y generan un interés universal en reprimirlos, cuanto menos, podemos agrupar bajo esta definición a los crímenes recogidos en el ER de 1998 -crímenes de guerra, genocidio, crímenes de lesa humanidad y agresión<sup>580</sup>-, tratado que entró en vigor en Perú a partir del 01 de julio de 2002<sup>581</sup>.

Los crímenes internacionales ocurridos en el Perú, según documentación oficial, se circunscriben al periodo del CANI de 1980 y 2000, entre el Estado peruano y los grupos armados Sendero Luminoso (PCP-SL) y el Movimiento Revolucionario Túpac Amaru (MRTA). Por ese motivo,

---

<sup>577</sup> Sentencia disponible en la página web del Equipo Nizkor:

<http://www.derechos.org/nizkor/espana/juicioral/doc/sentencia.html> Última visita: 05.05.2019

<sup>578</sup> GONZÁLEZ MEDINA, Diego. Acerca del auto del 31 de julio de 2009 de la Corte Suprema de Justicia, por medio del cual se declaró la nulidad del primer proceso de Justicia y Paz que ha finalizado mediante sentencia. Disponible en: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/download/474/453/> Última visita: 03.05.2019

<sup>579</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Auto de 31 de julio de 2009, Proceso contra Wilson Salazar Carrascal, radicado 32.539, Magistrado ponente: Augusto J. Ibáñez Guzmán

<sup>580</sup> Véase el artículo 5 sobre la competencia de la Corte Penal Internacional en el Estatuto de Roma. En relación al crimen de agresión, se discute si el crimen tiene respaldo en el derecho penal internacional consuetudinario, dado que, desde los juicios de Núremberg, el ‘crimen contra la paz’ no volvió a aplicarse. Autores como Cassese, por ejemplo, sostienen que los crímenes internacionales deben estar prohibidos por la costumbre, por tanto, no sería propiamente un crimen internacional.

<sup>581</sup> Mediante la Resolución Legislativa 27517 del 29 de setiembre del 2001, se aprobó la ratificación del Perú al ER de la CPI. Luego de que 60 países ratificaran dicho instrumento, entró en vigor para los Estados Parte en julio de 2002.



los procesos penales destinados a sancionar estos delitos fueron encauzadas bajo dos órdenes jurídico penales: el Código Penal de 1991 y el de 1924. Ambos recogían los tipos penales ordinarios de homicidio, lesiones, violación, terrorismo, y otros, pero solo el primero, hasta hoy vigente, incluye un capítulo “XIV-A Delitos contra la humanidad”<sup>582</sup>, criticado<sup>583</sup> por incluir delitos que no constituyen propiamente crímenes internacionales como el de discriminación (artículo 323) o el de manipulación genética (artículo 324).

En lo que respecta a los cuatro crímenes del ER, solo uno de ellos se encuentra al día de hoy implementado en el CP de 1991: el delito de genocidio en el artículo 319<sup>584</sup>. Inicialmente, fue incluido en el artículo 129 como parte de los delitos contra la vida, pero luego se incorporó al capítulo “Delitos contra la Humanidad”. Si comparamos la tipificación nacional con la recogida en el ER -que es igual a la definición de la Convención para la Prevención y Sanción del delito de Genocidio de 1948-, la primera se distingue del resto porque excluye el genocidio por razones “raciales” y lo sustituye por aquel perpetrado por motivos “sociales”. Para Burneo, “su actual formulación, en lo que concierne a los grupos protegidos, no es conforme a los tratados sobre genocidios” y, reitera que es necesario “incorporar el grupo racial para adecuarse a los mismos<sup>585</sup>”.

Del crimen de genocidio, la CVR destaca los graves atentados perpetrados intencionalmente por el grupo terrorista PCP-SL contra la integridad física, salud mental y física, del pueblo asháninka. Entre estos: la “1) matanza indiscriminada de personas asháninkas; b) comisión de graves lesiones que dañaron la integridad física y mental de los asháninkas sometidos bajo su control; c) la imposición intencional de condiciones de vida y existencia prácticamente inhumanas contra los asháninkas, que han acarreado la muerte de numerosas personas por desnutrición, hambre y agotamiento físico; d) abusos sexuales, la promoción por los ‘mandos’ senderistas de abortos y las amenazas de muerte a las mujeres asháninkas para evitar que tengan hijos, e incluso el asesinato de muchas mujeres embarazadas, y otros<sup>586</sup>. La CVR, por ese motivo, sugirió que esta situación fuere investigada para identificar si tales hechos podían ser tipificados como un crimen de genocidio dada la destrucción parcial de un grupo étnico. Esto, sin embargo, no ha sido aun judicializado.

En el caso de los crímenes de guerra, se intentó implementar las graves infracciones al DIH reconocidas en los Convenios de Ginebra y los Protocolos adicionales I y II de 1977, vigentes

---

<sup>582</sup> Este capítulo fue integrado en 1998 a través de la Ley 26926, ley que modifica diversos artículos del Código Penal e incorpora el título XIV-A referido a los delitos contra la humanidad.

<sup>583</sup> MEINI, Iván. Los delitos contra la Humanidad en el ordenamiento legal peruano. Los Caminos de la Justicia Penal y los derechos humanos. Volumen 1. 2007. P. 111

<sup>584</sup> “Artículo 319 CP.- Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de veinte años el que, con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, social o religioso, realiza cualquiera de los actos siguientes: 1. Matanza de miembros del grupo; 2. Lesión grave a la integridad física o mental a los miembros del grupo; 3. Sometimiento del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física de manera total o parcial; 4. Medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo; 5. Transferencia forzada de niños a otro grupo.

<sup>585</sup> BURNEO, José. Óp. Cit. p.180

<sup>586</sup> Informe Final de la Comisión de la Verdad y Reconciliación, Tomo VI, Sección Cuarta: Los crímenes y violaciones de los derechos humanos, p. 507-508.

desde el 15 de agosto de 1956<sup>587</sup> y 14 de enero de 1990<sup>588</sup>, respectivamente. El problema fue que fueron incorporados en el Código de Justicia Militar Policial (Decreto Legislativo N. 961) no siendo delitos de función, sino delitos comunes (dado los bienes jurídicos protegidos)<sup>589</sup>. Por eso, en el 2006, el Tribunal Constitucional declaró inconstitucionales varios artículos del cuerpo normativo bajo el argumento de que este protegía bienes jurídicos castrenses<sup>590</sup>.

Hasta hoy se mantiene el vacío legal. El Estado peruano, además, de ser Parte de los Convenios de Ginebra, es Parte de la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y los Crímenes de Lesa Humanidad de 1968 que prohíbe y sanciona estos crímenes bajo el DPI. El tratado se aprobó por Resolución Legislativa 27998 y entró en vigor el 09 de noviembre de 2003. A pesar de ello, era vinculante desde antes tratándose de crímenes bajo el DPI consuetudinario.

Los esfuerzos tendientes a implementar los crímenes de lesa humanidad e incluir adecuadamente los crímenes de guerra y el genocidio<sup>591</sup> se remontan a la fecha en que entró en vigencia en Perú el Estatuto de Roma de la CPI en julio de 2002 (fue ratificado por el Estado peruano el 13 de setiembre de 2000 mediante Resolución Legislativa N. 27517). Tres meses después, en octubre de 2002, el Congreso creó una Comisión Especial Revisora del Código Penal con la Ley 27837, que tuvo entre sus competencias adecuar los delitos previstos en el tratado. Los proyectos de ley pendientes ante las Comisiones fueron archivados, sin embargo, al término del periodo parlamentario. En 2010 se retomó el Anteproyecto de Ley de Reforma del Código Penal, con el mismo propósito, pero igualmente acabó el periodo legislativo y fue archivado<sup>592</sup>.

Si entendemos los crímenes internacionales, ya no desde una perspectiva 'strictu sensu', sino desde una mirada 'latu sensu', es posible afirmar que, en este extremo, sí han habido mayores esfuerzos de implementación. Esto, en referencia a los crímenes prohibidos por tratados internacionales -no a la costumbre o al ius cogens vinculante a todos los Estados-, al que un sector de la doctrina prefiere denominar 'graves violaciones a derechos humanos' como los delitos de desaparición forzada, tortura y ejecuciones extrajudiciales. Veamos cada uno de estos.

En relación al delito de desaparición forzada, el mismo fue incluido en el artículo 320<sup>593</sup> del CP de 1991. Originalmente estaba en el artículo 323 como parte de los delitos de terrorismo en el Capítulo II "Delitos contra la tranquilidad pública", pero en 1992, tras el autogolpe, el gobierno de turno publicó el decreto ley 25475 que derogó los delitos de terrorismo, incluido el de

---

<sup>587</sup> Resolución Legislativa N. 12412 de 31 de octubre de 1955.

<sup>588</sup> Resolución Legislativa N. N. 25029 de 23 de mayo de 1989.

<sup>589</sup> LOVATÓN, David. Nueva Ley de Organización de la Justicia Militar: Un maquillaje legislativo. En: Consorcio Justicia Viva. P. 6

<sup>590</sup> Expediente 0012-2006-PI/TC. Sentencia del 15 de diciembre de 2006.

<sup>591</sup> Bajo la definición del artículo 6 del Estatuto de Roma, en virtud del cual, por 'genocidio' se entiende "cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal...".

<sup>592</sup> Para mayor información, véase el anteproyecto de Ley del Código Penal.

<sup>593</sup> Artículo 320 - 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).

desaparición forzada, para luego reincorporarlo a través del DL 25592 de julio de 1992 bajo el título de “Delitos contra la Humanidad”<sup>594</sup>.

La definición ahí establecida es similar a la del Convenio Interamericano sobre la Desaparición Forzada de Personas de 1994 de la OEA, así como el Tratado de la ONU de 2007 y el ER -cuando se comete en el contexto de un crimen de lesa humanidad-. Salvo una significativa diferencia: el CP exige que la desaparición se encuentre “debidamente comprobada”, lo que ha sido calificado por autores como Meini como una “prueba diabólica”<sup>595</sup>. Dada su naturaleza permanente, se considera que el delito se sigue consumando hasta dar con el paradero del desaparecido. La judicialización de estos crímenes superó, por eso, las objeciones al principio de legalidad, permitiéndose procesar estos hechos por este tipo penal aun si se incorporó en el CP después del inicio de ejecución del hecho.

Sobre el delito de tortura, este se encuentra recogido en el artículo 321<sup>596</sup> del CP. El mismo fue incluido tras la publicación de la ley 26296 del 21 de febrero de 1998. Este crimen, sin embargo, constituyó una práctica perpetrada a lo largo del CANI en Perú, mucho antes de 1998. Por eso, varios de estos hechos fueron encauzados a través de la figura del delito de lesiones graves recogido en el artículo 165 del CP de 1924, o en el de abuso de autoridad en su modalidad agravada en el artículo 340, inciso 9. Ello, a pesar de que el Estado peruano ya era Parte de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes de 1984 desde el 2 de mayo de 1988<sup>597</sup>. Así, por ejemplo, el Segundo Juzgado Penal de Huamanga, estuvo entre las excepciones que llegó a abrir instrucción el 21 de enero de 2005 para incriminar hechos perpetrados en el cuartel Los Cabitos entre los años 1983 y 1985 como delitos de tortura y desaparición forzada<sup>598</sup>.

Finalmente, en relación al delito de ejecuciones extrajudiciales, ha de señalarse que este no está incluido en el CP, pese a que está proscrito por tratados internacionales -el artículo 6 del PIDCP, artículo 1 DUDH, artículo 4 CADH-. Estos delitos han sido, sin embargo, judicializados bajo la figura del homicidio calificado (o asesinato), en el CP de 1991 -artículo 108- o en el de 1924 -artículo 152-. Este escenario para Meini, representa un problema, porque si bien no es “una laguna de impunidad, sí es una respuesta que no logra aprehender en su verdadera dimensión el reproche

---

<sup>594</sup> MEINI, Iván. Capítulo V. Perú. En: Desaparición Forzada de personas. Análisis comparado e internacional. Coord: Ambos, Kai. P.109.

<sup>595</sup> Idem. P. 110.

<sup>596</sup> Artículo 321°.- 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.

<sup>597</sup> Aprobado mediante Resolución Legislativa N° 24815.

<sup>598</sup> MONTOYA, Yván. El derecho internacional y los delitos. En: Los Caminos de la Justicia Penal y los Derechos Humanos. Idehpucp. P. 47

socionormativo que genera la ejecución extrajudicial<sup>599</sup>.” Por eso, la ONU en su resolución A/RES/44/162 sobre “Principios relativos a una eficaz prevención e investigación de ejecuciones extralegales, arbitrarias y sumarias de las Naciones Unidas”, recomendó en 1989 a todos los Estados regular de manera autónoma este delito y sancionarlo con penas adecuadas a su gravedad.

En la actualidad, la Comisión Nacional de Estudio y Aplicación del Derecho Internacional Humanitario (CONADIH) trabaja una propuesta de implementación del ER que se canalizará a través de una ley penal especial. A diferencia de los intentos anteriores que no prosperaron, este no sugiere formar parte de la elaboración de un nuevo CP que reemplace al actual. El proyecto no solo implementa los crímenes internacionales del ER, sino además, los crímenes recogidos en tratados específicos, también denominadas graves violaciones a derechos humanos (desaparición forzada, tratos o penas crueles, inhumanos, degradantes, tortura).

Como se puede evidenciar, el estado de implementación de los crímenes internacionales es aun deficiente. Ni los crímenes del Estatuto de Roma, que tiene como Estado parte al Perú desde hace casi veinte años, se encuentran implementados en la normativa interna, pese a los esfuerzos dirigidos a ello (el crimen de genocidio sí aunque con ciertas falencias). En el caso de los crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad y genocidio, la fuente convencional y consuetudinaria que prohibía estas conductas y obligaba a los Estados a sancionarla era incluso anterior al tratado.

La implementación normativa, se sostiene, es una exigencia para garantizar la eficacia de las normas internacionales que derivan de obligaciones asumidas voluntariamente por el Estado, sea por fuente consuetudinaria y especialmente, por fuente convencional (tratados). Esto implica no sólo adoptar medidas necesarias para dar efectividad a las normas (llenar vacíos o lagunas), sino derogar disposiciones legales nacionales incompatibles con la obligación internacional así como abstenerse de dictar normas internas contrarias a ella<sup>600</sup>. Como dice la Corte IDH en el caso Trinidad y Tobago, sobre la CADH, hay una obligación de los Estados partes de adecuar su derecho interno a las normas de este tratado<sup>601</sup>. En palabras de Salmón, la implementación exige “para los Estados una obligación de adoptar las medidas legislativas, ejecutivas, judiciales y de otra naturaleza (...) que permitan que su orden interno resulte conforme con los compromisos internacionales que asumieron<sup>602</sup>”. El no cumplimiento genera, por tanto, un hecho ilícito imputable a un Estado que no cumple sus deberes internacionales.

## 1.2 Jurisprudencia

Con el propósito de analizar cómo han procedido los operadores del derecho, sean fiscales o tribunales nacionales para judicializar casos que materialmente fueron calificados como crímenes internacionales, me serviré de cinco casos: la condena a los miembros de la cúpula de Sendero

---

<sup>599</sup> MEINI, Iván. Los delitos contra la humanidad en el ordenamiento legal peruano. En: Los Caminos de la Justicia Penal y los Derechos Humanos. Volumen 1. 2007. P. 135

<sup>600</sup> SALMÓN, Elizabeth. Curso de Derecho Internacional Público. Fondo Editorial Pucp. Lima, 2014. P.283

<sup>601</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Hilaire vs. Trinidad y Tobago. Párrafo 112.

<sup>602</sup> SALMÓN, Elizabeth. Op.Cit. P.284

Luminoso por el atentado de Tarata, la del ex presidente Alberto Fujimori por la matanza de Barrios Altos y la Cantuta, la desaparición forzada del estudiante Ernesto Castillo Páez, las violaciones masivas a derechos humanos en el caso Cabitos y las violaciones sexuales perpetradas en las localidades de Manta y Vilca en Huancavelica.

La investigación de los casos más representativos de violaciones a derechos humanos fue realizada por la Unidad de Investigaciones Especiales (UIE) de la CVR con miras a entregar los resultados al Ministerio Público. La idea era presentarle a la fiscalía los elementos necesarios para que esta formule una denuncia penal ante el Poder Judicial si así lo consideraba. Se les entregó no solo las pruebas recabadas sino los nombres de las víctimas, testigos y presuntos autores. Con ello, se demostró que el compromiso de la CVR no solo era con la verdad, sino con la justicia<sup>603</sup>.

De 200 casos, eligieron 73 casos representativos de violaciones de derechos humanos perpetrados por el Estado y por grupos armados terroristas. Los informes no solo contaban el contexto de violencia, sino incluían un análisis legal al amparo del derecho penal peruano y el derecho internacional. “Debían darse a los fiscales insumos suficientes y novedosos para que investigaran estos casos en el marco de una situación de violaciones masivas de derechos humanos y utilizando el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario como referentes doctrinarios y legales, lo que permitiría una flexibilización de los criterios de evaluación de la evidencia”, reseña Salazar. A pesar de este bagaje, señala la autora que uno de los principales problemas en la investigación de estos casos, fue la falta de capacitación de los operadores de justicia y los abogados defensores de las víctimas en materia de DIDH, DPI y DIH, así como de los avances que ha habido en estos temas en otros países<sup>604</sup>.

### **1.2.1 Atentado Tarata**

El 16 de julio de 1992, en la calle Tarata de Miraflores, un cochebomba detonado por el grupo terrorista PCP-SL ocasionó la muerte de 25 personas y 155 heridos. Según la CVR, “la escalada de violencia y terror se vio azuzada por el golpe de Estado que el presidente Alberto Fujimori dio contra la democracia el 5 de abril de 1992<sup>605</sup>”. Una de las razones del golpe fue precisamente la lucha contra el terrorismo. La responsabilidad del atentado de Tarata fue atribuido a los integrantes del Comité Central de Sendero Luminoso.

Los responsables directos no fueron identificados inmediatamente, sino hasta 1996 que un miembro del destacamento especial 12 del PCP-SL, Juanito Guillermo Orozco, luego de detenido, reveló información valiosa para la captura del resto<sup>606</sup>. Once personas fueron procesadas, entre

---

<sup>603</sup> SALAZAR LUZULA, Katya. Género, violencia sexual y derecho penal en el período posterior al conflicto en el Perú. P. 192

<sup>604</sup> Idem. P. 207

<sup>605</sup> Informe Final de la CVR. Tomo VII. 2.60. Los Asesinatos y Lesiones Graves producidos en el Atentado de Tarata (1992). P.661

<sup>606</sup> Informe Final de la CVR. Tomo VII. 2.60. Los Asesinatos y Lesiones Graves producidos en el Atentado de Tarata (1992). P.664. Consultado el 5 de enero, 2019. En: <http://www.cverdad.org.pe/ifinal/pdf/TOMO%20VII/Casos%20Ilustrativos-UIE/2.60.%20TARATA.pdf> Última visita: 01.05.2019

ellos, algunos por el delito de traición a la patria en fueros militares y así, fueron condenados solo los autores directos. Recién en 2005, la fiscalía y la procuraduría solicitaron procesar a los miembros de la cúpula en condición de autores mediatos y en 2013, se inició el juicio en su contra<sup>607</sup>. Estos fueron: Abimael Guzmán (“Presidente Gonzalo”), Elena Yparraguirre (“Camarada Miriam), Oscar Ramírez Durand (“Camarada Feliciano”, y otros nueve.

Al momento del atentado, estaba vigente el delito de terrorismo agravado en el Código Penal de 1991, así que fueron procesados por este tipo penal. La sentencia del 11 de setiembre de 2018 (Exp.N.00346-203-0-5001-JR), solo condenó a los autores por terrorismo, y no por el de delito de tráfico ilícito de drogas, por el que también fueron acusados. Por este motivo, y según declaraciones de la fiscal María Carrasco, con el propósito de que se declaren los hechos también como crímenes de lesa humanidad, el Ministerio Público ha apelado la decisión<sup>608</sup>.

Si bien el fallo no reconoce expresamente que los hechos constituyeron crímenes de lesa humanidad, sí recoge fragmentos de la CVR que indican que la organización criminal de Sendero Luminoso “cometió crímenes de suma gravedad, siendo responsables de la muerte y desaparición de miles de personas<sup>609</sup>”. Y, reitera que perpetró “miles de asesinatos en contra de la población civil, situación que se ejecutaba de modo sistemático y generalizado, violando derechos fundamentales previstos en la Constitución, normas penales internacionales y humanitarias, constituyendo por ello delito de terrorismo -incluso la Comisión considera como crímenes de lesa humanidad y graves transgresiones del Derecho Internacional Humanitario-<sup>610</sup>”. A pesar de esto, el tribunal no calificó los hechos ni como crímenes de lesa humanidad ni como crímenes de guerra.

La pena prevista para el delito de terrorismo era, en su momento, de cadena perpetua. Esto quiere decir que, en términos prácticos, el proceso de Tarata no iba a variar la pena que ya venían cumpliendo. Los miembros de la cúpula del PCP-SL purgaban una condena por el caso Lucanamarca, una de las mayores masacres perpetradas contra 69 comuneros campesinos habitantes de distintas localidades del distrito de Santiago de Lucanamarca (Ayacucho, 1983). El fallo por este caso de la Sala Penal Transitoria de diciembre de 2006 tampoco calificó los hechos como crímenes de lesa humanidad, solo como delitos de terrorismo. Sin embargo, la sentencia de instancia inferior del 13 de octubre de 2006 (22027/22371-T-N-) sí afirmó entre sus fundamentos, que el propósito del fallo era “evitar la impunidad frente a delitos que constituyen graves violaciones a los derechos humanos y al Derecho Internacional Humanitario<sup>611</sup>”.

---

<sup>607</sup> “Tarata no olvida: el camino desde aquel fatídico 16 de julio de 1992”. La República. Lima, 11 de setiembre, 2018. Consulta: 4 de enero, 2019. En: <https://larepublica.pe/politica/1315523-tarata-olvida-camino-fatidico-16-julio-1992-sendero-luminoso-abimael-guzman-terrorismo>> Última visita: 03.05.2019

<sup>608</sup> “Fiscal del caso Tarata: ‘Quisimos justicia para el pueblo peruano, el miedo quedó de lado’”. RPP Noticias. Lima, 12 de setiembre. Consulta: 4 de enero, 2019. <<https://rpp.pe/lima/terrorismo/fiscal-del-caso-tarata-quisimos-justicia-para-el-pueblo-peruano-el-miedo-queda-de-lado-noticia-1149403>> Última visita: 23.04.2019

<sup>609</sup> SALA PENAL NACIONAL. Colegiado A. Exp. N. 00334-2013-0-5001-JR. 11, setiembre, 2018. P.48

<sup>610</sup> Ídem. P.48

<sup>611</sup> Expediente acumulado N° 560-03. Pp.71. La misma sentencia, reconoció, además, lo siguiente en su fundamentación: “En el curso de las hostilidades de un conflicto armado interno se pueden perpetrar crímenes de lesa humanidad y de terrorismo, y estos deben ser investigados, juzgados y sancionados. Por ello, los perpetradores de tales delitos son juzgados, conforme al principio de complementariedad, incluso por Tribunales Penales Internacionales, es

El proceso por el atentado de Tarata buscaba evitar que los crímenes perpetrados quedasen impune logrando con ello una “pena severa como una finalidad del sistema de prevención general, mucho más si el Estado ha demostrado que no está en capacidad de cumplir con la otra finalidad como es la resocialización, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad<sup>612</sup>”; además de garantizar el derecho a la verdad de las víctimas y de la sociedad.

Así, cita la jurisprudencia de la Corte IDH -que vincula al Estado peruano<sup>613</sup>-, en el caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, en la sentencia: “no cabe duda que el atentado en la calle Tarata, representó una grave afectación a los derechos fundamentales, no solo a los directamente agraviados sino de toda la sociedad peruana (...); pues el daño ocasionado a las víctimas no sólo se traduce en la lesión de bienes tan relevantes como la vida, la libertad y la integridad personal, sino también en la ignorancia de lo que verdaderamente sucedió con la víctima de los actos criminales<sup>614</sup>”.

¿Correspondía entonces, calificar estos hechos como crímenes de lesa humanidad o crímenes de guerra a pesar de que estos no estaban implementados en la normativa interna? El reconocimiento de los elementos de la conducta típica por parte de la sentencia da a entender que sí. Aunque el hecho ocurrió en 1992, el DPI consuetudinario ya prohíba estos hechos como crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad, acorde a la resolución 3074 de la AGNU<sup>615</sup>. Los autores de estos hechos desde ya, eran responsables bajo el DPI, aun si el el derecho interno no lo reconocía como tal.

El principio de legalidad, entendido bajo la concepción material sugerida, no debió ser un obstáculo para la persecución de hechos así calificados. Por el contrario, en virtud del mismo, es posible sostener que estos hechos ya estaban prohibidos por una fuente válida de derecho como el DPI. Para llegar a esa conclusión, sin embargo, es necesario, cuanto menos, aclarar unos puntos sobre la tipificación de ambos crímenes: crímenes de guerra y de crímenes de lesa humanidad.

En relación a los crímenes de guerra, ha de precisarse que, en tanto graves infracciones al DIH, estos estaban proscritos en el Perú por fuente convencional (los cuatro Convenios de Ginebra, incluido el artículo 3 común, eran vinculantes al Estado Peruano -y al grupo armado organizado- desde 1956 y desde 1990, los Protocolos Adicionales también), como por la costumbre. Estas disposiciones son aplicables en situación tanto de CAI, como de CANI (hoy recogidas en el

---

el caso del Tribunal Penal Internacional para la ex – Yugoslavia, el Tribunal Penal Internacional para Ruanda y recientemente el instalado Tribunal Penal Internacional para Camboya.” (p.135)

<sup>612</sup> SALA PENAL NACIONAL. Colegiado A. Exp. N. 00334-2013-0-5001-JR. P. 147.

<sup>613</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 00007-2007-PI/TC. Párrafo 36: “En consecuencia, al Tribunal Constitucional, en el presente caso no le queda más que ratificar su reiterada doctrina, imprescindible para garantizar los derechos fundamentales, bien se trate de procesos jurisdiccionales, administrativos o políticos: que las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos son vinculantes para todos los poderes públicos y que esta vinculatoriedad no se agota en su parte resolutoria, sino que se extiende a la ratio decidendi, incluso en aquellos casos en los que el Estado peruano no haya sido parte en el proceso”. Disponible en: <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/00007-2007-AI.html> Última visita: 15.05.2019

<sup>614</sup> SALA PENAL NACIONAL. Colegiado A. Exp. N. 00334-2013-0-5001-JR. P. 146.

<sup>615</sup> Resolución 3074 (XXVIII), aprobada por la AGNU, 3 de diciembre de 1973.

artículo 8,2,c del ER); discusión que fue zanjada por el Tribunal de Apelaciones del TPIY de 1995 sobre el caso Tadic, al interpretar sus alcances<sup>616</sup>. En la medida en que las normas son vinculantes a las partes en conflicto (Estado y grupo armado organizado), los hechos perpetrados por el PCP-SL, grupo reconocido por la CVR como una de las partes que enfrentó al Estado durante el CANI en Perú entre 1980-2000, podían válidamente subsumirse como crímenes de guerra.

El atentado de Tarata estaba directamente vinculado con el CANI, aun si su principal perpetrador alegase que el objetivo inicial fue atacar un banco, ubicado a unas cuadras, y que su explosión fue un “error”<sup>617</sup>. El Presidente de Americas Watch, Peter D. Bell, explicó, en su momento, lo siguiente:

“Es una clara violación al derecho internacional humanitario por ser indiscriminado y sin ningún objetivo militar[...] los explosivos son armas generalmente indiscriminadas [...] en cada uno de los atentados perpetrados desde el pasado cinco de abril, se violó la obligación de minimizar el daño que pudiera ocasionarse a la población civil; antes bien como su objetivo es sembrar el terror, los ataques parecen destinados a afectar civiles inocentes[...]”<sup>618</sup>.

El atentado constituyó una infracción grave al DIH tanto por el objetivo militar -civiles que no participan de hostilidades<sup>619</sup>- como por el uso de métodos y medios prohibidos -explosivos con efectos indiscriminados, actos o amenazas con el objeto de difundir terror entre civiles<sup>620</sup>-. La CVR, así, reconoció que esta acción, significó “una violación a las normas del Derecho Internacional Humanitario, específicamente, a lo dispuesto en el Artículo 3 Común a los Convenios de Ginebra<sup>621</sup>”.

El TPIY en el caso Blaskic reconoció que las violaciones al artículo 3 común generan responsabilidad penal por la comisión de crímenes de guerra, por tanto, rechazó el argumento de la defensa que negaba que lo hubiera<sup>622</sup>: “*The Trial Chamber is of the opinion that, as was concluded in the Tadic Appeal Decision, customary international law imposes criminal responsibility for serious violations of Common Article 3*”<sup>623</sup>. En esa línea, se infringió la prohibición de atentados contra la vida e integridad corporal de personas que no participan directamente en las hostilidades (Art.3; 1, a).

---

<sup>616</sup> CASSESE, Antonio. International Criminal Law. P.47

<sup>617</sup> CVR. P. 662

<sup>618</sup> Diario La República 18 de julio de 1992.

<sup>619</sup> Norma 1. Las partes en conflicto deberán distinguir en todo momento entre personas civiles y combatientes. Los ataques sólo podrán dirigirse contra combatientes. Los civiles no deben ser atacados. [CAI/CANI].

<sup>620</sup> Norma 2. Quedan prohibidos los actos o las amenazas de violencia cuya finalidad principal sea aterrorizar a la población civil. [CAI/CANI].

<sup>621</sup> CVR. Op.Cit. P. 668

<sup>622</sup> CASSESE, Antonio. Op.Cit. P.52

<sup>623</sup> ICTY, The Prosecutor v. Tihomir Blaskic, IT-95-14, Trial Chamber, Decision of 3 March 2000; Par. 176.



En este caso, el principio de legalidad se satisface con la descripción de la tipicidad objetiva de la conducta constitutiva de crímenes de guerra, pero no recoge expresamente el tipo subjetivo (o mens rea), salvo en el caso del ER que describe la intencionalidad de ciertos actos, o la Convención contra el genocidio que exige una ‘intención especial’ (dolo specialis) para el genocidio. Según Cassese, los tribunales nacionales aplican frente a ello reglas de derecho penal nacional: “*it is State Courts that have handed down the bulk of judicial decisions dealing with this matter, and each court has applied the general principles of criminal law proper to its legal system*”<sup>624</sup>. Los principios generales del derecho internacional han de hallarse en la jurisprudencia de tribunales internacionales como el TPIY o el TPIR, o se presentan en nociones básicas comunes a todos los sistemas legales<sup>625</sup>.

Sobre los crímenes de guerra en un CANI recogidos en el artículo 3 común de los cuatro Convenios de Ginebra, el profesor italiano precisa: “*the provisions clearly require intent or at least recklessness (so called dolus eventualis), which exists whenever somebody although aware of the likely pernicious consequences of his conduct, knowingly takes the risk of bringing about such consequences*”<sup>626</sup>. No pretendo aquí extender en demasía el análisis de subsunción de los hechos probados en el atentado de Tarata como crímenes de guerra, solo precisar la posibilidad de realizar esta opción, respetando el principio de legalidad, valiéndose además, de las herramientas que brinda el derecho penal nacional y los principios generales del derecho.

Siguiendo un razonamiento similar, los hechos igualmente pudieron ser calificados como crímenes de lesa humanidad, prohibidos y sancionados por normas de DPI, que son a su vez, ius cogens<sup>627</sup>. El ataque contra decenas de civiles no fue esporádico, sino parte de una práctica sistemática -carácter organizado de los actos de violencia<sup>628</sup>- y generalizada -gran escala del acto y número de víctimas-, llevado a cabo por una organización terrorista<sup>629</sup>.

La discusión principal radica, en ese supuesto, en determinar si para 1992, el DPI consuetudinario validaba que fueran miembros de una organización no estatal los responsables del acto, y no funcionarios estatales que actuaban como parte de una política de Estado, como originalmente había sido concebido el tipo penal desde los juicios de Núremberg.

El último Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad de 1996 precisó que el requisito de estos crímenes era que los actos fueran “instigados, dirigidos por un gobierno o por cualquier organización o grupo”<sup>630</sup> y el ER así recogió el elemento de la organización. Pero antes de que este tratado entrara en vigencia, el TPIY, en el caso Tadic, basándose en normas del DPI consuetudinario para definir la responsabilidad penal sobre hechos

---

<sup>624</sup> CASSESE, Antonio. Op.Cit. p.160

<sup>625</sup> Ibidem.

<sup>626</sup> CASSESE, Antonio. Op.Cit. P.57

<sup>627</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso: Gelman vs. Uruguay. Parr. 99.

<sup>628</sup> Sala de apelaciones, Arret Blaskic, affaire. IT-95-14-A, 29 de junio, 2004. P.101

<sup>629</sup> CASSESE, Antonio. Op.Cit. p.64

<sup>630</sup> 1996 ILC Report, p. 93 (emphasis added).

ocurridos desde 1991, señaló que estos crímenes podían ser cometidos por grupos terroristas<sup>631</sup>, y luego precisó: “*although a policy must exist to commit these acts, it need not be the policy of a State*”<sup>632</sup>; dejando así, abierta la posibilidad de que los crímenes de lesa humanidad pueden ser cometidos bajo el DPI consuetudinario por miembros de una organización.

### 1.2.2 Barrios Altos y La Cantuta

El 3 de noviembre de 1991, agentes de inteligencia adscritos al Servicio de Inteligencia del Ejército (SIE) asesinaron a balazos a 15 personas, entre ellas a un niño de 8 años y a su padre. Cuatro quedaron gravemente heridas y contaron la masacre ocurrida en una reunión organizada en Barrios Altos, en el centro de Lima. Uno de los sobrevivientes declaró en audiencia pública lo siguiente:

“...Sucedió que al promediar las diez de la noche estábamos celebrando una ‘pollada’, que era para recolectar fondos para hacer mejoras en ésta quinta. Entonces, a esa hora, abruptamente ingresaron un grupo de seis uniformados con dos que dirigían, que estaban encapuchados. Comenzaron a proferir palabras como...miserables terroristas, ahora van a ver y otras cosas más que no deseo hablar por respeto, porque no tengo costumbre. Nos insultaron y tuvimos que tirarnos al suelo porque así lo ordenaron. Hay el caso del señor Tomás Livias, que estuvo presente, hizo resistencia porque estuvo con tragos ¿no? e hizo resistencia. A él con la culata del arma lo golpearon en su espalda, su pecho y lo tiraron al suelo. Saltó otro señor que dijo: yo soy el que organiza esto y conmigo háganlo. A él lo acribillaron a balazos. Le metieron ráfagas de balas y cayó desplomado. Pasaron al lado derecho que había un cuarto dónde atendían este...dos chicas. Fueron y lo remataron, a balazos y volvieron contra nosotros cuando estábamos en el suelo. Y empezó la matanza. O sea, ráfagas.”<sup>633</sup>

El caso fue reabierto luego de más de doce años de ocurrido, ya que, durante el gobierno del ex presidente Alberto Fujimori, hubo varios intentos de obstruir las investigaciones. Entre ellos, las leyes de amnistía dictadas por el Congreso el 16 de junio de 1995 para archivar los casos abiertos contra militares y policías implicados en graves violaciones a derechos humanos, con ocasión de la lucha contra el terrorismo<sup>634</sup>. Pese a que estas leyes fueron inaplicadas por la titular del 16 Juzgado Penal en Lima, la jueza Antonia Saquicuray, en base a la obligación del Estado peruano de investigar las violaciones a derechos humanos y castigar a los responsables, conforme a la CADH y al deber de aplicar control difuso frente a estos supuestos, la decisión fue revocada en una instancia superior, ordenando el archivo definitivo de la causa.

---

<sup>631</sup> Prosecutor vs. Dusko Tadic Trial Judgement. Par.654.

<sup>632</sup> Idem. P. 241

<sup>633</sup> CVR. Audiencia Pública de Casos en Lima. Caso 17. Tercera sesión, 22 de junio de 2002. Testimonio de Alfonso Rodas Alvites, sobreviviente de la masacre. P.476.

<sup>634</sup> El Peruano, Ley 26479,(...) 15 de junio de 1995, artículo 1.- “Concédase amnistía general al personal Militar, Policial o Civil, cualquiera que fuere su situación Militar o Policial o Funcional correspondiente, que se encuentre denunciado, investigado, encausado, procesado o condenado por delitos comunes y militares en los Fueros Común o Privativo Militar, respectivamente, por todos los hechos derivados u originados con ocasión o como consecuencia de la lucha contra el terrorismo y que pudieran haber sido cometidos en forma individual o en grupo desde mayo de 1980 hasta la fecha de la promulgación de la presente Ley”.

Frente a este escenario, la Coordinadora Nacional de Derechos Humanos presentó una demanda contra el Estado ante la CIDH, argumentando de que las leyes de amnistía eran contrarias a la CADH. Años después, en marzo de 2001, la Corte IDH confirmó esta tesis mediante una sentencia que condenó al Estado peruano y ordenó investigar nuevamente los hechos. En cumplimiento del fallo, se abrió una investigación contra Vladimiro Montesinos Torres, Nicolás de Bari Hermoza Ríos y otras 13 personas como autores de los delitos de homicidio calificado y lesiones graves.

Al igual que Barrios Altos, el caso La Cantuta involucró también actos perpetrados por miembros del destacamento militar Colina, adscrito al SIE, encargado de combatir clandestinamente la subversión. El caso refiere al secuestro y asesinato de nueve estudiantes y un profesor de la Universidad La Cantuta ocurrido la noche del 17 de julio de 1992<sup>635</sup>. Después de maniatarlos y trasladarlos hasta un polígono de tiro de la policía, fueron aniquilados con un tiro en la nuca, cavaron unas fosas y enterraron ahí los cuerpos<sup>636</sup>. Igualmente, en la fiscalía, hubo variados intentos de obstruir las investigaciones, llevándolas a los fueros militares, siendo favorecidos los procesados en 1995 con las referidas leyes de amnistías. El fallo de la Corte IDH del caso Barrios Altos impactó en este y permitió así, reabrir las investigaciones.

El recorrido es largo desde que se inician las indagaciones por estos dos casos en 2001 contra Fujimori, desde que es acusado constitucionalmente por el Congreso, detenido en Chile en 2005 y sometido a un proceso de extradición -que no admitió, por ejemplo, la imputación por el delito de desaparición forzada dado que no estaba previsto en Chile- y a un juicio oral que inició el 10 de diciembre de 2007 y terminó el 7 de abril de 2009. Esta sentencia de la Sala Penal Especial lo condenó a 25 años de prisión por los delitos de asesinato y lesiones graves por las matanzas en Barrios Altos y La Cantuta, y el secuestro agravado en agravio del periodista Gustavo Gorriti y el empresario Samuel Dyer (caso Sótanos SIE). El fallo fue ratificado en segunda instancia el 3 de enero de 2010. La singularidad de la sentencia radicó en la tipificación de las matanzas en Barrios Altos y la Cantuta como ‘crímenes contra la humanidad’.

Se trata efectivamente del único caso en el Perú donde los jueces han fallado expresamente en la parte resolutoria<sup>637</sup> de la sentencia condenatoria que los delitos probados califican como crímenes contra la humanidad, bajo el DPI. Como se dijo líneas arriba, es la manifestación más clara de la fórmula de la doble subsunción. O, como precisa Burneo, de un ‘concurso ideal de delitos<sup>638</sup>’ - cuando un mismo hecho genera varios delitos-. Los magistrados, en este caso, interpretaron, sin embargo, que el principio de legalidad estricta exigía que ambas matanzas fueran tipificadas necesariamente bajo los delitos de homicidio y lesiones agravadas, las mismas que fueron calificadas por el DPI como crímenes de lesa humanidad<sup>639</sup>.

---

<sup>635</sup> CVR. P. 236

<sup>636</sup> MEINI, Iván. Capítulo V: Perú. En: Desaparición Forzada de Personas. Análisis Comparado e Internacional. Coordinador: Kai Ambos.

<sup>637</sup> Exp. N. A.V.19-2001. Corte Suprema de Justicia de la República. Sala Penal Especial. Párrafo 823. P.706

<sup>638</sup> BURNEO, José. Óp. Cit. p. 255

<sup>639</sup> Exp. N. A.V.19-2001. Corte Suprema de Justicia de la República. Sala Penal Especial. Párrafo 711. P. 619

El fallo analiza detalladamente la naturaleza de los crímenes de lesa humanidad (“o contra la humanidad”), reconociendo así, que están prohibidos desde los juicios de Núremberg por la costumbre internacional. “Las disposiciones indicadas en el primer caso, bajo el ámbito esencial del Estatuto de Nuremberg, en tanto forman parte del Derecho Internacional consuetudinario y se configuraron antes de los hechos de Barrios Altos y La Cantuta, son plenamente aplicables para la labor de subsunción<sup>640</sup>”, indica. Por este motivo, al reconocer el carácter de costumbre de estas normas, establece que “las exigencias constitucionales del principio de legalidad penal (ley previa, estricta, escrita y cierta)” operan como un límite a su aplicación (dada la alegada prohibición de la costumbre en materia penal). Y esto, porque no existía en el momento de su comisión (1991-1992), una ley interna que incluya una figura penal en nuestro ordenamiento punitivo ni una pena que corresponda con estas exigencias.

La sentencia, por su parte, reconoce que “los crímenes contra la humanidad afectan los Derechos Humanos esenciales, de suerte que lo medular de las conductas que prohíbe en cuanto violación gravísima de los derechos humanos individuales ha quedado suficientemente establecida, y no podía escapar al conocimiento y previsibilidad del agente<sup>641</sup>”. Lo precisado encuentra eco con la definición material que ofrece el principio de legalidad bajo el sistema internacional y europeo de derechos humanos según los requisitos de “accesibilidad y previsibilidad”, reconocidos en el artículo 15 PIDCP, antes desarrollado. Esta interpretación de la legalidad bajo el derecho internacional, sin embargo, no es recogida expresamente por el fallo.

Al señalar que se trata de un “crimen contra la humanidad”, el fallo además hace hincapie de que el delito tiene una “naturaleza especial con un grado mayor de inmoralidad en su conducta frente a delitos comunes<sup>642</sup>”. Con lo cual reconoce el especial desvalor de este injusto penal. A partir de ahí, el tribunal analiza y confirma los elementos del tipo bajo el esquema bipartito del DPI - fuertemente influenciado por el Common Law<sup>643</sup>- el aspecto objetivo (‘actus rea’) -condición de autor, naturaleza de la infracción, oportunidad del ilícito y cualidades y situación de las víctimas-, y el subjetivo (‘mens rea’) -conocimiento del contexto amplio y general en que el acto ocurre, así como que la conducta es o será parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil en desarrollo de un plan o política- del crimen de lesa humanidad; hechos, que considera probados<sup>644</sup>.

Concluye la sentencia así, que los asesinatos y las lesiones graves de Barrios Altos y La Cantuta se “cometieron en el marco de una política estatal de eliminación selectiva pero sistemática de presuntos integrantes de grupos subversivos<sup>645</sup>”, por lo que esta política “de un lado, fue diseñada, planificada y controlada desde los más altos niveles de poder del Estado, y ejecutada por agentes públicos –efectivos de inteligencia militar– que se sirvieron del aparato castrense para hacerlo; y,

---

<sup>640</sup> Idem. P.618.

<sup>641</sup> Idem. P.619

<sup>642</sup> *Ibidem*.

<sup>643</sup> AMBOS, Kai. La construcción de una parte general del derecho penal internacional. En: *Temas Actuales del derecho penal internacional*. P. 24

<sup>644</sup> Exp. N. A.V.19-2001. Corte Suprema de Justicia de la República. Sala Penal Especial. P. 622

<sup>645</sup> *Ibidem*.

de otro lado, conforme a sus objetivos, afectó a un número importante de personas indefensas de la población civil<sup>646</sup>. Dado que se usaron los tipos penales nacionales -asesinato y lesiones graves-, la pena a aplicar fue la prevista en el Código Penal peruano (25 años de pena privativa de libertad).

Ahora, como dice Maculan en relación a la calificación de crímenes de lesa humanidad y a la subsunción en tipos penales ordinarios, no hay que dejar de lado que la Corte Suprema adopta esta postura por imposición de los límites del procedimiento de extradición: “el principio de doble incriminación, efectivamente, imposibilitaba la subsunción de los hechos en la categoría de los crímenes contra la humanidad, pues, como dijimos, Chile, país extraditante, no los preveía en su propio ordenamiento<sup>647</sup>”. Ello, sumado al principio de especialidad, en virtud del cual, el Estado peruano no podía procesarlo por delitos que no fueran aprobados antes por Chile. Agrega que la tipificación como delitos ordinarios puede verse como una elección obligada, que el tribunal parece haber intentado de alguna manera compensar con la declaración según la cual se trata de crímenes contra la humanidad<sup>648</sup>. En su opinión, la calificación de lesa humanidad carece de consecuencias prácticas; con lo cual, el verdadero efecto habría sido afirmar el especial desvalor de los hechos, para con ello ofrecer “cierta contribución a la efectiva implementación del derecho a la verdad<sup>649</sup>”.

Esta argumentación va en consonancia con lo señalado por Montoya, quien reitera que la Sala Penal Especial, a diferencia de la sentencia del Tribunal Supremo Español del 1 de octubre de 2007 recaída contra el capitán de la Marina de Guerra argentina Adolfo Scilingo, no consignó como consecuencia complementaria a la calificación de lesa humanidad “la obligada valoración más grave del hecho delictivo”. En su opinión, la razón por la cual omite pronunciarse sobre esta obligación es que esta “incide de manera casi directa sobre la consecuencia punitiva, lo que asemejaría esta norma a una de naturaleza incriminatoria directa<sup>650</sup>”. En esa línea, el tribunal adopta la tesis de la doble subsunción precisamente para evitar que la calificación de lesa humanidad incida en la pena.

Finalmente ha de destacar la opinión del Ministerio Público frente a los argumentos de la defensa de Fujimori cuando esta presenta un recurso de nulidad contra el fallo de la Sala Penal Especial, por una presunta vulneración al principio de legalidad. En un dictamen responde así que “la amplitud de fuentes del Derecho Internacional no entra en contradicción con el principio de legalidad del Derecho Penal interno puesto que no se exige del operador jurídico que “invente” un tipo penal, sino que aplique el que más se aproxime a la conducta prohibida internacionalmente [...]»<sup>651</sup>”. En sus palabras:

---

<sup>646</sup> *Ibidem*

<sup>647</sup> MACULAN, Elena. La Respuesta a las Graves Violaciones de Derechos Humanos entre Derecho Penal e Internacional. Observaciones sobre el caso Fujimori. En Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. P.05:13

<sup>648</sup> *Ibidem*.

<sup>649</sup> MACULAN, Elena. Op. Cit. 05:14.

<sup>650</sup> MONTOYA, Yván. Las diversas calificaciones del hecho generador de una violación de derechos humanos y principio de legalidad. En: Temas de derecho penal y violación de derechos Humanos. Idehpucp, 2012. P. 140.

<sup>651</sup> JUSTICIA VIVA. Extradición, juicio y condena a Alberto Fujimori. Febrero del 2011, Lima. P. 106

“«Las diferencias estructurales anotadas conllevan a afirmar que el cumplimiento de la formula que contiene el principio de legalidad: *nullum crimen nulla poena sine previa lege penale* en el Derecho Internacional Penal empieza y se centra por no entender la palabra *lex* (ley) en sentido formal, pues es obvio que no existe un órgano legislativo internacional; por ende, el mencionado principio de legalidad, en el Derecho Penal Internacional, debe entenderse en su sentido amplio o mejor dicho como principio de jurisdicción [...], definiéndose así como un *nullum crimen sine iure*”, en tanto es plenamente compatible con sus fuentes, e igualmente —con este contenido y flexibilidad— encuentra sustento en normas internacionales como el artículo 11.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos: “Nadie será condenado por actos u omisión que en el momento de cometerse no fueren delictivos según el Derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito”; igualmente, en el artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: “Nadie será condenado por actos y omisión que en el momento de cometerse no fueren delictivos según el Derecho nacional o internacional [...]”<sup>652</sup>”.

Si bien el dictamen del Ministerio Público señala que los delitos fueron calificados como crímenes de lesa humanidad, precisa que el Tribunal dijo que ello era “completado con la norma internacional consuetudinaria, la calificación y la sanción pena impuesta a Alberto Fujimori Fujimori conforme a nuestro derecho interno”<sup>653</sup>”.

Aunque la Sala Penal Especial recurre -y la instancia superior confirma- a la doble subsunción de los hechos como delitos ordinarios tipificados a su vez, bajo el DPI como crímenes de lesa humanidad, la opción resulta razonable de cara al esfuerzo de la judicatura de no vulnerar el principio de legalidad entendido de manera estricta y formal. La sentencia, sin embargo, como se dijo antes, no menciona la interpretación imperante del principio de legalidad bajo el derecho internacional, lo que sí es acotado por el dictamen de la fiscalía. Finalmente, cabe agregar que no es cierto que la calificación de estos hechos -a través de esta vía- carezca de consecuencias jurídicas en la pena.

Esto último cobra sentido tras la emisión de un indulto y un derecho de gracia “por razones humanitarias” que en diciembre de 2017 favoreció a Fujimori al extinguir la ejecución de pena del caso Barrios Altos y La Cantuta, así como el proceso penal en curso por la matanza de Pativilca (asesinato de seis personas por el Grupo Colina). En el primer escenario, el juez Hugo Núñez, a través de un control de convencionalidad, inaplicó el indulto precisando que, “tal como ya se hizo referencia en cuanto al indulto en el Perú, en casos de delitos de lesa humanidad, no procede su concesión”<sup>654</sup>”; la decisión fue confirmada por la Sala Penal Especial<sup>655</sup>. En el segundo

---

<sup>652</sup> Idem. P.107.

<sup>653</sup> *Ibidem*.

<sup>654</sup> JUZGADO SUPREMO DE INVESTIGACIÓN PREPARATORIA. Control de convencionalidad. N. 00006-2001-4-50001-SU-PE-01. Párrafo 287.

<sup>655</sup> SALA PENAL ESPECIAL. Corte Suprema de Justicia. Exp. N. 00006-2001-4-5001-SU-PE-01. Control de Convencionalidad. Alberto Fujimori Fujimori. Resolución del 13 de febrero, 2019.

caso, los hechos igualmente calificados como crímenes de lesa humanidad -confirmado así por la Corte Suprema de Chile en la ampliación de la extradición-, llevaron a inaplicar la gracia<sup>656</sup>.

### **1.2.3. Ernesto Castillo Páez**

Ernesto Castillo Páez fue un estudiante de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). El 21 de octubre de 1990, miembros de la policía lo detuvieron cuando caminaba en el distrito de Villa el Salvador, momentos después de ocurrido un atentado terrorista. Efectivos policiales, luego identificados como los suboficiales Juan Aragón Guigovich, Manuel Arotuma y Carlos de Paz Briones, lo metieron en la maletera de un vehículo policial y hasta hoy se desconoce su paradero. El comandante de la PNP Juan Carlos Mejía León, jefe del Centro de Entrenamiento de Fuerzas Especiales Antisubversivas (CEFEA), estuvo en el momento y lugar de los hechos. Se probó que la CEFEA, junto a la policía, realizaba intervenciones de facto a sujetos presuntamente vinculados con el terrorismo.

El caso se presentó ante la CIDH en noviembre de 1990. El Estado respondió, en su momento, no tener evidencias que comprobaran la detención de Castillo Páez. Después de cinco años, el 13 de enero de 1995, la Comisión demandó al Estado peruano y sometió el caso a la jurisdicción de la Corte IDH, aduciendo que este había vulnerado la libertad personal, integridad, vida y garantías judiciales del joven universitario. El 3 de noviembre de 1997, el Estado fue condenado y obligado a reparar las consecuencias de estas violaciones<sup>657</sup>, así como a investigar los hechos que las produjeron. “A ese deber de investigar se suma el de prevenir la posible comisión de desapariciones forzadas y de sancionar a los responsables de las mismas<sup>658</sup>”, sentenció el tribunal.

Tras el fallo de la Corte IDH, la investigación penal se reabrió el 22 de enero de 2001. Cinco años después, se dictó la sentencia de primera instancia el 20 de marzo de 2006 que condenó a los suboficiales a 15 años de cárcel y al comandante Mejía León a 16 años de prisión por el delito de desaparición forzada. La sentencia de segunda instancia de 18 de diciembre de 2007, confirmó la mayor parte de las acusaciones, salvo la condena a Mejía León, que sería nuevamente condenado al llamar a dos vocales dirimientes en 2008<sup>659</sup>.

Para 1990, cuando ocurren los hechos, el delito de desaparición forzada del artículo 320 del CP no estaba vigente. Por eso, inicialmente se les acusó por el delito de secuestro, calificación jurídica que la Sala Penal luego modificó. Esto fue aprovechado por la defensa de los acusados para decir que procesarlos por el delito de desaparición forzada era una vulneración al principio de legalidad. “Algunos de los abogados defensores de los procesados ha objetado que sería contrario al

---

<sup>656</sup> SALA PENAL NACIONAL. Exp. N. 00649-2011-0-5001-JR-PE-03. Lima, 9 de febrero, 2018. P. 97

<sup>657</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso. Castillo Páez vs. Perú. Sentencia de 3 de noviembre de 1997. Parr.81.

<sup>658</sup> Ídem. Par. 90.

<sup>659</sup> [http://idehpucp.pucp.edu.pe/lista\\_proyectos/seguimiento-de-casos-de-violaciones-de-derechos-humanos/sobre-seguimientos/seguimiento-de-casos-cvr/desaparicion-de-ernesto-castillo-paez/](http://idehpucp.pucp.edu.pe/lista_proyectos/seguimiento-de-casos-de-violaciones-de-derechos-humanos/sobre-seguimientos/seguimiento-de-casos-cvr/desaparicion-de-ernesto-castillo-paez/) Última visita: 01.05.2019

principio de legalidad material, tomar en consideración una figura delictiva no tipificada en la legislación interna”, recoge el fallo<sup>660</sup>.

Los hechos del caso, sin embargo, no revelaban un delito de secuestro. La Sala Penal Nacional diferenció los términos: “mientras la tipificación de la desaparición forzada busca la protección de una multiplicidad de bienes jurídicos, tales como el derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de la persona, la prohibición de tratos crueles inhumano 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; el secuestro solamente protege el bien jurídico de la libertad y autonomía personal”<sup>661</sup>.

Según la Sala Penal Nacional, basándose en sentencias de la Corte IDH<sup>662</sup>, la desaparición forzada es un delito pluriofensivo que además de la libertad del individuo, protege otros bienes jurídicos como la vida, integridad psicofísica, seguridad y otros. La interpretación sugerida ignora, sin embargo, que no hace falta poner en riesgo estos últimos bienes jurídicos para consumir el delito. Por ese motivo, según Meini, el delito en realidad, protege la personalidad jurídica del individuo donde la víctima es sustraída de la protección que merece como persona<sup>663</sup>, frente a la negativa de funcionarios de cumplir con su deber de dar a conocer su paradero o situación jurídica.

Cuando se tipificó el delito el 26 de junio de 1992 mediante decreto ley 25592 -tras el golpe de Estado de abril de 1992-, se agregó que la desaparición debía ser “debidamente comprobada”, un fraseo que no estaba incluido en tratados internacionales que obligan a los Estados a sancionarlo<sup>664</sup>. El Estado peruano además, era Estado Parte del tratado de la OEA de 1994.

La aproximación del caso para calificar los hechos como un delito de desaparición forzada permitió superar las objeciones que se tenían sobre la presunta vulneración al principio de legalidad. Al ser un delito de carácter permanente, según la Sala Penal, citando a Jescheck, “el mantenimiento del estado antijurídico creado por la acción punible depende de la voluntad del autor, así que, en cierta manera, el hecho se renueva constantemente<sup>665</sup>”. En este caso, la ejecución inicia a partir del momento en que se detiene a la víctima sin conocerse su paradero, y cesa cuando se establezca el destino final. Mientras eso se desconozca, sigue perpetrándose.

Si el principio de legalidad exige que la ley penal aplicable sea la ley previa -por tanto, vigente, al momento de los hechos-, será aplicable la última ley vigente mientras siga consumándose el delito. El TC afirmó, en el caso Genaro Villegas Namuche y en el habeas corpus presentado -y

---

<sup>660</sup> Sala Penal Nacional. Exp. 111-04.

<sup>661</sup> Sala Penal Nacional; consideraciones sobre la calificación jurídica de los hechos, pág. 29.

<sup>662</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, párrs. 155 y 158; Corte IDH Caso Godínez Cruz vs. Honduras, párrs. 163 y 166; Corte Caso Blake vs. Guatemala. párr. 65.

<sup>663</sup> MEINI, Iván. Óp.Cit. P. 121

<sup>664</sup> Convención Interamericana de Desaparición Forzada de Personas 1994 y la Convención Internacional sobre la persona desaparecida de 2006 (que entra en vigor en 2010).

<sup>665</sup> SALA PENAL NACIONAL. Exp. 111-04. D.D. Cayo Rivera Schreiber. 20 de marzo, 2006.



declarado infundado- por Mejía León, que “no se vulnera la garantía de la *lex praevia* derivada del principio de legalidad penal, en caso de que se aplique a un delito permanente una norma penal que no haya entrado en vigor antes del comienzo de su ejecución, pero que resulta aplicable mientras el mismo sigue ejecutándose<sup>666</sup>.”

La desaparición de Castillo Páez fue el primer caso de desaparición forzada resuelto por los tribunales peruanos<sup>667</sup>. Por tanto, significó un reto para conciliar la figura con el principio de legalidad. Con mayor razón, dada la escasa jurisprudencia y doctrina interna que permitiera darle contenido al tipo penal. Estas carencias no fueron motivo alguno para impedir que los jueces fallaran sobre el caso. A fin de llenar los vacíos identificados en la ley, recurrieron a fuentes de derecho internacional (la Corte IDH, Declaración de las Naciones Unidas sobre la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas del 18 de diciembre de 1992 en la Convención Interamericana sobre este tema, la Convención interamericana de la OEA de 1994), y a la experiencia comparada (sentencia C-317 de 2002 de la Corte Constitucional de Colombia) a fin de cumplir satisfactoriamente con las obligaciones internacionales del Estado peruano de investigar y sancionar los hechos.

La desaparición forzada de Castillo Páez no fue un caso aislado. La Sala Penal reconoció que el mismo formó parte de una “práctica sistemática y generalizada implementada por el Estado peruano como mecanismo de la lucha antisubversiva<sup>668</sup>”. No reconoció, sin embargo, que este fuere un crimen de lesa humanidad, por la forma en que se comete. El ER hoy reconoce que la desaparición forzada puede constituir un crimen de lesa humanidad (artículo 7, 1, i).

#### **1.2.4. Los Cabitos**

‘Los Cabitos’ es el nombre del cuartel Domingo Ayarza ubicado en la zona de La Hoyada, en Ayacucho. Era la base militar N.51. Entre los años 1983 y 1985, en el marco de la lucha contrasubversiva emprendida por el gobierno, se perpetraron ahí masivas violaciones a derechos humanos: detenciones arbitrarias, secuestros, torturas, tratos crueles y humillantes, desapariciones forzadas, violaciones, ejecuciones extrajudiciales, y otros.

La CVR denunció 138 casos de personas secuestradas, asesinadas o torturadas por agentes del Estado en la provincia de Huamanga. Entre estos, el secuestro y desaparición de Arquímedes Ascarza Mendoza, hijo de Angélica Mendoza (‘mamá Angélica’, fundadora de ANFASEP). Detenidos como él eran llevados al cuartel militar de ‘Los Cabitos’ y a la ‘Casa Rosada’, donde eran interrogados por personal de inteligencia del Ejército, y en ocasiones por policías, utilizando métodos de tortura. El propósito era conseguir que estos se autoinculparan o entregaran información de miembros del grupo terrorista PCP-SL. La base estaba dirigida por el general

---

<sup>666</sup> EXP. N.º 02666-2010-PHC/TC. Párrafo 6. <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/02666-2010-HC.html> Última visita: 03.04.2019

<sup>667</sup> MEINI, Iván. Capítulo V. Perú. En: Desaparición Forzada de Personas. Análisis comparado e internacional. Coordinador: Kai Ambos. P. 110

<sup>668</sup> SALA PENAL NACIONAL. Exp. 111-04. D.D. Cayo Rivera Schreiber. 20 de marzo, 2006.

Roberto Clemente Noel Moral. Algunos de los actos de tortura fueron descritos así por la fiscal Luz Ibañez, quien llevó el caso:

“... el colgamiento en vigas de los detenidos, golpes de puño, patadas, objetos contundentes; la aplicación de electricidad en sus partes genitales; golpizas hasta hacerles perder el sentido; el manoseo de los genitales y los pezones de las mujeres detenidas mientras estas se encontraban colgadas en vigas; la inmersión en cilindros de agua o en la llamada “piscina”, de espaldas y amarrados a tablas, para crearles sensación de ahogamiento; el hacerles escuchar cómo se golpeaba y vejaba a sus familiares cercanos (esposas, hijas); el subirlos en helicópteros para luego suspenderlos en el aire atados a una cuerda con la amenaza de soltarlos en cualquier momento; el mantenerlos hacinados, con las cabezas cubiertas por un saco o encostados, sin alimentos o comiendo sobras, sin lugar para sus deposiciones fisiológicas, y con la zozobra de saber que muchos de los detenidos salían a los interrogatorios para nunca más volver; y, lo que es doblemente terrible, las violaciones sexuales a mujeres y niñas<sup>669</sup>.”

A los actos de tortura, en algunos casos, le seguían liberaciones selectivas, ejecuciones extrajudiciales o desapariciones. En zonas aledañas y al interior de la base, se construyeron hornos crematorios para incinerar los restos enterrados, así como un plan para seguir este procedimiento. El fin era borrar toda evidencia de las masivas matanzas generadas durante esos tres años<sup>670</sup>. Otros cuerpos eran abandonados en los botaderos de Huattas, Puracuti e Infiernillo, en la periferia de Huamanga.

El caso fue remitido por la CVR en setiembre de 2003. Ese año, el Ministerio Público abrió investigación, y en diciembre de 2005, la Fiscalía Especializada en Desapariciones Forzadas, Ejecuciones Extrajudiciales y Exhumación de Fosas Clandestinas de Ayacucho, presentó una denuncia penal ante el Segundo Juzgado Penal de Huamanga. Este reconoció, según Ibañez, que “la tortura fue practicada en forma sistemática y generalizada por agentes del Estado, bajo un plan determinado y en un contexto de violaciones a los derechos humanos, justificado por la lucha contra la subversión, con lo cual esta conducta, constituye delito de lesa humanidad<sup>671</sup>”. Al considerarlo imprescriptible, podía ser judicializado, pese a que el caso se abrió más de 20 años después de ocurrido. El proceso culminó en 2017.

La posición de la defensa era que los acusados no podían ser imputados por los delitos de tortura y desaparición forzada, ya que estos no estaban vigentes en el CP de 1924 por hechos que ocurrieron entre 1983 y 1985, y eso, vulneraba el principio de legalidad<sup>672</sup>. En palabras de la fiscal Ibañez, “así las cosas, podían quedar en impunidad todos los casos de tortura y de desaparición forzada, que constituían la mayor cantidad de ilícitos denunciados<sup>673</sup>”. Superar esta dificultad requirió una acusación sólidamente sustentada en base a herramientas jurídicas y precedentes propios del DPI y el DIDH. Dado el contexto de sistematicidad y generalización en el que se

<sup>669</sup> IBAÑEZ CARRANZA, Luz del Carmen. “Capítulo VI: Los retos del Caso Cabitos”. En: Cuartel Cabitos Lugar de Horror y Muerte. P.106

<sup>670</sup> CVR. 2.9 Desapariciones, torturas y ejecuciones extrajudiciales en la base militar de los Cabitos (1983-1985). P.84

<sup>671</sup> IBAÑEZ CARRANZA, Luz del Carmen. Óp. Cit. p. 86

<sup>672</sup> Idem. P.105

<sup>673</sup> Ibídem.

dieron los hechos, estos podían ser calificados como crímenes de lesa humanidad, aunque el Código Penal nacional no lo incluyera como tal.

En palabras de la fiscal: “En este tipo de delitos el principio de legalidad se flexibiliza y relativiza para compatibilizarse con el principio de no impunidad y los derechos de las víctimas. Y, asimismo, es posible aplicar las normas del Derecho Internacional –tanto el DIDH como el DPI– en complementación de las normas del Código Penal nacional que estuvieron vigentes en el momento de la comisión de los hechos<sup>674</sup>”. En este caso, antes que denominarlo una “flexibilidad” la postura aquí sugerida implica una reinterpretación y ciertamente, una compatibilización, igualmente, con otras obligaciones estatales que inciden en la necesidad social de sancionar estos crímenes.

La fiscalía calificó, finalmente, los delitos de tortura y desaparición forzada “como crímenes de lesa humanidad y como crímenes internacionales”, basándose en el artículo 15 del PIDCP que prescribe que el principio de legalidad se cumple bastando que la conducta incriminada esté prohibida por el ‘derecho nacional o internacional’. Esta acepción recogida en el tratado se integra al ordenamiento jurídico nacional, conforme al artículo 55 de la Constitución y la Cuarta Disposición Transitoria; con lo cual, es vinculante para los operadores del derecho<sup>675</sup>.

A pesar de respetar el principio de legalidad, por un tema estratégico, dada la poca experiencia de la judicatura peruana en materia de DPI, la fiscal decidió buscar una regla que permitiera satisfacer también las garantías del principio de legalidad en su acepción clásica de *lex previa*, *lex certa* y *lex scripta*<sup>676</sup>. Esto exigió identificar los tipos penales en la legislación nacional al momento de los hechos, “no siendo obligatorio que tengan el mismo nomen iuris, que los delitos previstos en la norma internacional<sup>677</sup>”. Así, para hechos que materialmente eran actos de tortura, se utilizó el tipo penal de abuso de autoridad agravado<sup>678</sup>, previsto en el artículo 340 del CP 1924.

Los argumentos jurídico-penales que sustentaron la acusación fiscal para calificar el conjunto de hechos como crímenes de lesa humanidad, sin embargo, no fueron acogidos por el Colegiado B de la Sala Penal Nacional en su fallo de agosto de 2017. El tribunal no dijo que estos hechos constituyeron este tipo de crímenes, pero sí precisó que los asesinatos, detenciones, detenciones ilegales y tortura, configuraban “graves violaciones a derechos humanos<sup>679</sup> compatibles con

---

<sup>674</sup> *Ibidem*.

<sup>675</sup> Exp. N.O 002S-200S-PlrrC y 0026-200S-PI/TC. Fundamento 25. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00025-2005-AI%2000026-2005-AI.pdf> Última visita: 03.05.2019

<sup>676</sup> IBAÑEZ CARRANZA, Luz del Carmen. Op.Cit. P. 117.

<sup>677</sup> *Ibidem*.

<sup>678</sup> “Artículo 340, 9. El funcionario público que desempeñando un acto de servicio come era cualquier vejación contra las personas o les aplicara apremios ilegales (...). La pena será prisión no mayor de seis años (...) e inhabilitación conforme a los incisos 1o, 2o y 3o del artículo 27 o, por el doble del tiempo de la condena, cuando durante la detención de una persona o en la investigación de un hecho, el funcionario causare de la violencia o practicare torturas al detenido o investigado”.

<sup>679</sup> Justicia para las víctimas de Los Cabitos: análisis del fallo. Por: Reyes, Valeria. En: Idehpucp. <<http://idehpucp.pucp.edu.pe/notas-informativas/justicia-las-victimas-los-cabitos-analisis-del-fallo/>> Última visita: 03.05.2019

delitos de lesa humanidad”, los que, “en respeto del principio de legalidad penal, se subsumen en la tipificación<sup>680</sup>” de los respectivos tipos penales del CP vigente de 1924.

Precisa la sentencia que el mandato de persecución de crímenes de lesa humanidad -al margen de cuando hubieren sido cometidos-, “no tiene vigencia en el ordenamiento jurídico peruano como consecuencia de la entrada en vigor de la Convención sobre la imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de Crímenes de Lesa Humanidad (09 de noviembre de 2003); sino que surge en virtud de una norma *imperativa* de derecho internacional general que, como ha sostenido la Corte Interamericana, no nace de la referida convención, sino que está reconocida en ella<sup>681</sup>”. En otras palabras, el fallo sí reconoce el carácter de *ius cogens*; pero no califica, en la parte resolutive, los hechos como tal, aunque dice que las graves violaciones de derechos humanos ahí comprendidas son “compatibles con delitos de lesa humanidad<sup>682</sup>”.

El delito de desaparición forzada, por su parte, también tuvo dificultades frente al principio de legalidad y a la aplicación de la ley penal en el tiempo. Según la Sala, dado que se trata de un delito de función, los funcionarios acusados, en la medida en que habían pasado al retiro antes de que entrara en vigor el delito en el CP (1991), solo podrían ser procesados por la “última” ley si al momento en que se cometieron los hechos, mantenían su condición de funcionarios<sup>683</sup>. El controvertido Acuerdo Plenario de la Corte Suprema 09-2009/CJ-116 (noviembre de 2009) respaldaba esta tesis: “como se está ante un delito especial propio -sólo puede ser cometido por funcionarios o servidores públicos- es indispensable que tal condición funcional esté presente cuando entra en vigor la ley penal<sup>684</sup>”. Según la defensa de los acusados -y la Sala- correspondía que sean procesados por los tipos penales del CP de 1924.

Esto debió, sin embargo, ser interpretado acorde al bien jurídico protegido -personalidad jurídica- y a los tratados de derechos humanos que le dan contenido, y los tratados sobre la materia específica de la OEA, de la que el Estado peruano es Parte. Como dice Meini, el deber de informar sobre el paradero subsiste después de cesar funciones, en su condición de ciudadano, en tanto la sociedad tiene derecho a saber qué pasó con la víctima y dónde está<sup>685</sup>. La situación de antijuricidad se mantiene (se siga consumando el delito) mientras permenezca la negativa de brindar esa información (la ejecución del delito depende de la voluntad del agente). Esto no tendría por qué contravenir la no irretroactividad de la ley penal desfavorable, si se interpretara de esta manera.

### **1.2.5. Manta y Vilca**

---

<sup>680</sup> STC recaída en el Expediente. Caso Los Cabitos. Centésimo vigésimo primero. P.491

<sup>681</sup> Idem. P.297.

<sup>682</sup> Idem. P. 491.

<sup>683</sup> Justicia para las víctimas de Los Cabitos: análisis del fallo. Por: Reyes, Valeria. En: Idehpucp: <<http://idehpucp.pucp.edu.pe/notas-informativas/justicia-las-victimas-los-cabitos-analisis-del-fallo/>>. Última visita: 15.05.2019

<sup>684</sup> Acuerdo Plenario N.9-2009/CJ-116. Parr.115. P.10

<sup>685</sup> MEINI, Iván. Op.Cit. P.123

La respuesta de los operadores de justicia frente a crímenes internacionales ocurridos en Perú no puede abordarse sin mencionar el caso Manta y Vilca. Y es que resulta representativo que, dada la abundante evidencia que entregó la CVR y la documentación de testimonios que recopiló, aun no exista condena alguna que sancione a los responsables de las masivas manifestaciones de violencia sexual perpetradas contra un sinnúmero de mujeres, mayoritariamente campesinas, durante el CANI.

La CVR llamó la atención sobre la falta de investigación de la violencia sexual por parte de los operadores de justicia insistiendo en que el deber de investigarlas es una obligación internacional del Estado de medios -o comportamiento por parte del Estado-, no de resultados<sup>686</sup>. “El Ministerio Público no ha realizado ninguna investigación adicional con miras a averiguar la identidad de los presuntos responsables. La CVR considera que esta actitud conlleva una violación de las obligaciones internacionales del Estado Peruano en materia de derechos humanos”, sostuvo.

Para descartar o cerrar casos de violencia sexual, la judicatura ha invocado tres razones: 1) definición del crimen, 2) falta de pruebas y 3) ausencia de perpetradores<sup>687</sup>. Para esta investigación, importa lo primero, ya que involucra directamente el proceso de tipificación de los delitos. “Los fiscales y jueces tienden a definir los casos de violación como un crimen común, en vez de como un crimen contra la humanidad<sup>688</sup>”, sostiene Boesten. Esta calificación -dada la ausencia de implementación normativa de crímenes internacionales y una aproximación formal del principio de legalidad-, no sólo, en sus palabras, “descontextualiza el acto de una situación de violencia sistemática y terror, y anula los argumentos contextuales que pueden demostrar la probabilidad de la violencia sexual, tales como el marco temporal y el lugar”, sino “automáticamente mina su validez judicial”, dadas las leyes de prescripción en el caso del delito de violación sexual vigente al momento de los hechos. No hay, por tanto, aquí una sentencia que analizar, pero sí, el único caso de violencia sexual en etapa de juicio oral (M.A.E). Por ende, nos remitiremos al auto de apertura de instrucción de la Corte Suprema del Poder Judicial y a la calificación de la fiscalía de estos hechos más de 30 años después de haberse llevado a cabo.

“La historia de todas las guerras ha sido siempre la misma para las mujeres, aunque los motivos y los métodos cambien”, explica la ex jueza de la CPI y del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, Elizabeth Odio Benito. Refiriéndose a las violaciones masivas que ocurrieron en el conflicto armado en la antigua Yugoslavia, a partir de 1991, señala que “la violación en tiempos de guerra y aún la violación como arma de guerra difícilmente puede decirse que sea una innovación que debamos a este nuevo conflicto en los Balcanes. En realidad, no es más que un capítulo que se agrega al sufrimiento de las mujeres a través de los siglos<sup>689</sup>”.

---

<sup>686</sup> COMISIÓN DE LA VERDAD Y RECONCILIACIÓN, 1.5 Violencia sexual contra la mujer. P.380

<sup>687</sup> BOESTEN, Jelke. Violencia sexual en la guerra y en la paz: Género, poder y justicia posconflicto en el Perú. Biblioteca Nacional del Perú. Abril, 2016. P.194

<sup>688</sup> *Ibidem*.

<sup>689</sup> ODIÓ BENITO, Elizabeth. De la Violación y otras graves agresiones a la integridad sexual como crímenes sancionados por el derecho internacional humanitario (crímenes de guerra). Aportes del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia. En: Ensayos en honor de Fernando Volio Jiménez. P.267

En contextos de guerra, entender la violencia sexual<sup>690</sup> como un ‘arma de guerra’ significa recurrir a ella como una estrategia o un instrumento para combatir y ganar la guerra. Por eso, se sostiene que abusar de las mujeres es y ha sido una ofensa hacia los hombres del bando contrario y no hacia las mujeres. Así lo recoge Brownmiller: “Los hombres de naciones conquistadas veían la violación de ‘sus’ mujeres como la última humillación<sup>691</sup>”. Boesten, sin embargo, señala que entender la violencia sexual no sólo sirvió a propósitos estratégicos impuestos y cultivados desde arriba, “sino que también fue escenificada como entretenimiento y consumida para el placer de individuos y grupos, usada como una herramienta para mantener y producir jerarquías entre combatientes y enemigos y para saldar disputas domésticas o comunales<sup>692</sup>”. En buena cuenta, fue una exacerbación de las violencias y desigualdades existentes en tiempos de paz.

Ahora bien, el caso Manta y Vilca es uno más de los tantos que grafican esta cruenta realidad en tiempos de guerra. Pero el fenómeno de la invisibilización no es nuevo. Sucedió con los juicios de Núremberg, donde los sufrimientos de miles y miles de mujeres de todas las edades y nacionalidades, fueron ignorados, a pesar de la evidencia que se recibió de las violaciones masivas cometidas por el Ejército Alemán: “la palabra violación no figuró en ninguna de las 179 páginas de la sentencia final de Núremberg<sup>693</sup>”.

Como dice la CVR, aunque investigar las violaciones sexuales -un tipo de violencia sexual- durante el CANI en el Perú, no fue parte de su mandato expreso, estas fueron incluidas dentro de las “torturas y otras lesiones graves”, así como de los “crímenes y graves violaciones contra los derechos de las personas”. De esa manera, el informe final concluyó que las violaciones sexuales fueron parte de una práctica “en algunos casos generalizada y en otros, sistemática<sup>694</sup>” -no hechos aislados- imputables a agentes estatales (83%), y en menor medida, a miembros de los grupos terroristas, PC-SL y el MRTA(11%)<sup>695</sup>. Fueron así calificadas como crímenes de lesa humanidad por la CVR<sup>696</sup>.

Entre 1984 y 1995, en los distritos de Manta y Vilca en el departamento de Huancavelica, se establecieron bases militares contrasubversivas como resultado del aumento de las acciones de Sendero Luminoso en la zona. Los miembros del Ejército ahí no solo tenían control militar, sino político -la declaratoria de emergencia les otorgó facultades excesivamente amplias que, años más tarde, fueron declaradas inconstitucionales<sup>697</sup>-. Para salir del distrito, por ejemplo, los

---

<sup>690</sup> Según la CVR, por violencia sexual se entiende la realización de un acto de naturaleza sexual contra una o más personas o cuando se hace que esa(s) personas realicen un acto de naturaleza sexual: por la fuerza o mediante la amenaza de la fuerza o mediante coacción, como la causada por el temor a la violencia, la intimidación, la detención, la opresión psicológica o el abuso de poder, contra esa(s) personas u otra persona o aprovechando un entorno de coacción o la incapacidad de esa(s) personas de dar su libre consentimiento. Incluye diferentes modalidades y conductas afines como la prostitución forzada, la unión forzada, la esclavitud sexual, los abortos forzados, los embarazos forzados y la violación sexual. P.264-265.

<sup>691</sup> BROWNMILLER, Susan. *Against Our Will: Men, Women and Rape*, New York, 1975.

<sup>692</sup> BOESTEN, Jelken. Op.Cit. P.86-87.

<sup>693</sup> ODIO BENITO, Elizabeth. Op.Cit. P. 272

<sup>694</sup> COMISIÓN DE LA VERDAD Y RECONCILIACIÓN, Informe Final. P. 265

<sup>695</sup> Idem. P. 263

<sup>696</sup> CVR. Tomo VI. P. 265

<sup>697</sup> Informe en Derecho Sobre el Caso de Violación Sexual de Mujeres del distrito de Manta Por parte de miembros del Ejército peruano durante los años de 1984 y 1994. IDEHPUCP. Abril, 2015. P.5

integrantes de las comunidades debían pedirles permiso de movilización. El control delegado derivó en abusos y vulneraciones de derechos contra las y los campesina/os. Entre ellos, se perpetraron masivas violaciones sexuales y torturas a mujeres de las comunidades a quienes se les “castigaba” bajo la sospecha de que eran miembros o simpatizantes de Sendero Luminoso. Muchas de estas mujeres quedaron embarazadas producto de la violación<sup>698</sup>.

El 25 de marzo de 2009, el Cuarto Juzgado Penal Supraprovincial de la Corte Suprema abrió instrucción mediante auto de apertura contra diez miembros del Ejército -entre ellos, el suboficial Sabino Rodrigo Valentín Rutti- por los delitos de violación sexual en agravio de M.A.E, y otras mujeres, en las localidades de Manta y Vilca. En el auto, el juzgado calificó los hechos como actos de violación contra la libertad sexual, y dado el contexto en el que se desarrollaron, como delitos contra la humanidad<sup>699</sup>.

La violación sexual, así, se encauzó bajo los tipos penales de dos Códigos Penales: 1) Artículo 196: “será reprimido con penitenciaría o prisión no menor de dos años, el que por violencia o grave amenaza obligara a una mujer a sufrir el acto sexual fuera del matrimonio” del CP de 1924 (ubicado en el Título IV: Delitos contra las buenas costumbres; Título I: delitos contra la libertad y honor sexual; y el 2) Artículo 170: “el que, con violencia o grave amenaza, obliga a una persona a practicar el acto sexual u otro análogo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años” del CP de 1991 (ubicado en el Título IV: Delitos contra la libertad; Capítulo IX: violación de la libertad sexual).

A pesar de que la fiscalía solicitó que estos hechos fueran calificados como delitos de tortura, la Sala consideró que tipificarlo como delito de tortura acorde al artículo 321 del CP de 1991 era una “clara confrontación con el principio de legalidad e irretroactividad de la ley penal”, dado que este tipo penal fue recién incorporado en febrero de 1998. Para el momento de los hechos, diversos tratados -como el artículo 5 de la Convención Americana de 1978, el artículo 7 del PIDCP de 1978- ya prohibían los actos de tortura, pero la Sala consideró que este era un mandato de implementación: “estas implicaban la necesidad de efectuar, en cumplimiento de ellas, acciones legislativas a efectos de plasmar en el ordenamiento legal interno, dicha figura penal, describiendo no sólo las conductas que se entenderán dentro de ella, sino también las agravantes y atenuantes que ella pudiera albergar y la pena que correspondería a cada una de ellas<sup>700</sup>”.

Asimismo, reconoció que aunque “jurisdiccionalmente [este principio] ha sido relativizado únicamente por tribunales” como Núremberg, la responsabilidad de los Estados por incumplir normas de protección a los derechos humanos, se da por “no sancionar hechos que podrían caer dentro de esta concepción”, más no necesariamente por sancionarlos bajo el título de tortura. Esta argumentación demuestra que la Sala se adhiere a la tesis que sostiene que las normas del DPI

---

<sup>698</sup> Informe en Derecho Sobre el Caso de Violación Sexual de Mujeres del distrito de Manta Por parte de miembros del Ejército peruano durante los años de 1984 y 1994. IDEHPUCP. Abril, 2015. P.10

<sup>699</sup> PÉREZ LEÓN, Juan Pablo. Op.Cit. p.14

<sup>700</sup> CUARTO JUZGADO PENAL SUPRAPROVINCIAL DE LIMA. 2009. “Auto apertorio de instrucción del caso de las mujeres violadas en las comunidades de Manta y Vilca”. P.10

son “no autoaplicativas” (requieren previa implementación normativa para ser aplicadas), a efectos de respetar el principio de legalidad penal, entendido este desde una mirada rígida y estricta. Por eso, la Corte Suprema discrepó de la fiscalía y dispuso no abrir investigación por el “rótulo del delito de tortura”, aunque reconoció que esto podía ser corregido luego por el Tribunal de Juzgamiento.

Las violaciones no fueron procesadas como delitos de tortura, pero el auto sí reconoció que estas se perpetraron como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil: “estas constituirían delitos de lesa humanidad, conforme a la descripción que la comunidad internacional viene dando a este tipo de delitos y que en ese ámbito se ha venido construyendo<sup>701</sup>”. Mencionó, a su vez, la jurisprudencia de los tribunales internacionales ad hoc de la antigua Yugoslavia y Ruanda, en reconocer la violación como un crimen de lesa humanidad, e identificó los elementos objetivos del delito. Pero no precisó -como sí se hizo, por ejemplo, en el caso del juicio al ex presidente Alberto Fujimori- el aspecto subjetivo del tipo penal referido al conocimiento de los imputados de que sus conductas se insertaban en dicho contexto (dolo)<sup>702</sup>. Esta calificación permitió que los hechos fueren investigados, a pesar del paso del tiempo, dada la imprescriptibilidad de tales delitos, algo ya recogido en fallos de la Corte IDH (Caso Barrios Altos vs. Perú).

Dado que estos actos fueron perpetrados contra la población civil en el marco de un CANI, debieron ser calificados también como crímenes de guerra<sup>703</sup>, pero no fueron reconocidos como tal<sup>704</sup>. Esto, a pesar de que el estatuto del TPIR ya había reconocido que las violaciones -así como la prostitución forzada-, al ser graves infracciones al artículo 3 común de los Convenios de Ginebra de 1949, y al Protocolo Adicional II, constituían crímenes de guerra<sup>705</sup>. Esto fue reconocido en la sentencia de la Sala de Primera Instancia de 1998, en el caso Jean Paul Akayesu (ICT-94-4)<sup>706</sup>.

Regresando a la calificación de crímenes de lesa humanidad, si bien el artículo 6 del ER reconoce a la violación sexual entre los actos que pueden perpetrarse en este contexto, la fuente consuetudinaria que las reprocha y criminaliza se remonta a años previos. Determinar ello es

---

<sup>701</sup> Idem. P.23

<sup>702</sup> PÉREZ LEÓN, Juan Pablo. Op.Cit P.11

<sup>703</sup> La norma consuetudinaria 93 del estudio elaborado por la Cruz Roja, asimismo, prohíbe las violaciones y cualquier otra forma de violencia sexual en cualquier escenario de violencia armada.

<sup>704</sup> Cabe precisar que los Convenios de Ginebra de 1949 y sus Protocolos Adicionales I y II sí prevén distintas disposiciones que protegen a la mujer de agresiones sexuales (artículo 27: “Las mujeres serán especialmente protegidas contra todo atentado a su honor y, en particular, contra la violación, la prostitución forzada y todo atentado a su pudor», artículo 76 (I): “las mujeres serán objeto de un respeto especial y protegidas en particular contra la violación, la prostitución forzada y cualquier otra forma de atentado al pudor”; artículo 4(2)(e) del PA II prohíbe “los atentados contra la dignidad personal, en especial los tratos humillantes y degradantes, la violación, la prostitución forzada y cualquier forma de atentado al pudor”). Sin embargo, salvo el PA II, el resto es aplicable a conflictos armados internacionales. Además, aunque se prohíban, no se encuentran criminalizadas, dado que no están incluidas en los artículos 147 (CG 4) y artículo 85 (PA I) que enlistan las infracciones graves -crímenes de guerra-.

<sup>705</sup> NÚÑEZ DEL PRADO, Fabiana. Definiendo a la violación sexual en el derecho internacional: la contribución de los Tribunales Penales Internacionales ad hoc. En: Agenda Internacional, Año XIX, N.30, 2012. P. 26

<sup>706</sup> Sentencia Prosecutor v. Akayesu, Jean Paul. Judgement ICTR-96-42. septiembre 1998. El fallo también fue histórico al definir la violación sexual como “cualquier invasión física de naturaleza sexual, perpetrada sobre una persona bajo circunstancias que son coercitiva”. Ni el estatuto del TPIY ni el TPIR definieron el acto en sus respectivos estatutos.



indispensable de cara al principio de legalidad, tal como ha sido desarrollado en esta tesis. Recuérdese que en los TMI de Núremberg, este fenómeno fue ignorado<sup>707</sup>. Donde sí se estableció expresamente fue en la Ley No. 10 del Consejo de Control para Alemania que rigió los procedimientos contra criminales de guerra de los países europeos del Eje, juzgados en Alemania por tribunales nacionales<sup>708</sup>. Según afirma Nuñez del Prado, “no procesaron los delitos de violación sexual [en Núremberg] como tales, pero la subsunción dentro de otros tipos penales [otros actos inhumanos] sirvió para esclarecer que la violación sexual era un acto penado internacionalmente mucho antes de ser reconocido de manera explícita<sup>709</sup>”.

Tanto el TPIY como el TPIR, sin embargo, fueron creados con el propósito de aplicar normas consuetudinarias ya existentes en el derecho internacional -no crearlas-. Así, conforme al principio de legalidad penal, incluyeron en sus estatutos la violación como una modalidad de los crímenes de lesa humanidad<sup>710</sup>. Aunado a ello, señala Odio Benito que el examen de las violaciones sexuales como tortura tiene posibilidades de sanción a los culpables también bajo el derecho internacional de los derechos humanos<sup>711</sup>. Pero en este caso, este extremo decidió dejarse de lado.

El juicio aun sigue en curso. La parte civil presentó un pedido de recusación que la Primera Sala Penal Transitoria en junio de 2018 aprobó, con lo cual, anuló el juicio que venía desarrollándose. La resolución que reinicia el juicio reconoce que, por la naturaleza de los hechos investigados -crímenes de lesa humanidad-, las reglas que rigen un proceso común no pueden usarse de manera cerrada, ya que se sobrepone el derecho a saber realmente qué pasó. Así, señala: “el derecho a la verdad y justicia frente a toda violación grave de derechos humanos, entre ellas, los crímenes de lesa humanidad, así como la consecuente obligación estatal de investigar, juzgar, sancionar y reparar estas violaciones, se encuentran plasmados en la Constitución Nacional y en los instrumentos de igual jerarquía; por tal razón, las reglas de un proceso común no pueden ser utilizadas de forma cerrada ante un caso de esta naturaleza<sup>712</sup>”.

Los jueces anteriores fueron cuestionados por haber permitido que las víctimas declaren en el juicio, frente a sus agresores, aunque ellas pidieron no hacerlo en su presencia, lo que vulnera así las normas procesales con perspectiva de género, el derecho fundamental a probar y la obligación del Estado de evitar la revictimización de víctimas de violación sexual.

A pesar de que no se encauzaron las violaciones sexuales como tortura, por el respeto al principio de legalidad estricta, el auto del Poder Judicial sí reconoció que los hechos, aunque tipificados bajo los delitos “contra la libertad sexual y el honor sexual” recogidos por los dos Códigos Penales (de 1924 y de 1991) que rigieron durante el período de los hechos, podían válidamente ser

---

<sup>707</sup> Idem. P.23

<sup>708</sup> ODIO BENITO, Elizabeth. Op.Cit. P.271

<sup>709</sup> NUÑEZ DEL PRADO, Fabiana. Definiendo a la violación sexual en el derecho internacional: la contribución de los Tribunales Penales Internacionales ad hoc. En: Agenda Internacional, Año XIX, N.30, 2012. P.24

<sup>710</sup> Idem. P.26

<sup>711</sup> ODIO BENITO, Elizabeth. Op.Cit. P.292

<sup>712</sup> Sala Penal Nacional. Primera Sala Penal Transitoria. Recurso de Nulidad N. 2395 -2017. P.11

calificados, a la vez, como crímenes de lesa humanidad, acorde a las fuentes del DPI. Así, la judicatura, en este caso, adoptó la calificación complementaria adscrita a una tipificación penal común. Precisa Montoya que ello determina “como consecuencias complementarias la imprescriptibilidad del hecho, la posibilidad de jurisdicción universal, la no inmunidad en caso de altos dignatarios y la obligada valoración más grave del hecho delictivo<sup>713</sup>”, así como la prohibición de cualquier tipo de excluyente de responsabilidad penal.

### **1.2.6. Resumen**

De los cinco casos estudiados, pese a que cada uno de estos fue calificado por la CVR como crímenes de lesa humanidad, el Poder Judicial solo reconoció como tal la matanza de Barrios Altos y la Cantuta, y Manta y Vilca (en el auto de apertura). Ello, pese a que en todos los casos, la fiscalía solicitó respectivamente que los hechos fueran calificados -salvo el caso del estudiante Ernesto Castillo Páez- como crímenes de lesa humanidad.

En lo que respecta a los crímenes de guerra, pese a que tal calificación también fue reconocida en el caso Tarata por la CVR, en ninguna de las resoluciones judiciales fue mencionado como tal. Se presenta, así, de lo estudiado, una mayor disposición de la judicatura nacional a precisar la calificación de crímenes de lesa humanidad, por sobre los crímenes de guerra en el contexto de un CANI -infracciones graves al artículo 3 común de los Convenios de Ginebra-. Si bien el caso Manta y Vilca podía ser calificado de igual forma, no lo fue.

Los jueces han recurrido en los cinco casos al derecho internacional como fuente de derecho para respaldar su decisión. Por tanto, han utilizado tales herramientas para suplir los vacíos de la normativa peruana, producto del incumplimiento de implementación normativa de tales delitos recogidos en el DPI.

Esta respuesta no ha sido del todo satisfactoria. Pero ha sido una alternativa, partiendo de que el principio de legalidad estricta, según la postura asumida, les impone utilizar tipos penales ordinarios para cumplir con las obligaciones internacionales de investigar, perseguir y sancionar. En todos los casos, tales deberes de penalización se han hecho efectivos, por su parte, a partir de las demandas presentadas por parte de víctimas contra el Estado peruano ante la Corte IDH por la vulneración de sus derechos, lo que los ha obligado a reabrir los casos. El derecho internacional ha pesado también en la inaplicación de leyes amnistías inconstitucionales, a la improcedencia de pedidos de prescripción por el paso del tiempo, y a la nulidad de un indulto, igualmente inconstitucional.

## **2. La función del derecho penal**

---

<sup>713</sup> MONTROYA, Yván. Las diversas calificaciones del hecho generador de una violación de derechos humanos y principio de legalidad. En: Temas de derecho penal y violación de derechos Humanos. Idehpucp, 2012. P. 139

La propuesta aquí planteada apuesta por permitir la aplicación de los injustos penales del DPI, crímenes internacionales, cuyos bienes jurídicos vulnerados son protegidos por el DIDH, por medio del derecho penal local, partiendo de una reinterpretación del principio de legalidad que permita perseguir y sancionar adecuadamente estos delitos (dado los intereses, derechos y obligaciones internacionales que entrarían en juego de no hacerlo). El rol de los jueces, en este escenario, resulta fundamental de cara a suplir los vacíos o deficiencias de la ley penal (artículo 139 de la Constitución), para recurrir a las fuentes que validan la persecución y sanción de tales crímenes.

Imputar la comisión de un crimen de esta naturaleza a una persona natural y hacerla responsable del mismo exige identificar una teoría del delito acorde a los fines y a la naturaleza del DPI, rama finalmente constituida para regular la prohibición y sanción de crímenes internacionales.

No es el propósito de esta investigación desarrollar una parte general que incluya esta teoría, cuyas premisas están en permanente construcción, en base principalmente a la jurisprudencia de los tribunales internacionales ad hoc, los principios generales del derecho penal, la parte especial del DPI, pero sí precisar a dónde debe orientarse el derecho penal donde esta teoría ha de inscribirse, cuando se proponga perseguir y sancionar conductas que ponen en riesgo prohibido los bienes jurídicos individuales y colectivos más elementales de la comunidad internacional.

### **2.1. Orientación a los fines del derecho penal internacional y del derecho internacional humanitario**

La teoría del delito -esto es, la teoría de imputación de responsabilidad penal por la comisión de un injusto penal a una persona- que adopte el Derecho Penal Internacional -desarrollada en parte en el capítulo 2- ha de inscribirse, como señala Ambos, en el marco de un derecho penal caracterizado más por un contexto político-criminal y político social de cara a la solución de controversias materiales (que cuestione cuál es el rol y la función de los institutos jurídicos existentes<sup>714</sup>), y menos por sucesos ónticos (estructuras lógico-objetivas), propio de una teoría del funcionalismo radical (o puro), con base en fundamentos teórico-sistémicos que abogue por una normativización extrema y una concepción de la culpabilidad completamente preventiva general, orientada a las necesidades punitivas de la sociedad.

Ambos postula una teoría del delito “político criminal, funcional-de derecho comparado<sup>715</sup>”, orientada a solucionar los problemas materiales en un orden jurídico determinado y a asegurar la protección de derechos humanos. No corresponde, por tanto, seguir la teoría del delito funcionalista radical, como la compartida por Jakobs, dado que “no reconoce al hombre en su individualidad, como persona independiente del grupo y (también) del sistema (...)”, donde es “persona solo quien debe cumplir una función para un grupo”, y “el individuo es degradado a la condición de mero engranaje dentro de un contexto de función mayor, limitado a reconocer o bien

---

<sup>714</sup> AMBOS, Kai. La Parte General del Derecho Penal Internacional. Bases para una elaboración dogmática. P. 39

<sup>715</sup> AMBOS, Kai. Op.Cit. P.63

a asumir como propio un ordenamiento que le ha sido dado, sin atención a la calidad concreta de las normas garantizadas y sin consideración alguna de su propio punto de vista<sup>716</sup>”. Para el autor, el funcionalismo extremo va demasiado lejos porque los criterios de legitimidad material no desempeñan ningún rol en el sustento de la legalidad.

La mencionada teoría no sería así, compatible con la sociedad en la que se funda el DPI: una “sociedad del ciudadano mundial” a la que le corresponde “proteger los derechos fundamentales<sup>717</sup>”, donde el individuo y la salvaguarda de derechos humanos interculturalmente reconocidos han de ser el punto de partida y el punto de llegada. Ello es compatible con la interpretación teleológica de un DPI orientado a los “valores y fines políticos de la comunidad internacional y la protección de derechos humanos fundamentales<sup>718</sup>”. Solo desde esta aproximación, el “Estado y la comunidad internacional estarán llamados forzosamente a proteger esa dignidad humana con el derecho penal<sup>719</sup>”.

Bien recoge Ambos sobre la tesis funcionalista de Jakobs, que resulta incoherente, desde su perspectiva, reprocharle a los esfuerzos internacionales de la protección penal de los derechos humanos querer “imponer su punto de vista a sangre y espada” y llegar a un “futuro mejor con métodos punitivos”, cuando al mismo tiempo exige, a nivel nacional, “neutralizar” a los enemigos de la sociedad<sup>720</sup>. No es este el propósito del DPI, como unos pregonan al calificarla de ‘neopunitivismo’ o de “ideología antiliberal claramente orientada a una punición infinita<sup>721</sup>”.

Que el derecho penal -nacional o internacional- reaccione frente a individuos que lesionan las normas más elementales de la convivencia social, siendo así, calificados como ‘enemigos’ por perpetrar estas conductas, no lo hace per se un derecho penal ‘del enemigo’. La idea de un derecho penal del enemigo -contrario por tanto, a un derecho penal liberal del ciudadano-, grafica, en realidad, al margen de la importancia de los bienes jurídicos que el sujeto lesiona, el trato del Estado al infractor como un *enemigo*, lo que sucede, por ejemplo, cuando este decide, a través de la intervención del derecho penal, recortar ámbitos de libertad de manera ilegítima y arbitraria<sup>722</sup>. Estas manifestaciones generalmente responden al fin del Estado de garantizar la seguridad de los ciudadanos neutralizando a los ‘sujetos peligrosos’. Cuando el Estado trata como *ciudadano*, sin embargo, a aquel que se comporta como *enemigo* (por ejemplo, a quien perpetra un genocidio), con el respeto de sus derechos, no estaremos frente a este fenómeno.

El sistema jurídico penal de derechos humanos elementales se entiende en función del rol del Estado como garante de una distribución equitativa de libertades. Con mayor razón frente a comportamientos penalmente relevantes que vulneran las normas más básicas de convivencia

---

<sup>716</sup> Idem P. 56

<sup>717</sup> Idem. P. 21

<sup>718</sup> Ibídem.

<sup>719</sup> Idem. P.22

<sup>720</sup> MEINI, Iván. Derecho Penal del Enemigo. Los Caminos de la Justicia Penal y los derechos humanos. Volumen 1. 2007. P. 157.

<sup>721</sup> PASTOR, Daniel R. El Derecho penal del enemigo en el espejo del poder punitivo internacional en Los desafíos del Derecho penal en el siglo XXI. Libro homenaje al Profesor Günther Jakobs. Lima. ARA editores. 2005. pp.792 y 793.

<sup>722</sup> MEINI, Iván. Op.Cit. P. 157.

social que tienen, además, una protección supranacional. La pena, en estos escenarios, refuerza su prohibición. Aun, en ausencia de un ordenamiento jurídico formal -ej, una dictadura-, existe un “ordenamiento jurídico mínimo vinculante en el cual las vulneraciones de los derechos humanos básicos son siempre injustos penales<sup>723</sup>”. Aun si esto no estuviere positivizado, tendría fuerza vinculante al tratarse de un ius cogens internacional, lo que permitiría procesar violaciones de derechos humanos al margen de si estuvieren implementados en la normativa interna crímenes internacionales, como los de lesa humanidad<sup>724</sup>.

Las críticas frente al principio de legalidad en sentido estricto pueden válidamente superarse si se toma en cuenta el aspecto material, en virtud del cual, el individuo cuenta con mecanismos de motivación distintos ‘al ordenamiento jurídico formal’, como el ius cogens. Finalmente, por la naturaleza de los crímenes, es posible garantizar la protección del individuo cumpliéndose los criterios de accesibilidad y previsibilidad, desarrollados en el capítulo 1 y 2. La función de la pena en estos casos, impone -si no hay ordenamiento jurídico formal- o refuerza -si existe un ordenamiento jurídico formal- un ordenamiento respetuoso de los derechos humanos, lo que incide en la confianza de la ciudadanía sobre el mismo. Como señala Meini, que el condenado sea un enemigo, no autoriza al Estado a tratarlo como tal<sup>725</sup>.

Esta aproximación de la función que le corresponde al derecho penal frente a este tipo de crímenes, a la finalidad que persiguen las instituciones jurídico penales, a los principios generales que han de guiar el ius punendi, al rol del Estado como garante del individuo frente al derecho internacional -por las obligaciones convencionales que asume de protección de derechos humanos-, a la reparación de las víctimas, son variables que han de impactar necesariamente en la imputación y determinación de responsabilidad penal de los infractores.

Como precisa Arajarvi, la sanción en este tipo de crímenes exige respetar las garantías del procesado, por tanto, la interpretación de tales delitos por parte de los tribunales debe ser flexible, pero jamás caprichosa<sup>726</sup>. En sus palabras, “*the judges are under pressure to provide justice for the victims, to respond to the expectation of the public (which would not be a task of a court), and follow legal principles, and fill in the gap where law leaves lacunae. In doing so, the interpretation of the law must be at same time flexible but not capricious. Without flexibility and fully complying with strict liability, the development of law -particularly in newer, less codified areas- is halted*”<sup>727</sup>.

---

<sup>723</sup> MEINI, Iván. Op.Cit. P.161

<sup>724</sup> Ibidem.

<sup>725</sup> Ibem. P.163

<sup>726</sup> ARAJARVI, Noora. Between Lex Lata and Lex Ferenda? Customary International (Criminal) Law and the Principle of Legality. En: Tilburg Law Review: Journal of International and European Law, Vol. 15, No.2. p. 174. [Traducción propia: “Los jueces están bajo presión para brindar justicia a las víctimas, para responder a las expectativas del público (lo que no sería una tarea de un tribunal), seguir los principios legales y llenar el vacío donde la ley deja vacíos. Al hacerlo, la interpretación de la ley debe ser al mismo tiempo flexible pero no caprichosa. Sin flexibilidad y cumpliendo totalmente con la estricta responsabilidad, se detiene el desarrollo de la ley, especialmente en áreas más nuevas y menos codificadas.”]

<sup>727</sup> Idem.

El derecho penal, tratándose de los crímenes internacionales, los más execrables reprochados por la comunidad internacional, debe salvaguardar las garantías mínimas del imputado que no dejar de ser ciudadano. Esto le obliga a evitar incurrir en un trato arbitrario derivado de una presunta condición de ‘enemigo’ por los actos que ha cometido. En ese escenario, la atribución de responsabilidad penal a quien es sindicado de cometer tales delitos debe orientarse a la preservación de un orden jurídico de protección de derechos humanos, que reconozca al ser humano en su individualidad y no como pieza de un sistema.

## 2.2 Impunidad y fines de la Pena

El preámbulo del ER que crea la CPI prescribe que uno de sus mandatos es “poner fin a la impunidad de los autores de esos crímenes y contribuir así a la prevención de nuevos crímenes<sup>728</sup>”. La creación de tribunales penales internacionales, como la CPI, responde al propósito de lucha contra la impunidad, en la medida que busca procesar y sancionar a los responsables de tan execrables hechos, cuando el principal responsable de hacerlo -el Estado en cuyo territorio ocurre- no puede o no quiere hacerlo. Para prevenir la impunidad y sancionar a los responsables, la única forma civilizada y humana que tenemos, dice Odio Benito, es a través de un Tribunal, vale decir, a través de la justicia impartida por jueces independientes e imparciales<sup>729</sup>.

La lucha contra la impunidad es, además, conforme con el régimen jurídico que el derecho internacional impone para crímenes internacionales o violaciones grave a los derechos humanos, donde no procede la institución jurídico-penal de la prescripción, la amnistía, el indulto y cualquier excluyente de responsabilidad penal que pretenda impedir la investigación y sanción de los perpetradores<sup>730</sup>. Esto, por la simple razón de que tales instituciones han sido “fuente generadora de impunidad<sup>731</sup>”.

En esa línea, el principio de legalidad, cuando Estados no han implementado crímenes internacionales en su legislación penal -o cuando lo han hecho tarde-, ha operado así como un obstáculo en la persecución de estos hechos: “Este vacío en la legislación penal nacional ha sido frecuentemente invocado por las autoridades investigadoras y judiciales para no investigar, juzgar y sancionar a los autores y copartícipes de crímenes bajo el Derecho internacional. Asimismo, en muchos casos, fiscales y jueces sólo investigan los hechos y procesan a sus autores por delitos menores u otros delitos que no reflejan la entidad criminal de los crímenes bajo el Derecho internacional<sup>732</sup>”.

Si el principio de legalidad -o cómo se ha aplicado para estos casos- opera, en la práctica, como una barrera para la persecución penal -sea para procesar delitos que ya hubieren prescrito en el

---

<sup>728</sup> Preámbulo del Estatuto de Roma.

<sup>729</sup> ODIO BENITO, Elizabeth. El Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia -Justicia para la Paz- En Revista IIDH. Volumen 24. P. 154

<sup>730</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Barrios Altos vs. Perú. Sentencia del 14 de marzo de 2001.

<sup>731</sup> Guía para Profesores – Derecho Internacional y lucha contra la impunidad. Cap XI: Principio de legalidad de los delitos y retroactividad de la ley penal. P. 412.

<sup>732</sup> Idem. P. 411

tiempo o para procesar crímenes que no estuvieren implementados en la ley penal interna, aunque sí en el derecho internacional-, podría afirmarse que esta incide directamente en la lucha contra la impunidad.

Resulta representativo que, según el informe de la Defensoría del Pueblo sobre la judicialización de las más graves violaciones a los derechos humanos perpetrados durante el CANI en el Perú, una de las principales barreras haya sido el escaso conocimiento especializado de doctrina y jurisprudencia sobre derechos humanos, derecho internacional y derecho penal<sup>733</sup>. Por su parte, sostiene Salazar en relación al desarrollo de estos casos por parte del sistema judicial: “Factores diversos como falta de recursos humanos y logísticos, excesiva carga procesal y desconocimiento de los avances doctrinarios y jurisprudenciales que se han dado en estas materias en otros países paralizan a jueces y fiscales y los hacen optar por las soluciones más sencillas: no impulsar las investigaciones, no emitir decisiones con razonamientos novedosos, no iniciar nuevas investigaciones de oficio<sup>734</sup>”.

Ahora bien, ¿qué se entiende específicamente por impunidad? Si bien comúnmente se ha entendido como la ausencia de castigo, esta abarca más. Para Ambos, es la “no persecución penal de conductas (acciones y omisiones), que encaudran en principio en el derecho penal nacional material y que pertenecen a la criminalidad común, pero que -por razones más bien fácticas que normativas- no resultan castigadas<sup>735</sup>”. Según el Conjunto de Principios para la Protección y la Promoción de los Derechos Humanos mediante la lucha contra la Impunidad de 1997, la impunidad no sólo puede ser “de hecho” -por ejemplo, por una mala administración de justicia por causas internas como la parcialidad de jueces, o externas como la obstrucción de otros poderes públicos-, sino “de derecho” -por ejemplo, por normas que impiden o limitan la investigación o persecución penal-, y puede abarcar también las sanciones administrativas, disciplinarias y las indemnizaciones por los daños causados a las víctimas<sup>736</sup>.

En definitiva, el concepto de impunidad, aunque abarca más, está estrechamente vinculado con el concepto de sanción, por tanto, con la pena. La persecución y eventual sanción de crímenes internacional precisamente busca acabar con la impunidad. Como dice Ambos, si se parte del hecho de que la impunidad cuestiona la credibilidad de la pena y el efecto preventivo (general o especial) del derecho penal en general, se puede formular así la tesis de que la impunidad posibilita la violación de derechos humanos, o más bien, la facilita, ya que el autor de la violación de derechos humanos no será declarado responsable penalmente<sup>737</sup>.”

---

<sup>733</sup> ALBÁN, Walter. Actuales riesgos para la judicialización de los casos de la CVR y la lucha contra la impunidad. En: Los Caminos de la Justicia Penal y los Derechos Humanos. Francisco Macedo (Coordinador). Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (idehpucp), Primera Edición-Abril de 2007. P. 214.

<sup>734</sup> SALAZAR, Katya. Op. Cit. P.208

<sup>735</sup> AMBOS, Kai. Impunidad y Derecho Penal Internacional. Buenos Aires, Argentina. 1999. Pag. 35

<sup>736</sup> BONET, Jordi. Impunidad, derechos humanos y Justicia Transicional. P. 17. Principios fueron actualizados con la Resolución 2004/72 de la extinta Comisión de Derechos Humanos de la ONU.

<sup>737</sup> AMBOS, Kai. Impunidad y Derecho Penal Internacional. P. 441

Cabe preguntarse, por tanto, si la pena y los fines que persigue, tratándose de crímenes internacionales, tienen un trato distinto al desarrollado en el derecho penal nacional. Olásolo señala que están estrechamente relacionados en ambos ordenamientos y reitera que la jurisprudencia de la CPI, el TPIY y el TPIR ha subrayado ya que los fines que se atribuyen a la pena en el derecho interno pueden ser también, aunque con sutiles diferencias<sup>738</sup>, los fines de la pena en el DPI<sup>739</sup>. Esto tiene mayor sentido si los crímenes internacionales son investigados y perseguidos a través del derecho penal local.

Ahora bien, ¿por qué es importante sancionar a los autores de tales crímenes? ¿Qué se busca con ello? ¿O qué fin es legítimo buscar? Las respuestas son más complejas de lo que parecen. La doctrina del derecho penal nacional ha estudiado por años qué legítima privar a una persona de su libertad por los actos que ha cometido<sup>740</sup>. A pesar de que no es materia principal de esta investigación, sí resulta importante repasar brevemente las teorías que pretenden explicarla a fin de identificar el fin de la pena en los crímenes internacionales. En términos generales, se podría decir que estas se dividen en tres grandes grupos: 1) retributivas, 2) preventivas, y 3) mixtas<sup>741</sup>.

En el primer caso, los principales expositores, los filósofos Immanuel Kant y George Wilhelm Hegel, reivindicaban la idea de que la pena debía retribuir el daño causado y estar desvinculada de su efecto social. Kant usa el ejemplo de la isla arrasada por un desastre natural, frente a la cual los primeros en ser ejecutados debían ser los presos, ya que estos no podían morir por causa ajena a la estricta retribución del mal causado<sup>742</sup>. El individuo, bajo esta tesis, no puede ser utilizado como un fin para alcanzar otros fines porque es un fin en sí mismo<sup>743</sup>. Hegel, por su parte, haciendo uso de la lógica dialéctica postuló que el delito es el rechazo del sujeto al ordenamiento jurídico que pone en duda la voluntad general de las personas, con lo cual, la pena pretende negar la negación del ordenamiento jurídico y con ello, reestablecerlo<sup>744</sup>.

La hipótesis de que la pena debía ser útil (y no justificarse por sí sola como sostienen las teorías retributivas) se perfeccionó en el periodo de la Ilustración. Aunque ya lo decía Platón en el siglo 5 AC: “Ningún hombre sensato castiga porque se ha pecado, sino para que no se peque<sup>745</sup>”. Las teorías relativas (o preventivas) buscan evitar la comisión de delitos, sea evitando que los delincuentes reincidan (preventivo especial) o disuadiendo al resto que delinca (preventivo general). En el primer caso, Franz Von Liszt postuló que había que intervenir al delincuente habitual capaz de ser resocializado e reintegrado a la sociedad (preventivo especial)<sup>746</sup>. En el segundo caso, Feuerbach -creador del aforismo en latín del principio de legalidad- propuso que

---

<sup>738</sup> AMBOS, Kai. Sobre los fines de la pena al nivel nacional y supranacional. Revista de derecho penal y criminología, 2.a Época, n.º 12 (2003), pág. 211.

<sup>739</sup> OLÁSULO, Héctor. Los Fines del Derecho Internacional Penal, 29 International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional, 93-146 (2016). [http:// dx.doi.org/10.11144/ Javeriana.il.14-29.fdi](http://dx.doi.org/10.11144/Javeriana.il.14-29.fdi). P. 111

<sup>740</sup> MEINI, Iván. La pena: función y presupuestos. En: Revista Derecho PUCP. N. 71, 2013.

<sup>741</sup> ROXIN, Claus; Arzt, Gunther, Tiedemann Klaus. Introducción al Derecho Penal y Derecho Penal Procesa. Editorial Ariel, S.A. Barcelona. 1989. P. 24.

<sup>742</sup> KANT, Immanuel La metafísica de las costumbres. Cuarta edición. Madrid: Tecnos, 2005, P.333

<sup>743</sup> Idem. 331.

<sup>744</sup> MEINI, Iván. Op. Cit. P.147

<sup>745</sup> ROXIN, Claus. Derecho Penal, Parte General. Tomo 1. Editorial Civitas, S. A. 1997. P. 85

<sup>746</sup> Para más info, ver MEINI, Iván. La pena: función y presupuestos. En Derecho PUCP.



la pena debía intimidar a la colectividad para que no delincan y opere así, como una suerte de ‘coacción psicológica’ (preventivo general negativo)<sup>747</sup>.

La teoría preventivo general positiva, por su parte, postula que la pena reafirma el derecho, sea a través de una función integradora (reafirma la conciencia social de que la norma vulnerada es válida), o estabilizadora (la sanción reestablece la vigencia de la norma penal cuestionada). Por su parte, la tesis mixta o de la unión, como la concibe Roxin, es una combinación de fines preventivo especiales y generales, en función del momento en el que se aplica la pena: 1) en la conminación penal, el fin es preventivo general, 2) en la imposición de la pena, se toma en cuenta las necesidades preventivo especiales y generales, y 3) en la ejecución de la pena, impera la resocialización del individuo<sup>748</sup>.

Ahora, en el caso del DPI, la jurisprudencia ha recogido una amplia gama de teorías que legitiman el fin de la pena. La retribución, como expresión de condena e indignación de la comunidad internacional ante las graves violaciones y el desprecio a los derechos fundamentales, ha estado presente en el TPIY (casos Aleksovski, Momir, Todorovic), pero no deja de ser criticado por quienes consideran la imposibilidad de encontrar una pena ‘equivalente’ al daño generado por crímenes tan graves<sup>749</sup>. En otros casos del TPIY (Tadic, Nolic<sup>750</sup>) o de la CPI (Katanga<sup>751</sup>), ha pesado más el fin preventivo de la disuasión (‘*deterrence*’), que, sin embargo, es criticado dado el riesgo de instrumentalizar a individuos (o castigar a inocentes) para conseguir un fin social más importante, o el hecho de que sea ineficaz en contextos de macrocriminalidad institucional, entre otros<sup>752</sup>.

Se ha evidenciado también un fin preventivo general positivo, en contextos post-conflicto, en términos de estabilizar el orden legal internacional resquebrajado, con el propósito de aumentar la confianza hacia el mismo, reafirmar los valores protegidos por ella y reflejar el desvalor de las conductas perpetradas. Así lo estableció el TPIY en el caso Kupreskic, donde indicó que las decisiones de la sentencia “crearán confianza y respeto hacia el sistema de justicia internacional en desarrollo<sup>753</sup>”. En opinión de Ambos, este fin ha de contribuir a la creación y consolidación de un orden jurídico internacional que proteja valores comunes<sup>754</sup>.

Sobre el fenómeno de la criminalidad gubernamental en Argentina y otros países de su contexto en perjuicio de derechos fundamentales, Sancinetti considera que es “un caso paradigmático en favor de la teoría de la prevención general positiva, que entiende a la pena como un ‘comunicado’ que tiene la misión de expresar, con la imposición de un mal al infractor, que la sociedad sigue

---

<sup>747</sup> Para más información, lea Roxin, Claus. Parte General.

<sup>748</sup> ROXIN, Claus. Óp.Cit. P.86.

<sup>749</sup> OLÁSULO, Héctor. Fines del Derecho Penal Internacional. P. 114.

<sup>750</sup> Idem. P.122

<sup>751</sup> International Criminal Court (ICC), Trial Chamber II, *Prosecutor vs. Germain Katanga*. Decision on Sentence pursuant to article 78 of the Rome Statute. No. ICC-01-04-01-07. Fecha 23 de mayo, 2014. Párrafo 38.

<sup>752</sup> Idem. 117.

<sup>753</sup> *Prosecutor v. Kupreskic et al*, IT-96-16. Sentencia, 14.1.2000, par 838.

<sup>754</sup> AMBOS, Kai. Crímenes de lesa humanidad y la Corte Penal Internacional, 9 Cuadernos de Derecho Penal, 95-140 (2013).

confiando en el valor de la norma quebrantada, es retribución del valor simbólico<sup>755</sup>”. Legitimar esta tesis, asimismo, no exige una comprobación fáctica porque el fin de la pena se realiza desde que, con la pena, se comunica que el derecho sigue vigente y se reestablece el orden vulnerado. Caso distinto ocurre con la prevención especial, por ejemplo, que sí exige un resultado en el grado de rehabilitación y reinserción del penado a la sociedad para legitimar el objetivo perseguido.

La sanción de crímenes internacionales pretende, en esa línea, desde la postura aquí acogida, un fin preventivo general positivo en términos comunicativos. La comunidad internacional, y los Estados que la integran, al reprimir y castigar eficazmente tan nocivas conductas dejan en claro que los bienes jurídicos y los valores, con ellas lesionados siguen estando protegidos y rigen para todos. Como señala Sáez, “esos procesos tienen un efecto directo en el terreno de lo que entendemos por la prevención general, en la medida que el juicio contra mandatarios es un acontecimiento simbólico de primer nivel que sirve para publicitar las normas en vigor sobre los crímenes internacionales y la responsabilidad individual, y socializa a actores y espectadores en los valores que dichas normas expresan<sup>756</sup>”.

Lo contrario, sostiene Sancinetti, implica que no sancionar una infracción a los derechos humanos es de por sí un ataque a los derechos humanos: “Por encima de cierta gravedad de una infracción a los derechos fundamentales, no es posible seguir confiando en la vigencia de una norma de protección de tales derechos si su comisión no es sancionada penalmente<sup>757</sup>”. Por eso, el autor considera que antes que un derecho autónomo de las víctimas a la sanción de sus victimarios, se trata, más bien, en sus palabras, “de una obligación del Estado de comunicar a todos que las víctimas siguen teniendo valor para nosotros, que quienes las mataron obraron mal, y este comunicado tiene que seguir a costa de los infractores<sup>758</sup>”.

Para Ambos, por su parte, dada la naturaleza de estos crímenes al ser comúnmente<sup>759</sup> cometidos “por o con la tolerancia de actores estatales o no-estatales” donde los actores “son suficientemente poderosos para impedir que los órganos estatales responsables puedan actuar eficazmente”, el fin preventivo general positivo de “erradicar una cultura de permitir que los violadores de derechos humanos queden impunes<sup>760</sup>” cobra más sentido. Como reitera Van Zyl, estos juicios no deben verse como expresiones de un deseo social de retribución, “sino que desempeñan una función expresiva vital cuando reafirman públicamente normas y valores esenciales cuya violación implica sanciones.<sup>761</sup>” Agrega, además, que busca restaurar la confianza entre los ciudadanos y el

---

<sup>755</sup> SANCINETTI, Marcelo. Las Leyes Argentinas de Impunidad y el artículo 29. En: Dogmática y Ley Penal. Libro Homenaje a Enrique Bacigalupo. Tomo I. P. 814.

<sup>756</sup> SAEZ VALCARCEL, Ramón. Op.Cit. P.606

<sup>757</sup> Idem. P.815

<sup>758</sup> Idem. P.816

<sup>759</sup> No siempre; los Crímenes de Guerra pueden ser perpetrados por cualquiera de las partes enfrentadas en hostilidades. Sucede lo mismo en el caso de los crímenes de lesa humanidad que también pueden ser cometidos por organizaciones. En la práctica, sin embargo, la gran mayoría de casos perseguidos y juzgados como crímenes internacionales cuentan con el elemento estatal, sea porque son funcionarios o privados que actúan a nombre de este.

<sup>760</sup> AMBOS, Kai. Op.Cit. P.454

<sup>761</sup> VAN ZYL, Paul. Promoviendo la justicia transicional en sociedades Post Conflicto. En: Manual de Justicia Transicional. Editorial: Idehpucp. P.50

Estado demostrándole a aquellos cuyos derechos han sido violados que las instituciones públicas buscan proteger, mas no violar sus derechos.

La sanción de crímenes internacionales pretende, así, desde la postura aquí acogida, un fin preventivo general positivo en términos comunicativos. La comunidad internacional, y los Estados que la integran, al reprimir y castigar eficazmente tan nocivas conductas dejan en claro que los bienes jurídicos y los valores, con ellas lesionados siguen estando protegidos y rigen para todos. El dictaminar la responsabilidad penal individual del acusado permite socializar que las conductas cometidas por este no tienen cabida en la comunidad internacional y expresan valores que han de protegerse. Esto permite que los ciudadanos confíen en el ordenamiento jurídico que salvaguarda estos intereses.

### **2.3 Justicia transicional: Reconciliación, verdad y paz**

Los crímenes internacionales se distinguen por un elemento contextual de violencia organizada, dice Cassese<sup>762</sup>. En América Latina, estos crímenes han tenido lugar, comúnmente, en escenarios de conflictos armados y/o regímenes dictatoriales o arbitrarios. Una tendencia que ha marcado estas sociedades post conflicto es la dificultad de hallar justicia dada la aparición de barreras fácticas dirigidas a frustrar este objetivo y perpetuar escenarios de impunidad, sea por el poder real que aun mantienen los perpetradores, o la debilidad de las instituciones para hacer frente a estas demandas.

Al esfuerzo tendiente a construir una paz sostenible posterior a un periodo de conflicto, violencia masiva o violación sistemática de derechos humanos se le denomina ‘justicia transicional’<sup>763</sup>. En palabras de Van Zyl, el objetivo de este sistema es “llevar a juicio a los perpetradores, revelar la verdad acerca de crímenes pasados, brindar reparaciones a las víctimas, reformas las instituciones abusivas y promover la reconciliación”<sup>764</sup>. En este escenario, las necesidades de justicia -donde la intervención del derecho penal se hace presente a través de la persecución y sanción de crímenes- pretenden ser equilibradas según el contexto de la realidad. Como dice Uprimmy, parafraseando al relator de las Naciones Unidas sobre el tema, Pablo de Grieff, la justicia transicional es una justicia imperfecta para tiempos radicalmente imperfectos, por tanto, no puede medirse con los mismos estándares aplicables a la justicia ordinaria en tiempos de normalidad<sup>765</sup>.

La justicia penal está diseñada para sociedades en las que la violación de la ley es la excepción y no la regla. Reitera Van Zyl que “cuando se trata de violaciones generalizadas y sistemáticas que involucran decenas o cientos de crímenes, los sistemas de justicia penal sencillamente no se dan abasto”<sup>766</sup>. Eso no quiere decir, en absoluto, que haya que renunciar a ella en contextos de esta naturaleza. Como se dijo en los acápites anteriores, la adecuada sanción de estas conductas

---

<sup>762</sup> CASSESE, Antonio. Op.Cit. p.92

<sup>763</sup> VAN ZYL, Paul. Op.Cit. P.47

<sup>764</sup> *Ibidem*.

<sup>765</sup> UPRIMMY, Rodrigo. Justicia imperfecta, paz posible. En: El espectador. Última visita: 15.02.2019. En: <https://www.elspectador.com/opinion/justicia-imperfecta-paz-posible-columna-588914>

<sup>766</sup> VAN ZYL, Paul. Op.Cit. P.50

cumple una función reivindicativa de los valores resquebrajados. Pero la persecución y sanción ha de tomar en cuenta necesariamente la realidad social donde opera esta justicia de cara a compatibilizar la prohibición de impunidad, con las pretensiones de paz perpetua, partiendo de la importancia que tiene para ello la necesidad de verdad que le asiste a todos los integrantes de una comunidad social, los programas de reparación a las víctimas y la adopción de medidas de no repetición.

Como afirma Ambos, la *realpolitik* exige un compromiso que está entre el extremo de pretender enjuiciar todos los casos hasta el de optar por una impunidad absoluta, un compromiso que puede difícilmente satisfacer a todos: “Si los culpables aducen la función de pacificación y punto final de una impunidad dictada por decreto, las víctimas en cambio consideran que no puede haber pacificación si se prescinde de la justicia y la verdad<sup>767</sup>”.

Para garantizar el derecho a la verdad, por eso, se han adoptado medidas que no buscan castigar a los responsables, como las comisiones de la verdad, pero sí reconocer el daño a las víctimas y las conductas cometidas por los culpables, sentando así las bases de una reconciliación. Este tipo de alternativas otorgan una voz a las víctimas cuyos testimonios permiten refutar “las mentiras oficiales y los mitos relativos a las violaciones de los derechos humanos<sup>768</sup>”, así, como coadyuvar a reducir sentimientos de ira e indignación que puedan conducir a la reanudación de las hostilidades. Ello ha de estar acompañado, a su vez, de una política integral de reparaciones a las víctimas, que sea justa y equitativa, pero también factible y realista. La no repetición de crímenes execrables del pasado exige, además, llevar a cabo una reforma íntegra de las instituciones, a partir de un diagnóstico de dónde fallaron durante el conflicto. Con mayor razón, si la pena busca en estos casos, restaurar la confianza en el derecho, en la democracia y en el Estado como agente encargado de hacerlo prevalecer.

Se trata, en esa línea, de medidas complementarias acorde a criterios de necesidad social que han de implementarse en contextos de particular fragilidad institucional propias de sociedades post-conflictos que guían cómo ha de enfrentarse el Estado a estos hechos del pasado. No basta que los operadores del derecho apliquen las disposiciones del DPI para investigar crímenes internacionales, sino que, sumado a ello, el Estado ha de adoptar un enfoque que complemente el aspecto punitivo y que esté basado una estrategia de construcción de paz asentada en los elementos constitutivos de la justicia transicional. Esto último, sin embargo, dependerá de un riguroso análisis del tipo de conflicto experimentado, sus causas y efectos, así como los motivos que llevaron al cese del mismo.

La persecución y sanción de crímenes internacionales no supone pasar por alto el valor de la seguridad jurídica vulnerando el principio de legalidad, sino todo lo contrario. Supone hacer efectivo los deberes de penalización que tienen los Estados a través de una reinterpretación de la legalidad material acorde a las fuentes que prohíben las conductas y los valores que están en juego

---

<sup>767</sup> AMBOS, Kai. Op.Cit. P.54

<sup>768</sup> Van Zyl, Paul. Op.Cit. P.51

ante el riesgo de impunidad, tomando en cuenta además, la finalidad de la pena en estos casos - rein vindicativa de un ordenamiento requebrajado y de los valores que este protege-, sumado a las medidas que deben acompañar la sanción en contextos de transición.

Como dice la Sala Penal Especial de la Corte Suprema, en el control de convencionalidad del indulto dictado a favor del ex presidente Alberto Fujimori, condenado por crímenes de lesa humanidad, “los procesamientos por delitos contra la humanidad (...) están sujetos a reglas ajenas a las habituales”, por tanto, “hay reglas comunes para los delitos comunes y reglas especiales para delitos de esta naturaleza, y si no fueran suficientemente claras, el Juez debe aplicar criterios de integración llenando el vacío<sup>769</sup>”. En estos supuestos, los mecanismos están a disposición de la judicatura que, inmunidos de la potestad de administrar justicia, están obligados a aplicarlos.

### 3. La legalidad de la pena

Este es, sin duda, el aspecto más desafiante de conciliar desde la propuesta de reinterpretar el principio de legalidad para la persecución y sanción de crímenes internacionales. Ya vimos que las garantías estrictas del principio bajo el sistema tradicional continental, son insuficientes para garantizar un contenido material que legitime que la conducta penalmente prohibida por ley sea realmente merecedora de sanción penal, acorde a los valores de un Estado social y democrático de derecho.

Además, por el lado del ‘nullum crimen sin lege’, es posible garantizar la previsibilidad y accesibilidad de la conducta tratándose de crímenes que superan una “manifiesta ilegalidad” (los ‘core crimes’<sup>770</sup>) al poner en riesgo los bienes jurídicos individuales y colectivos más trascendentales para la comunidad internacional, donde, además, al autor se le exige conocer la ilicitud de sus actos (con mayor razón si son funcionarios, como sucede comunmente en este tipo de crímenes). Las fuentes que respaldan esta criminalización son convencionales y no convencionales (costumbre, principios generales). Pero ¿es la pena igualmente previsible y accesible para estos casos?

La norma de comportamiento prohibida en las respectivas fuentes de derecho internacional es clara (aunque siempre sujeta a interpretaciones jurisprudenciales que delimitan sus alcances, como sucede con los tipos penales recogidos en una ley interna). Ninguna de estas, sin embargo, precisa qué sanción corresponde ejecutarse en esos casos. En otras palabras, el delito existe, se perpetró, el injusto penal recogido en fuentes de DPI se cometió, pero toca cuestionarse cómo ha de ser sancionado por los tribunales penales nacionales y cómo este injusto se imputa a un individuo; es decir, cómo se individualiza la responsabilidad penal nacional.

---

<sup>769</sup> CF. SALA PENAL NACIONAL DEL PODER JUDICIAL. <Control de convencionalidad. Alberto Fujimori Fujimori>. N. 00006-2001-2-5001-SU-PE-01. P.35

<sup>770</sup> FERDINANDUSSE, W.N. Op.Cit. p. 241.

Como señala Cassese, “*for a long time, either treaties or (more seldom) customary rules have confined themselves to prohibiting certain acts (for instance, killing prisoners of war or civilians), without however adding anything on the criminal consequences of such acts (...) these let alone the conditions for their criminal repression and punishment*”<sup>771</sup>.

Para Bassiouni de los 315 instrumentos internacionales de DPI elaborados entre 1815 y 1988, ninguno incluye sanciones, por lo que esta “ausencia confirma una regla consuetudinaria de la aplicación del derecho internacional”. El único instrumento que contempla penas es el ER de 1998 para los supuestos de prohibición establecidos en el tratado, con ánimo no de establecer un Código Penal mundial, sino regular el ámbito de jurisdicción del tribunal. En esa línea, el abogado argentino Rodolfo Matarollo sostiene que “exigir identificar de la misma forma una norma consuetudinaria de represión equivaldría a exigir una costumbre de la transgresión”. Ello, en tanto esta última -norma de represión- es consecuencia de la norma consuetudinaria de comportamiento.

### 3.1 Normas Primarias y Normas Secundarias

La doctrina del derecho penal nacional comúnmente distingue entre las normas primarias y secundarias. Las primeras refieren a la pauta de conducta prohibida y están dirigidas a los ciudadanos; y las segundas, a los jueces, en tanto prevé la sanción que ha de aplicarse por incumplir la norma primaria<sup>772</sup>. Esta última es la que recoge la pena que dicta al juez un marco jurídico aplicable (pena abstracta). El principio de legalidad, así, evita la arbitrariedad del juez y garantiza la proporcionalidad de las penas respecto al hecho jurídicamente desvalorado.

En esa línea, el principio ‘nulla poena sin lege’ prohíbe la aplicación de penas retroactivas. Esto significa que una ley penal no podría sancionar un hecho ocurrido con anterioridad a esta. Salvo una excepción: si se aplica en favor del reo (retroactividad benigna). Por ejemplo, si hace 5 años un sujeto perpetró un hecho criminal cuya pena hoy ha sido reducida -como reflejo de un menor desvalor-, el reo que cometió este delito y cumple una pena por ello, debe salir antes del tiempo de su condena acorde a la nueva ley.

Si seguimos la razón de ser expuesta en el primer capítulo sobre este trato diferenciado, este se justifica no porque el Estado quiere ser benévolo per se, sino porque la valoración sionormativa de una conducta, expresada en la pena, ha cambiado, ya no se justifica más el reproche de antaño y ello se superpone a la motivación que hubiere tenido el sujeto al momento de cometer el hecho. Esto, porque el principio de igualdad exige, además, no sancionar a dos personas que cometen el mismo hecho con penas distintas.

---

<sup>771</sup> CASSESE, Antonio. ICL. Op.Cit. P.17 [Traducción propia: “Durante mucho tiempo, los tratados o (más raramente) las reglas consuetudinarias se han limitado a prohibir ciertos actos (por ejemplo, matar prisioneros de guerra o civiles), sin agregar nada a las consecuencias criminales de tales actos (...) esto dejó solas las condiciones para su represión y castigo penal.”]

<sup>772</sup> MOLINA, Fernando. Antijuricidad penal y sistema del delito. Jose María Bosch Editor. Barcelona, 2001. P.551

Dicho en estos términos, el principio de legalidad no prohíbe las penas ex post facto si favorecen (indirectamente) al reo. Este principio sólo impedirá aplicar una pena no recogida en la ley penal vigente al momento del delito si esta es más grave que la anterior, o si se crea para un hecho que antes no era delito, por tanto, carecía de pena. Por ejemplo, si la pena del delito de tráfico de drogas se reduce de 10 a 15 años de prisión a 3 a 5 años y el condenado ya ha cumplido 6 años, correspondería que esta nueva ley le sea aplicable (y salga antes de prisión, por tanto). En ese caso, por más que al momento de los hechos, la previsión era que se le aplicaría una pena entre 10 a 15 años, la aplicación de una pena ex post facto se justifica en la nueva valoración social (manifiesta en la pena abstracta) y en el hecho de que a partir de la vigencia de la nueva ley, todos los ciudadanos que cometan dicha conducta deben recibir el mismo margen de pena. En este extremo, esta última salida se prioriza a la de la previsibilidad de la sanción por parte del individuo, que ha de garantizar el 'nulla poena, sine lege'.

Unos podrían decir frente a este argumento, sin embargo, que no es eso lo único que protege este extremo, sino que además, frena la posibilidad del juez de poder aplicar una sanción absolutamente arbitraria. Bajo esa tesis, el principio de legalidad opera como un ancla que obliga al juez al marco de pena establecido en ley penal. Sin embargo, más que la norma secundaria (de represión), es la norma primaria (de comportamiento) que contiene el reproche sociojurídico ex ante de la que esta deriva, la que vincula al juez. Es la última la que define el comportamiento merecedor de conducta, esto es, el delito, sin cuya verificación, el juez no podrá sancionarlo. La norma penal prohibitiva que define al delito condiciona su sanción, a manos del juez. Esta es la razón por la cual, estando el juez vinculado de manera más estrecha a la norma penal primaria, puede aplicar control difuso en su labor de administrar justicia ahí donde considere que el marco punitivo que precise la norma penal secundaria, por ejemplo, sea contrario a principios constitucionales como el de proporcionalidad, de cara al desvalor social de los hechos probados.

Es precisamente en estos casos, donde el resto de principios del derecho penal, como el de proporcionalidad (idoneidad, necesidad, proporcionalidad entre el injusto y la sanción), culpabilidad (responsabilidad individual por el hecho propio), exclusiva protección de bienes jurídicos o principio de lesividad (daño manifiesto a un bien jurídico) deberán servir como límites a la respuesta del derecho penal para resolver estos conflictos de fuente internacional.

Pero ¿qué pasa si las conductas cometidas con anterioridad sí eran crímenes perseguibles bajo el DPI, pero no contemplaban un rango de pena específico a ser aplicado? ¿Qué tipo de pena (y por cuánto tiempo) ha de solicitar el fiscal o imponer el juez? Esta fue precisamente la interrogante que se plantearon tribunales penales internacionales ad hoc al momento de establecer el marco punitivo en sus respectivos estatutos, cuyas fuentes de derecho estaban asentadas en el derecho consuetudinario; lo que desarrollaremos en el siguiente acápite.

### 3.2 Nullum crimen sine poena

El DPI ha brindado algunos aportes para superar las barreras que presenta el principio ‘nullum crimen, sine poena’. El profesor Ferdinandusse recoge cuatro aproximaciones para enfrentar esta problemática. Primero, desde una perspectiva estricta del principio de legalidad, incluso para la persecución de los crímenes internacionales más graves, debe existir una indicación estricta y precisa de la pena en la ley que ha de sancionar estos hechos (por ejemplo, la ley penal en Ruanda lo establece así para garantizar el principio de legalidad nacional, pero no para el internacional)<sup>773</sup>.

Una segunda aproximación del ‘nullum crimen sine poena’ exige también una indicación clara de la pena en la ley, pero autoriza al DPI, para supuestos de crímenes internacionales, ‘pedir prestado’ las penas recogidas en similares tipos penales ordinarios<sup>774</sup>. Por ejemplo, procesar crímenes de lesa humanidad con la pena de los delitos de homicidio, lesiones o violaciones, según sean los actos que hubieren sido perpetrados de manera sistemática o generalizada. Una tercera visión, por su parte, minimiza la indicación de la pena para crímenes internacionales muy graves (‘core crimes’), llegando, incluso, a descartarla, dado que, según esta tesis, el principio de legalidad en la pena exigiría solo una advertencia de que habrá una pena o, una indicación amplia sobre su forma o severidad sin precisar detalles de la misma (sea el tipo de pena o rango)<sup>775</sup>.

La Comisión de Derecho Internacional, por ejemplo, en el borrador de Código de Crímenes contra la Paz y Seguridad de la Humanidad de 1996, se adhirió a esta postura al decir que bastaba indicar que los actos eran criminales, sin tener que fijar una pena concreta. El comentario 7 sobre el artículo 3 que desarrolla las penas indica lo siguiente: “*it is, in any event, not necessary for an individual to know in advance the precise punishment so long as the actions constitute a crime of extreme gravity for which there will be severe punishment*”<sup>776</sup>. Postura, que según recoge el autor, varios Estados han objetado, aunque el sistema del Common Law ha aceptado por mucho tiempo que, ahí donde exista un vacío legal, los tribunales pueden decidir qué pena aplicar<sup>777</sup>.

Para los ‘core crimes’, en estricto, esta aproximación ‘minimalista’ tiene respaldo en la jurisprudencia<sup>778</sup>. Así, está el caso Mladen Naletilic de la Corte Europea de Derechos Humanos (2000), donde el tribunal rechazó la defensa de un ciudadano croata procesado ante el TPIY por crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad, que alegaba una violación al principio de legalidad (artículo 7 CEDH). Su argumento era que la ley penal vigente al momento de los hechos tenía como máximo una pena de 20 años de prisión, más baja que aquella recogida en las Reglas de Procedimiento y Evidencia del Estatuto de la TPIY que tenía como máximo la cadena perpetua

---

<sup>773</sup> FERDINANDUSSE. W.N. Op.Cit. P.252

<sup>774</sup> *Ibidem*.

<sup>775</sup> *Idem*. P. 254

<sup>776</sup> Véase Artículo 3 del Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind, 1996, Commentary 7. P.23. En: [http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/7\\_4\\_1996.pdf](http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/7_4_1996.pdf) Última visita: 05.05.2019 [Traducción libre: [“En cualquier caso, no es necesario que un individuo conozca de antemano el castigo preciso siempre que las acciones constituyan un delito de extrema gravedad por el cual habrá un castigo severo”].]

<sup>777</sup> FERDINANDUSSE. W. N Op.Cit.P.255

<sup>778</sup> *Ibidem*.



(Regla 101<sup>779</sup>). A pesar de que el Estatuto del TPIY preveía que el tribunal podía tomar en cuenta las prácticas generales de la Ex Yugoslavia para sentenciar (artículo 24)<sup>780</sup>, el argumento fue denegado.

Finalmente, una cuarta y última aproximación señala que este principio ‘nulla poena’ sí requiere una indicación de la pena, pero esta exigencia se satisface, por la naturaleza de estos crímenes (solo para crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad y genocidio), por medio de un principio general del derecho internacional que estipula que los crímenes más graves merecen la pena más severa<sup>781</sup>. Esto significa que el delito deberá sancionarse con la pena más grave que disponga el derecho penal interno. Esta idea, sin embargo, necesita de una variable adicional: el principio de proporcionalidad. Y es que, en el caso de los crímenes de guerra, por ejemplo, no todos los actos representan el mismo desvalor sociojurídico. Bien dice el profesor Ferdinandusse cuando señala lo siguiente:

*“...the principle that core crimes attract the highest penalties seems unfit for ‘minor’ war crimes. While national laws generally impose the highest penalties for at least homicidal acts that amount to core crimes, this is often not the case for acts that do not involve bodily harm, such as property crimes (pillage) and abuse of internationally protected emblems. Most national laws impose considerably lower sentences than the maximum for such crimes, and some even impose solely a fine, instead of imprisonment. Therefore, a complete discretion for national courts to punish such crimes with any penalty up to the maximum seems problematic<sup>782</sup>.”*

En otras palabras, un crimen de guerra puede ser tanto un ataque intencional contra civiles o el reclutamiento de niños soldados, como el uso indebido del emblema de la Cruz Roja o los actos de pillaje, que, sin embargo, no son de igual gravedad. En opinión del autor, el problema de imponer la sanción máxima a falta de una pena expresa, podría ser resuelto si los tribunales nacionales se valiesen de directrices que derivan de la práctica de tribunales internacionales y la jurisprudencia de tribunales nacionales, así como de las reglas de la CPI<sup>783</sup>. Reitera, en esa línea, que la aproximación que sugiere utilizar las penas de similares tipos penales ordinarios debe

---

<sup>779</sup> Rule 101: “A convicted person may be sentenced to imprisonment for a term up to and including the remainder of the convicted person’s life.” Última visita: 05.05.2019  
En: [http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Rules\\_procedure\\_evidence/IT032Rev50\\_en.pdf](http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Rules_procedure_evidence/IT032Rev50_en.pdf) Última visita: 03.05.2019

<sup>780</sup> Según el artículo 24 del estatuto del TPIY: “1. La Cámara de Primera Instancia sólo impone penas de prisión. Para fijar las condiciones del encarcelamiento, la Cámara de Primera Instancia recurre a las normas de penas de prisión aplicada por los tribunales de la ex-Yugoslavia.”

<sup>781</sup> Idem. P.256

<sup>782</sup> Idem. P.259 [Traducción propia: “.. el principio de que los crímenes principales atraen las penas más altas parece no ser adecuado para los crímenes de guerra "menores". Si bien las leyes nacionales generalmente imponen las penas más altas por al menos actos homicidas que equivalen a delitos fundamentales, a menudo no es el caso de actos que no involucran daños corporales, como delitos contra la propiedad (saqueo) y abuso de emblemas protegidos internacionalmente. La mayoría de las leyes nacionales imponen sentencias considerablemente más bajas que el máximo para tales delitos, y algunas incluso imponen únicamente una multa, en lugar de encarcelamiento. Por lo tanto, una completa discreción de los tribunales nacionales para castigar tales delitos con cualquier pena hasta el máximo parece problemática.”]

<sup>783</sup> Idem. P.259.

descartarse porque, en sus palabras, “*the crimes from which penalties are ‘borrowed’ might be superficially comparable, but ultimately they are different crimes*”<sup>784</sup>.

Como es evidente, no hay una homogeneidad en el derecho internacional y nacional sobre este extremo cuando se trata de crímenes internacionales. Lo que sí es un hecho, es que la ausencia de una pena específica no ha impedido la persecución y sanción de los mismos ni identificar que estos se perpetren. Esto no debe inducirnos a considerar que se trata de delitos sin pena, ya que, como bien dijera Quintano Ripollés, la sanción existe, siendo el quantum lo que se ignora, y ello de alguna manera entra en el juego de la aplicación judicial de las penas<sup>785</sup>. Antonio Cassese reconoce, por su parte, que “este principio no es aplicable a nivel internacional, donde la tarificación de la pena no existe”<sup>786</sup>, con lo cual los jueces tienen un amplio margen de apreciación.

El fenómeno de la ausencia de un marco punitivo limitado y previsible se vio en los tribunales ad hoc de la ex Yugoslavia<sup>787</sup> y Ruanda<sup>788</sup>, y permanece una realidad -aunque mejorada<sup>789</sup>- en la CPI, donde el ER deja un amplio margen de discreción para evaluar la sanción en caso corresponda. El artículo 78 dispone que la CPI debe revisar las Reglas de Procedimiento y Prueba (artículos 145 y 146), entre los que destacan factores como la gravedad del crimen, la índole de la conducta ilícita, los medios empleados para cometer el crimen, el grado de participación, la condición social y económica del condenado y otras circunstancias atenuantes como la conducta del condenado después del acto, o agravantes, como el móvil de discriminación previsto en el ER. Precisa que, al imponer la pena de prisión, esta deberá determinarla para cada uno de los crímenes y el total no podrá ser menor a la pena más alta de cada una de las sanciones impuestas, ni superar los 30 años de reclusión o cadena perpetua (cuando lo justifique la extrema gravedad del crimen).

Por su parte, según el artículo 110 del ER, podrá revisarse la pena cuando el condenado haya cumplido dos terceras partes o 25 años de prisión, si es cadena perpetua. Como penas accesorias, por su lado, existe la pena de multa y el decomiso. Se prohíbe, por su parte, la pena de muerte. La determinación de la pena, así, ha de guiarse en función de las Reglas de Procedimiento y Prueba que indica que el cálculo ha de medirse en base a la gravedad del crimen, las circunstancias personales del autor, y otros<sup>790</sup>.

---

<sup>784</sup> *Ibidem*. [Traducción libre: “los delitos de los que se “toman prestadas” las penas pueden ser superficialmente comparables, pero en última instancia son delitos diferentes.”]

<sup>785</sup> QUINTANO RIPOLLÉS, A. Tratado de Derecho Penal Internacional e Internacional Penal. Instituto Francisco de Vitoria, Madrid. 1955. P. 105

<sup>786</sup> CASSESE, Antonio. International Criminal Law. P. 157

<sup>787</sup> Según el artículo 24 del estatuto del TPIY: “1. La Cámara de Primera Instancia sólo impone penas de prisión. Para fijar las condiciones del encarcelamiento, la Cámara de Primera Instancia recurre a las normas de penas de prisión aplicada por los tribunales de la ex-Yugoslavia. 2. Al imponer cualquier pena, la Cámara de Primera Instancia tiene en cuenta factores como la gravedad de la infracción y la situación personal del condenado. 3. Además del encarcelamiento del condenado, la Cámara de Primera Instancia puede ordenar la restitución a sus propietarios de todos los bienes y recursos que les hayan sido arrebatados por medios ilícitos, incluyendo la coerción.”

<sup>788</sup> El artículo 23 del estatuto del TPIR repite el artículo 24 del del TPIR (con la modificación de que hace la referencia a los tribunales de Ruanda). Lo mismo se repite en el artículo 101 de las reglas de procedimiento para Ruanda.

<sup>789</sup> AMBOS, Kai. Treatise on International Criminal Law. Vol. II: “The Crimes and Sentencing”, Oxford. Oxford University Press, 2014. P. 279-281.

<sup>790</sup> AMBOS, Kai. El Nuevo Derecho Penal Internacional. P.252

En relación a las condenas de la CPI, resulta útil recoger un caso que da luces sobre los criterios de necesidad social que gradúan la responsabilidad penal al determinar la pena aplicable. En el caso, por ejemplo, del líder de la milicia congoleña Frente para la Resistencia Patriótica de Ituri, Germain Katanga, responsable penal de crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra por el ataque a la villa de Bogoro en la República Democrática del Congo, el tribunal analizó la gravedad, a partir de si el ataque se dirigió a personas u objetos (*“the Chamber has the duty to weight each of them by distinguishing, for example, those against persons from those targeting only property”*<sup>791</sup>), el grado de participación en la comisión del delito (*“guilty of being an accessory through a contribution made “in any other way” to the commission of several very serious crimes”*<sup>792</sup>), el móvil discriminatorio (*“Ngiti combatants were driven by an anti-Hema sentiment”*<sup>793</sup>), las armas utilizadas (*“using machetes and/or firearms, the group of Ngiti combatants from Walendu-Bindi intentionally killed at least 30 civilians not taking part in the hostilities”*<sup>794</sup>), la edad de las víctimas (*“some elderly people and 13 children, 11 of whom were aged less than six years, were murdered”*<sup>795</sup>), la especial crueldad de los actos bajo su comando (*“Attackers cut up their victims limb by limb before taking their lives. Witnesses testified that the attackers not only opened fire on fleeing villagers but also attacked them with bladed weapons as they tried to run away”*<sup>796</sup>), y otros.

Además de ello, también tomó en cuenta la edad de Katanga -tenía 24 cuando ocurrieron los sucesos-, el hecho de que era padre de seis hijos menores, la disposición que tuvo hacia civiles de su comunidad que, de manera muy limitada redujo la condena, así como los intentos posteriores para promocionar el desarme y desmovilización de niños soldados<sup>797</sup>. La fiscalía solicitó una pena entre 22 y 25 años de cárcel, pero la CPI sostuvo que al tratarse de un cómplice de un plan criminal compartido por varios, tomando en cuenta su edad y su familia, como un factor que facilita la rehabilitación y reintegración a la sociedad, así como el desarme de los niños soldados, pese a la gravedad de los hechos, fue sancionado con una pena de 12 años de cárcel. En el caso del Thomas Lubanga, por su parte, hallado responsable en calidad de coautor en 2012 de crímenes de guerra por el reclutamiento y uso de niños menores de 15 años para participar activamente de hostilidades, por su parte, la condena fue de 14 años de prisión.

La jurisprudencia y la experiencia comparada, son en todo caso, fuentes legítimas que sirven de guía para determinar los criterios que han de fijar la proporcionalidad de la sanción de crímenes

---

<sup>791</sup> International Criminal Court (ICC) Trial Chamber II. *Prosecutor v. Germain Katanga*, ICC -01/04-01/07-3484, Decision on Sentence pursuant to article 76 of the Statute, 23 May 2014. p.19. Trad propia: [*“La Cámara tiene el deber de ponderar a cada uno de ellos distinguiendo, por ejemplo, aquellos contra personas de aquellos que solo tienen como objetivo la propiedad”*]

<sup>792</sup> *Ibidem*. Trad propia: [*“fue declarado culpable de ser un participante accesorio a través de una contribución hecha “de cualquier otra manera” a la comisión de varios delitos muy graves”*].

<sup>793</sup> *Ibidem*. Trad propia: [*“Los combatientes Ngiti fueron conducidos por un sentimiento anti-Hema.”*]

<sup>794</sup> *Ibidem*. Trad propia: [*“...utilizando machetes y / o armas de fuego, el grupo de combatientes ngiti de Walendu-Bindi mató intencionalmente a al menos 30 civiles que no participaban en las hostilidades”*]

<sup>795</sup> *Ibidem*. Trad propia: [*“Algunas personas mayores y 13 niños, 11 de los cuales tenían menos de seis años, fueron asesinados.”*]

<sup>796</sup> *Ibidem*. Trad propia: [*“Los atacantes cortan a sus víctimas extremidades por extremidades antes de quitarse la vida. Los testigos declararon que los atacantes no solo abrieron fuego contra los aldeanos que huían, sino que también los atacaron con armas blancas mientras intentaban huir.”*]

<sup>797</sup> *Idem*. P. 35

internacionales. A efectos de esta investigación, el hecho de que no hayan penas establecidas en el derecho internacional para estos crímenes no impide procesarlos y salvaguardar con ello el principio de legalidad, dado que este se respeta bastando la clara determinación jurídica de la conducta incriminada y sus elementos en las respectivas fuentes de DPI.

Ha de precisarse que lo que vincula con mayor intensidad al juez es la norma primaria, con lo cual, la norma que determina la sanción debe guiarse por los principios generales del derecho penal antes señalados y en definitiva, por la práctica jurisprudencial nacional e internacional para casos similares, a fin de salvaguardar con ello la seguridad jurídica y evitar, en la medida de lo posible, cualquier atisbo de arbitrariedad en la determinación de las penas. Como señala Mattarollo, el DPI parte de una distinción fundamental entre norma de comportamiento y norma de represión, en virtud del cual la costumbre da origen a la primera (la mayoría de los Estados se abstienen de ejecutarla con la conciencia de realizar así una obligación jurídica), pero “la norma de represión es una consecuencia de la norma consuetudinaria de comportamiento”<sup>798</sup>. En otras palabras, dado que la norma de sanción (pena) deriva de la norma de comportamiento (injusto), es suficiente para legitimar la represión que el DPI recoja lo primero en las fuentes de incriminación del DPI.



---

<sup>798</sup> Guía para Profesores – Derecho Internacional y Lucha contra la Impunidad. Cap XI: Principio de legalidad de los delitos y retroactividad de la ley penal. P. 416.

## CONCLUSIONES

**Primera.** El principio de legalidad no constituye una barrera que impide perseguir y sancionar crímenes internacionales perpetrados en el Perú durante el conflicto armado no internacional entre 1980 y 2000. En la práctica, sin embargo, ha sido interpretado desde una perspectiva netamente formal, insuficiente para la persecución y sanción idónea y proporcional de tales hechos. A partir de una reinterpretación del principio de legalidad desde una perspectiva no formal, sino material en consonancia con el derecho penal internacional que sostiene que nadie podrá ser sancionado por actos u omisiones que al momento de cometerse no fueran delictivos según el ‘derecho’ nacional o internacional, es posible alcanzar dicho objetivo. Tratándose de crímenes internacionales, esto adquiere plena validez al estar prohibidos y sancionados en base a fuentes que trascienden la ley penal peruana y radican en el derecho internacional.

**Segundo.** La razón de ser del principio de legalidad es garantizar a los individuos la seguridad de saber cuáles son los límites de su libertad a fin de ser advertidos de cuándo su conducta pueda ser un riesgo para terceros, no tolerado por un Estado de derecho que legítimamente puede sancionarla. Asimismo, busca frenar la arbitrariedad del poder punitivo al castigar una conducta que no haya sido prevista como tal por los órganos competentes para crear el derecho a ser aplicado. Antes que acatar la ley por la ley, este principio-derecho ha de entenderse acorde a este fundamento material, que incluso, en sus orígenes, fue entendido como un medio (y no un fin) para hacer realidad los derechos naturales inherentes al individuo. Si el derecho penal tiene como fin proteger los derechos y las libertades de la persona humana, la ley penal (o su ausencia) no debe ser un obstáculo para conseguirlo. Una ley que no sea instrumental a estas funciones, que no reivindique los valores y la vigencia de un orden jurídico nacional e internacional, que no proteja los derechos humanos, carece de legitimidad.

**Tercero.** La jurisprudencia nacional ha entendido el principio a partir de un apego a las subgarantías de la tradición continental (lex escrita, estricta, certa y previa), lo que resulta insuficiente para garantizar la legitimidad de las conductas prohibidas y la previsión del sujeto de adecuarse a ellas: no es la ley previa la que motiva, sino los valores socio culturales que subyacen a ella; la ley estricta no permite identificar el comportamiento penalmente prohibido en su integridad; la ley escrita no se conoce y la costumbre es fuente de derecho penal donde hay cohesión de valores e igual cosmovisión; y no es la ley cierta la que guía la determinación de la norma penal, sino la racionalidad y finalidad detrás de ella. En el caso de los más graves crímenes internacionales, la manifiesta ilegalidad del crimen y la mayor exigibilidad en la conducta de funcionarios (en crímenes avalados por el Estado) contribuye a asegurar la previsibilidad (y accesibilidad) de estas conductas. Frente a la comisión de tales crímenes, la acepción continental no sólo no recibe acogida en el derecho internacional, sino que puede erigirse en un obstáculo frente al cumplimiento de obligaciones internacionales de investigar, perseguir y sancionar tales hechos.

**Cuarto.** El Perú como Estado Parte del PIDCP, la DUDH y la CADH desde 1978, se encuentra vinculado con la definición que ofrecen del principio de legalidad donde lo que prima es el derecho antes que la ley. Aplicar directamente los crímenes internacionales prohibidos por el

derecho internacional es, por tanto, conforme al principio de legalidad. Desde la aprobación de los principios de Núremberg por la AGNU, se asume que la responsabilidad penal individual por la comisión de estos crímenes existe aun si la legislación interna no los prevé. Y es que, la ausencia de un marco normativo interno como resultado de la no implementación de tales delitos no puede ser una excusa para no investigar y perseguir tales hechos. Así lo han entendido los tribunales nacionales que, en su mayoría, han procesado los crímenes ocurridos en el Perú, aunque acorde a tipos penales ordinarios. Si bien esto último no está prohibido por el derecho internacional, sí representa un desafío para el principio de proporcionalidad, ya que no refleja el real desvalor de la conducta sancionada.

**Quinto.** El modelo monista prevé que las normas de derecho internacional se integran al derecho interno sin tener que realizar actos de transformación, pero no ordena un tratamiento diferenciado en función de normas materialmente incriminatorias (bajo la tesis de que tienen una naturaleza ‘no autoaplicativa’). A pesar de que la doctrina mayoritaria asume que es necesario un desarrollo interno previo para ser aplicadas en el Perú, la postura aquí asumida se distancia de esta tesis no vinculante y apuesta por una reinterpretación del principio de legalidad que habilite la aplicación directa de los tipos penales recogidos por el DPI. Con mayor razón si los Estados tienen obligaciones de respetar, proteger y garantizar el núcleo duro de derechos humanos que se lesiona con la comisión de tales crímenes, así como los derechos a la verdad de las víctimas (y de la sociedad) y a contar con un recurso efectivo para acceder a la justicia. Proceder de esa manera es conforme al derecho internacional y no vulnera el principio de legalidad.

**Sexto.** En relación al extremo de la sanción penal, no hay tratado ni costumbre que impone a los crímenes internacionales una pena por haber incurrido en ellos. Las fuentes se limitan a prohibir la conducta merecedora de sanción penal. El juez, al determinar la sanción, está, sin embargo, vinculado a la norma de comportamiento antes que a la norma de sanción. Si el principio cumple, además, una función de previsibilidad y accesibilidad no tiene sentido exigirle al sujeto conocer qué pena recibirá, sino que basta conocer que será sancionado. La pena en estos casos persigue un fin comunicativo de reafirmación de los valores resquebrajados y restauración de la confianza entre los ciudadanos y el Estado. Para atribuir el injusto a un sujeto e individualizar la responsabilidad penal individual, el DPI da herramientas a los operadores del derecho, a través de la jurisprudencia regional e internacional, que le permitan graduar la pena en función del desvalor socio jurídico que representan. La ausencia de un marco legal punitivo de ningún modo es un argumento para dejar de perseguir y sancionar estos crímenes.

## BIBLIOGRAFÍA

ALBAN, Walter

2007 *Actuales riesgos para la judicialización de los casos de la CVR y la lucha contra la impunidad*. En: Los Caminos de la Justicia Penal y los Derechos Humanos. Francisco Macedo (Coordinador). Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (idehpucp), Primera Edición. Abril.

ALEXY, Robert

2000 *Derecho injusto, retroactividad y principio de legalidad penal*. La doctrina del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre los homicidios cometidos por los centinelas del Muro de Berlín. Doxa Cuadernos de Filosofía del Derecho, 23.

AMBOS, Kai

2006 *La construcción de una Parte General del Derecho Penal Internacional*. En: Temas Actuales del derecho penal internacional. Por: Ambos, Kai; Malarino, Ezequiel & Woischnik, Jan. Contribuciones de América Latina, Alemania y España.

2005 *La Parte General del Derecho Penal Internacional: Bases para una elaboración dogmática*. Traducción: Ezequiel Malarino. Editorial: Konrad-Adenauer Stifting E.V. Uruguay.

2004 *El Nuevo Derecho Penal Internacional*. ARA Editores. Lima, Perú.

1999 *Impunidad y Derecho Penal Internacional*. Publicado por Ad Hoc (Buenos Aires) en cooperación con Konrad Adenauer Stiftung/Ciedla, Revista de Ciencias Penales de Uruguay y Coordinadora Nacional de Derechos Humanos del Perú.

ARAJARVI, Noora

2011 *Between Lex Lata and Lex Ferenda? Customary International (Criminal) Law and the Principle of Legality*. Tilburg Law Review: Journal of International and European Law 1.

ARROYO ZAPATERO, Luis

2009 *Presentación a la Edición Española*. En: Caminos para la armonización penal. Dirigido por: Mireille DELMAS-MARTY / Mark PIETH / Ulrich SIEBER. Tirant Lo Blanch, Valencia. En: [http://www.cienciaspenales.net/files/2017/06/caminos\\_penal.pdf](http://www.cienciaspenales.net/files/2017/06/caminos_penal.pdf) Última visita: 03.05.2019

ATIENZA, Manuel

2007 *Dejemos atrás el positivismo jurídico*. Isonomía (27). 07-28.

BACIGALUPO, Enrique

1999 *Principios Constitucionales del Derecho Penal*. Editorial Hammurabi S.R.L. Buenos Aires.

BARBOZA, Julio

2008 *El Derecho Internacional Público*. Zavalía Editor. Ciudad de Buenos Aires.

1999 *International Criminal Law*. En: R.C.A.D.I., Tomo 278 (Vol.3).

BASSIOUNI, M. Cherif

1999 *Crimes against Humanity in International Criminal Law* (2da Revised Edition.). Londres, Kluwer Law International. July.

- 1996 *International Crimes: Jus Cogens and Obligatio Erga Omnes*. 59 Law & Contemporary Problems. At 63-74.
- 1984 *Derecho Penal Internacional: Proyecto de Código Penal Internacional*. Madrid: Tecnos.
- BECCARIA, Cesare.  
2011 *Del delito y de las Penas*. Traducción de Perfecto Andrés. Madrid: Trotta.
- BECK, Ulrich  
1988 *Hacia una sociedad del riesgo, hacia una nueva modernidad*. Paidós. Barcelona.
- BOBBIO, Norberto.  
1991 *El tiempo de los Derechos*. Editorial Sistema. Traducción: Rafael de Asís Roig. Madrid.
- BONET, Jordi; ALIJA FERNANDEZ, Rosa.  
2009 *Impunidad, derechos humanos y Justicia Transicional*. Universidad de Deusto. Instituto de Derechos Humanos. Bilbao.
- BROWNMILLER, Susan  
1975 *Against Our Will: Men, Women and Rape*. New York.
- BURNEO, José  
2017 *Derecho Penal Internacional. Genealogía de los crímenes internacionales más graves*. Editorial: PUCP.
- CAMUS, Albert.  
1999 *Los Justos*. Traducido por: Mauro Armíño. Alianza.
- CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio  
1992 *Curso de Derecho Internacional Público: introducción a su estructura, dinámica y funciones*.  
2000 *Derechos Humanos y Derecho Internacional*. Revista Isegoría.
- CARO JOHN, JOSE ANTONIO  
2013 *El principio de legalidad penal*. En: Libro Homenaje al profesor José Hurtado Pozo, el penalista de dos mundos. Idemsa. Lima, Perú.
- CASSESE, Antonio.  
2009 *Afirmación de los Principios del Derecho Internacional Reconocidos en el Estatuto del Tribunal de Núremberg*. United Nations Audiovisual Library of International Law. En: [http://legal.un.org/avl/pdf/ha/ga\\_95-I/ga\\_95-I\\_s.pdf](http://legal.un.org/avl/pdf/ha/ga_95-I/ga_95-I_s.pdf) Última visita: 05.05.2019  
2003 *International Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press.  
2004 *Soberanía de los Estados*. En: Crímenes Internacionales y Jurisdicciones internacionales. Antonio Cassese & Mireille Delmas Marty (Eds). Traducción de Horacio Pons Grupo Editorial Norma. Bogotá D.C.
- CASSIRER, Ernst  
2013 *El mito del Estado*. Fondo Cultural Económica. México D.F.



- CHANG, Romy  
2011 *Debate en torno a la Imprescriptibilidad de Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad ¿Es posible su aplicación retroactiva?* En: *Ius et Veritas*. Num.43.
- DAVIES, Peter  
2014 *La Revolución Francesa. Una breve introducción*. Alianza, Madrid.
- DE FROUVILLE, Olivier  
2012 *Droit International Penal: sources, incriminations, responsabilité*. Editions A.Pedone.
- DELMAS MARTY, Mireille  
2009. *Violence and massacres -towards a Criminal Law of Inhumanity?* En: *Journal of International Criminal Justice* 7.
- DUPUY, Pierre-Marie.  
2002 *L'unité de l'ordre juridique international. Cours general de droit international public*. En RCADI 297. Leiden-Boston: Brill-Nijhoff.
- FACIO, Alda.  
2009 *El derecho a la igualdad entre hombres y mujeres*. Interpretación de los principios de igualdad y no discriminación para los derechos humanos de las mujeres en los instrumentos del Sistema Interamericano: 65-78.
- FERDINDANDUSSE, W.N.  
2006 *Direct application of International criminal law in national courts*. University of Amsterdam. Den Haag: T.M.C. Asser Press.
- FERRAJOLI, Luigi.  
1995 *Derecho y Razón: Teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta.
- FLETCHER, George.  
2007 *The Grammar of Criminal Law: American, comparative, and international: volume one: foundations*. Oxford University Press.
- FOLGUEIRO, Hernán.  
2004 *El crimen de genocidio en el derecho internacional*. Daniel Feierstein (comp.), *Hasta que la muerte nos separe: poder y prácticas sociales genocidas en América Latina*, Ediciones al Margen, La Plata.
- FULLER, Norma.  
2008 *La criminología desde una perspectiva de género*. En: *Género y Justicia*. Coord. Marianella Ledesma.
- FUNDACIÓN PARA EL DEBIDO PROCESO LEGAL  
2009. *Digesto de Jurisprudencia Lationamericana sobre crímenes de derecho internacional*. Washington DC.
- GALLANT, Kenneth S.  
2009 *The Principle of Legality in International and Comparative Criminal Law Chapter 3: Nuremberg and Tokyo*. Cambridge University Press.
- GIL GIL, Alicia.  
1999 *Derecho Penal Internacional*. Madrid: Ed. Tecnos.
- GONZÁLEZ, Gloria.

2018 *Exigencias normativas de legitimidad en la ley penal*. En: Estudios Jurídicos en Homenaje al profesor Dr.hc. Juan M. Terradillos Basoco. Tirant lo Blanch, Valencia.

#### COMISIÓN INTERNACIONAL DE JURISTAS

2014 *Guía para Profesores – Derecho Internacional y lucha contra la impunidad*. Cap XI: Principio de legalidad de los delitos y retroactividad de la ley penal.

GARGARELLA, Roberto

2016 *Castigar al prójimo: por una refundación democrática del derecho penal*. Siglo Veintiuno Editores.

GUTTIERREZ, Hortensia.

2006 *La relación entre el derecho internacional humanitario y los tribunales penales internacionales*. En: International Review of the Red Cross. Marzo, N. 861 de la versión original.

HASSEMER, Winfried.

1997 *Crítica al Derecho Penal de Hoy*. Editorial: Universidad del Externado de Colombia.

HERNÁNDEZ, Ángel.

1997 *¿Fundamentación o protección de los derechos humanos?* Las tesis de Bobbio y de Beuchot. En Isonomía, No.6, Abril.

HOBBS, Thomas.

2006 *Leviatán*. Trad. de C. Mellizo, Madrid, Alianza. XLVI.

HUERTA, Luis

2007 *La aplicación de jurisprudencia constitucional para el juzgamiento de violaciones de derechos humanos*. Los Caminos de la Justicia Penal y los Derechos Humanos. IDEHPUCP. Lima.

HUESA VINAIZA, Rosario.

1994 *El Tribunal Internacional para juzgar los Crímenes cometidos en la Ex Yugoslavia y la Sanción Internacional de los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad*. En: Curso de Derecho Internacional de Vitoria astelz. Madrid: Tecnos, Universidad del País Vasco.

IBAÑEZ CARRANZA, Luz del Carmen.

1998 *Capítulo VI: Los retos del Caso Cabitos*. En: Cuartel Cabitos Lugar de Horror y Muerte. APRODEH.

JESCHECK, Hans-Heinrich. & WEIGEND, Thomas.

2002 *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. Trad. Miguel Olmedo Cardente. Editorial Comares, S.L..

JUSTICIA VIVA.

2011 *Extradición, juicio y condena a Alberto Fujimori*. Febrero, Lima.

KANT, Immanuel

2005 *La metafísica de las costumbres*. Cuarta edición. Madrid: Tecnos.

LASCURAÍN, Juan Antonio.

2015 *Introducción al Derecho Penal*. Editorial Civitas. Madrid.

LEMKIN, Rafael.

1944 *Dominio del Eje sobre la Europa Ocupada: leyes de ocupación, análisis de gobierno, propuestas de reparación*. Washington: Carnegie Endowment for International Peace, Division of International Law.

LOVATÓN, David.

2006 *Nueva Ley de Organización de la Justicia Militar: Un maquillaje legislativo*. En: Consorcio Justicia Viva. N. 221. En: [http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/tribuna/tr\\_20080616\\_30.pdf](http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/tribuna/tr_20080616_30.pdf) Última visita: 04.05.2019

MACULAN, Elena.

2012 *La Respuesta a las Graves Violaciones de Derechos Humanos entre Derecho Penal e Internacional*. Observaciones sobre el caso Fujimori. En Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. En: <http://criminnet.ugr.es/recpc/14/recpc14-05.pdf> Última visita: 05.05.2019

MALEKIAN, Farhad.

1999 *International Criminal Responsibility*. En: International Criminal Law 1. Compiler: Cheriff M. Bassiouni.

MARCHUK, Iryna.

2015 *Fundamental Concept of Crime in International Criminal Law*. Springer.

MAYER, Max Ernst.

2000 *Normas jurídicas y Normas de Cultura*. Hammurabi. Trad: Jose Luis Guzmán Dábora. Buenos Aires, octubre.

MEINI, Iván.

2018 *Sobre la interpretación en Derecho Penal*. En LIBER AMICORUM Estudios Jurídicos en Homenaje al Prof. Dr. Dr.h.c. Juan Terradillos Basoco. (pp. 159 - 172). VALENCIA. Tirant lo Blanch.

2014 *Lecciones de Derecho Penal - Parte General: Teoría Jurídica del Delito*. Fondo Editorial PUCP.

2013 *La pena: función y presupuestos*. En Derecho PUCP. p. 141-167.

2009 *Capítulo V. Perú*. En: Desaparición Forzada de personas. Análisis comparado e internacional. Bogotá, Colombia. Coord: Ambos, Kai.

2008 *Protección penal de los Derechos Humanos*. Temas de Derecho Penal. Libro Homenaje a Luis Guillermo Cornejo Cuadros. Editores ADRUS.

2007 *Los delitos contra la Humanidad en el ordenamiento legal peruano*. Los Caminos de la Justicia Penal y los derechos humanos. Francisco Macedo (Coord.) Primera Edición. IDEHPUCP. Lima.

2007 *Notas sobre el derecho penal del enemigo y los derechos humanos*. Los Caminos de la Justicia Penal y los Derechos Humanos. Francisco Macedo (Coord.) Primera Edición. IDEHPUCP. Lima.

MIRÓ QUESADA CANTUARIAS, Francisco

2003 *El hombre, el mundo, el destino*. Universidad de Lima. Fondo de Desarrollo Editorial.

MIR PUIG, Santiago.

- 2009 *Derecho Penal. Parte General*. 9 ed., Barcelona.
- 2005 *Límites del normativismo en Derecho Penal*. En: Imputación Objetiva y Dogmática Penal. Editorial: Mérida (Venezuela) Universidad de los Andes.
- MOLINA, Fernando.
- 2001 *Antijuricidad penal y sistema del delito*. Jose María Bosch Editor. Barcelona.
- MONTOYA, Yván.
- 2010 *Aspectos Problemáticos de la Judicialización de los Casos de Violaciones a los derechos humanos: a propósito del derogado DL 1097*. En: Revista Derecho y Sociedad 35.
- 2007 *El derecho internacional y los delitos*. En: Los Caminos de la Justicia Penal y los derechos humanos. Francisco Macedo (Coord.) Primera Edición. IDEHPUCP. Lima.
- 2012 *Las diversas calificaciones del hecho generador de una violación de derechos humanos y principio de legalidad*. En: Temas de derecho penal y violación de derechos Humanos. Idehpucp.
- MUÑOZ CONDE, Francisco & GARCIA ARAN, Mercedes.
- 2002 *Derecho Penal Parte General*. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia.
- 1985 *Derecho Penal y control social (Sobre la función motivadora de la norma penal)*. En: Derecho Penal y Control Social, Fundación Universitaria de Jerez, Jerez de la Frontera.
- NAUCKE, Wolfgang
- 2000 *La progresiva pérdida del contenido del principio de legalidad penal como consecuencia de un positivismo relativista y positivizado*. En: La Insostenible Situación del Derecho Penal, Trad.: SÁNCHEZ-OSTIZ, Granada: Comares,
- 2006 *Derecho Penal. Una Introducción*. Editorial Astrea.
- NINO, Carlos S.
- 2009 *Fundamentos del Derecho Penal*. Editorial: Gedisa.
- NOVAK, Fabián.
- 2001 *Antecedentes Históricos del Estatuto de Roma*. En: La Corte Penal Internacional y las medidas para su implementación en el Perú. Elizabeth Salmón.
- 1998 *La Declaración Universal de Derechos Humanos cincuenta años después*. En: Revista Agenda Internacional. Vol. 4. No. 10.
- NUÑEZ DEL PRADO, Fabiana.
- 2012 *Definiendo la violación sexual en el derecho internacional: la contribución de los Tribunales Penales Internacionales ad hoc*. En: Agenda Internacional, Año XIX, N.30.
- ODIO BENITO, Elizabeth.
- 2001 *De la Violación y otras graves agresiones a la integridad sexual como crímenes sancionados por el derecho internacional humanitario (crímenes de guerra)*. Aportes del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia. En: Ensayos en honor de Fernando Volio Jiménez.
- 1996 *El Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia -Justicia para la Paz-*. En Revista IIDH. Volumen 24.

OLÁSULO, Hector.

2016 *Los Fines del Derecho Internacional Penal*, 29 *International Law*, Revista Colombiana de Derecho Internacional, 93-146.

2013 *El principio nullum crimen sin iure en Derecho Internacional Contemporáneo*. Anuario iberoamericano de Derecho Internacional Penal, ANIDIP, vol.1.

PASTOR, Daniel R.

2005 *El Derecho penal del enemigo en el espejo del poder punitivo internacional en Los desafíos del Derecho penal en el siglo XXI*. Libro homenaje al Profesor Günther Jakobs. Lima. ARA editores..

PEREZ MANZANO, Mercedes.

2018 *La caracterización del feminicidio de la pareja o expareja y los delitos de odio discriminatorio*. En: Revista Themis.

PEZZOT, Romina E.

2016 *¿Es la costumbre internacional una fuente creadora tabú en el derecho internacional penal? Propuesta de un método de constatación de la costumbre internacional general de naturaleza penal*. En *Letra: Derecho Penal*. Año IV, número 7, pp. 154-185

PRIETO SÁNCHEZ, Luis.

2007 *La Filosofía penal de la Ilustración*. Editorial: Palestra. Lima.

RADBRUCH, Gustav.

1962 *Arbitrariedad Legal y Derecho Supranacional*. En: *Relativismo y Derecho*. Trad: Luis Villar Borda.

1992 *La Renovación del Derecho*. En: *Relativismo y Derecho*. Trad: Luis Villar Borda. Editorial Temis S.A.

1971 *Leyes que no son Derecho y Derecho por encima de las leyes*. Radbruch, G.; Schmidt, E.; Welzel, H., *Derecho injusto y derecho nulo* (JM Rodríguez Paniagua, Trad.). Madrid, MD: Aguilar.

PRINCETON UNIVERSITY

2001 *Princeton Principles on Universal Jurisdiction*. Foreword by Mary Robinson.

QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio

1955 *Tratado de Derecho Penal Internacional e internacional penal*. Consejo Superior de Investigaciones Científicas. Instituto Francisco de Vitoria. Madrid.

RELVA, Hugo.

2003 *The implementation of the Rome Statute in Latin American States*. En *16 Leiden Journal of International Law* 331.

REYES MILK, Michelle.

2008 *El principio de inmunidad de los Jefes de Estado en actividad y su regulación en el Estatuto de Roma que crea la Corte Penal Internacional*. En: *Agenda Internacional* Año XV, N° 26.

RIVERO, Ángel, *Liberalismo radical (De Paine a Rawls)*.

2006 *Ideologías y movimientos políticos contemporáneos*. Coordinador: J. Antón Mellón. Ed. Tecnos, Madrid.

- RODRÍGUEZ MASA, María José.  
2018 *Hacia una dogmática jurídico penal como sistema abierto*. En: Estudios Jurídicos en Homenaje al profesor Dr. Juan M. Terradillos Basoco. VALENCIA. Tirant lo Blanch.
- ROLING, Bernard  
1960 *International Law in an Expanded World*. Amsterdam, Djambatan, 1960.
- ROUSSEAU, J. J.  
1955. *Emilio*. Buenos Aires, Eds. Safian.
- ROXIN, Claus  
1989. *Introducción al Derecho Penal y Derecho Penal Procesal*. Editorial Ariel, S.A. Barcelona.  
1997. *Derecho Penal Parte General*. Editorial Civitas, S.A.  
2006 *Política Criminal y Sistema del Derecho Penal*. Editorial: Hammurabi.
- RUBIO, Marcial.  
2009 *El Sistema Jurídico*. Introducción al Derecho. Décima edición aumentada. Fondo Editorial PUCP.
- SAEZ VALCARCEL, Ramón.  
2018 *Actualizar la prohibición del genocidio y las masacres*. En: Estudios Jurídicos en Homenaje al profesor Dr.hc. Juan M. Terradillos Basoco. Tirant lo Blanch, Valencia.
- SAGUES, Néstor Pedro.  
2003 *Mecanismos de incorporación de los tratados internacionales sobre Derechos Humanos al Derecho interno*. En: Retos de la judicialización en el proceso de verdad, justicia, reparación y reconciliación. Lima: Coordinadora nacional de los Derechos Humanos.
- SALMON, Elizabeth y GARCÍA SAAVEDRA, Giovanna.  
2000 *‘Los Tribunales Internacionales que juzgan individuos. El caso de los Tribunales Ad Hoc para la ex Yugoslavia y Ruanda y el Tribunal Penal Internacional como manifestaciones institucionales de la Subjetividad Internacional del ser humano’*. En: Derecho y Sociedad.
- SALMÓN, Elizabeth.  
2014 *Curso de Derecho Internacional Público*. Fondo Editorial Pucp. Lima.  
2012 *Introducción al Derecho Internacional Humanitario*. CICR. Edición.  
2011 *El crimen de agresión después de Kampala: soberanía de los Estados y lucha contra la impunidad*. Lima: Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP).  
2007 *La globalización de la justicia internacional: hacia un nuevo orden público internacional*. En: Ius et Veritas.
- SALMÓN, Elizabeth & NOVAK, Fabian.  
2003 *Las Obligaciones internacionales del Perú en materia de derechos humanos*. Fondo Editorial PUCP.
- SANCINETTI, Marcelo.  
1999 *El Derecho Penal en la Protección de los Derechos Humanos*. Edición Hamurabi

- SCHMIDT, Eberhard.  
1971 *La Ley y los Jueves. Valores positivos y negativos del positivismo*. En Derecho Injusto y Derecho Nulo. Ed. Aguilar. Trad: Jose María Rodríguez Paniagua.
- SILVA SANCHEZ, Jesús María.  
2006 *Sobre la interpretación 'teleológica' en Derecho Penal*. En: *Estudios de filosofía del derecho penal* (pp 365-395). Universidad Externado de Colombia.
- SIMBEYE, Yitiha.  
2004 *Immunity and International Criminal Law*, Hants/ Burlington: Ashgate.
- SÜß, FRANCK.  
2000 *El Trato Actual del Mandato de Determinación*. En: La insostenible situación del Derecho Penal. Editores: Comenares.
- TERRADILLOS BASOCO, Juan M.  
2003 *La Constitución Penal. Los Derechos de la Libertad*. Universidad de Castilla La Mancha. En: <http://www.cienciaspenales.net/files/2016/07/13terrardillos-constitucionpenal.pdf>
- THEODORE, Meron.  
1998 *War Crimes Law Comes of Age 244* (Oxford Univ. Press) (discussed further in Ch. 7.i).
- THIRLWAY, Hugh.  
2019 *The Sources of International Law*. En Oxford University Press (ed).
- UPRIMMY, Rodrigo  
2019 *Justicia imperfecta, paz posible*. En: El espectador. Fecha de ingreso: 15.02.2019. En: <https://www.elespectador.com/opinion/justicia-imperfecta-paz-posible-columna-588914>  
Última visita: 02.05.2019
- VAN ZYL, Paul.  
2011 *Promoviendo la justicia transicional en sociedades Post Conflicto*. En: Manual de Justicia Transicional. Editorial: Idehpucp.
- VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando.  
2018 *Fundamentos de Derecho Penal: parte general*. Ediciones Jurídicas Andrés Morales.
- VON LISZT, Franz.  
1939 *Derecho Internacional Público*. Barcelona: Gustavo Gill.
- WELZEL, Hans.  
1970 *Derecho Penal Alemán. Parte General*. 11º edición, traducido por Juan Bustos Ramírez y Sergio Yañez Pérez, Editora Jurídica de Chile, Chile.  
2016 *Positivismo y Neokantismo*. En Anales de la Cátedra Francisco Suárez. 2016.
- WERLE, Gerhard & JESSBERGER, Florian.  
2014 *Principles of International Criminal Law*. OUP Oxford.
- YACOBUCCI, Guillermo.  
2014 *Los Principios Fundamentales del Derecho Penal*. B de F, Montevideo, 2014.

- 2005 *La transformación de la legalidad penal como desafío del nuevo siglo*. En: Los Desafíos del Derecho Penal en el Siglo XXI. Libro Homenaje al Profesor Dr. Gunther Jakobs. ARA Editores E.I.R.L.

YON RUESTA, Roger.

- 2000 *El Juez Penal y el Control Difuso: análisis a partir de dos leyes*. Revista Derecho Pucp, 53.

## JURISPRUDENCIA

Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH)

- 2018 Caso Barrios Altos y La Canuta. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, 30 de mayo.
- 2011 Caso Gelman vs. Uruguay. Sentencia de fecha 24 de febrero de 2011.
- 2010 Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia. Sentencia de fecha 26 de mayo, 2010.
- 2007 Caso Caesar vs. Trinidad y Tobago. Sentencia del 21 de noviembre, 2007.
- 2007 Caso Masacre de Rochela vs. Colombia. Sentencia del 11 de mayo, 2007.
- 2006 Caso Almonacid Arellavo vs. Chile. Sentencia de fecha 26 de setiembre, 2006.
- 2006 Caso La Cantuta vs. Perú. Sentencia de fecha de 26 de noviembre de 2006.
- 2006 Caso Goiburú y otros vs. Paraguay. Sentencia de fecha del 22 de setiembre, 2006.
- 2005 Caso Fermín Ramírez vs. Guatemala. Sentencia de 20 de junio de 2005.
- 2001 Caso Barrios Altos vs. Perú. Sentencia de fecha 14 de marzo de 2001.
- 1998 Caso Blake vs. Guatemala. Sentencia de fecha de 24 de enero, 1998.
- 1998 Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Sentencia de fecha 29 de julio de 1998.
- 1997 Caso Castillo Páez vs. Perú. Sentencia de fecha 3 de noviembre, 1997.
- 1989 Caso Godínez Cruz. Vs. Honduras. Sentencia de fecha 21 de julio, 1989.

Corte Constitucional de Colombia

- 2006 Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia C-370/06, 6 del 18 de mayo, 2006.
- 2003 Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia C-004/03, 20 de enero.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)



- 2010 Caso Kononov c. Letonia. Sentencia del 17 de mayo de 2010.
- 2008 Caso Korbely v. Hungría. Sentencia del 19 de setiembre de 2008.
- 2006 Caso Kolk y Kislyiy v. Estonia. Sentencia del 17 de enero de 2006.
- 2001 Caso Streletz, Kessler and Krenz v. Germany. Sentencia del 22 de marzo, 2001.

#### Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia (TPIY)

- 2004 Sala de apelaciones, Arret Blaskic, affaire. IT-95-14-A. Decisión del 29 de junio.
- 2000 The Prosecutor v. Tihomir Blaskic, IT-95-14, Trial Chamber. Decisión del 3 March.
- 2000 Prosecutor v. Kupreskic et a, IT-96-16. Decisión del 14 de enero, 2000.
- 2000 Sala de Apelaciones. The Prosecutor v. Zlatko Aleksovski. Decisión del 24 de marzo.
- 1999 Prosecutor v. Dusko Tadic. Cámara de Apelación Sentencia del 15 de julio, 1999.
- 1997 Sala de Apelaciones. The Prosecutor v. Dusko Tadic, cit. Opinion and Judgement 07 mayo.
- 1998 Sala de Primera Instancia. El Fiscal c. Furundzija. Causa IT-95-17/1-T. Decisión del 10 de diciembre.
- 1995 Sala de Apelaciones. The Prosecutor v. Dusko Tadic, cit. Decisión del 2 Octubre 1995.

#### Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR)

- 1998 Sala de Primera Instancia, The Prosecutor v. Jean Paul Akayesu. Sentencia del 2 de setiembre, 1998.

#### Corte Penal Internacional (CPI)

- 2014 Trial Chamber II. Prosecutor v. Germain Katanga, ICC-01/04-01/07-3484, Decision on Sentence pursuant to article 76 of the Statute, 23 May 2014.

#### Corte Internacional de Justicia (CIJ)

- 1996 Opinión Consultiva sobre la legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares. 8 de julio, 1996.

- 1986 Caso relativo a las actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua. ICJ Reports de 27 de junio.
- 1970 Caso Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, arret, Recueil.
- 1951 Reservas a la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio. Opinión Consultiva, 28 de mayo de 1951.

#### Corte Permanente de Justicia Internacional

- 1927 Caso S.S. Lotus. En Collection of Judgements (Series A, 10), 7 de setiembre de 1927. En: [https://www.icj-cij.org/files/permanent-court-of-international-justice/serie\\_A/A\\_10/30\\_Lotus\\_Arret.pdf](https://www.icj-cij.org/files/permanent-court-of-international-justice/serie_A/A_10/30_Lotus_Arret.pdf) Última visita: 04.04.2019

#### Tribunal Constitucional del Perú (TC)

- 2012 Sentencia recaída en el Expediente. N. 00156-2012 PHC/TC. Principio de legalidad y derecho administrativo sancionador (Caso Tineo Cabrera). Fecha: 8 de agosto, 2012.
- 2011 Sentencia recaída en el Expediente. No 0611-2009-PA/TC. Fecha: 7 de marzo de 2011.
- 2010 Sentencia recaída en el Expediente N. 02666-2010-PHC/TC. Fecha: 12 de noviembre de 2010.
- 2010 Sentencia recaída en el Expediente. N.º 00197-2010-PA/TC. Fecha: 24 de agosto de 2010.
- 2007 Sentencia recaída en el Expediente. 00007-2007-PI-TC. Fecha: 19 de junio de 2007.
- 2006 Sentencia recaída en el Expediente. N. 0025-2005-PI/TC y 0026-2005-PI/TC. Asunto: Colegio de Abogados de Arequipa y otro. Fecha: 25 de abril de 2006
- 2006 Sentencia recaída en el Expediente 0012-2006-PI/TC. Proceso de inconstitucionalidad de la Decanda del Colegio de Abogados de Lima contra el DL. 961, Código de Justicia Militar. Fecha: 15 de diciembre de 2006.
- 2004 Sentencia recaída en el Expediente. N. 2758-2004 HC/TC: principio de legalidad. Fecha: 23 de noviembre de 2004.
- 2004 Sentencia recaída en el Expediente. N. 2192-2004 AA/TC. Derecho administrativo sancionador, principio de legalidad y principio de proporcionalidad. Fecha: 11 de octubre de 2004.
- 2004 Sentencia recaída en el Expediente N.º 2798-04-HC/TC. Asunto: Gabriel Orlando. Vera Navarrete. Fecha: 9 de diciembre de 2004.
- 2002 Sentencia recaída en el Expediente. N.º 010-2002-AI/TC. Marcelino Tineo Silva y más de 5 mil ciudadanos. Fecha: 3 de enero de 2003.

- 2004 Sentencia recaída en el Expediente. N.º 2488-2002-HC/TC. Fecha: 18 marzo de 2004.
- 1996 Sentencia recaída en el Expediente. N. Exp. N° 318-96-HC/TC. Caso: Demetrio Castro Motta. Fecha: 6 de agosto de 1996.

#### Corte Suprema del Justicia de la República del Perú

- 2019 Sala Penal Especial. Expediente. N. 00006-2001-4-5001-SU-PE-01. Control de Convencionalidad. Alberto Fujimori Fujimori. 13 de febrero.
- 2018 Sala Penal Nacional. Colegaido 'A'. Expediente. N. 00334-2013-0-5001-JR. P. 147. Caso Atentado. Tarata. 11 de setiembre, 2018.
- 2018 Sala Penal Nacional. Expediente. N. 00649-2011-0-5001-JR-PE-03. Lima, 9 de febrero.
- 2015 Casación. N. 335-2015 Del Santa. Doctrina Jurisprudencial.
- 2017 Sala Penal Nacional. Primera Sala Penal Transitoria. Recurso de Nulidad. Expediente. 2395-2017.
- 2009 Sala Penal Especial. Expediente. N° A.V. 19-2001. Fecha: 7 de abril, 2009.
- 2009 Acuerdo Plenario No 1-2009/CJ 116 de 13 de noviembre de 2009. Asunto: Rondas Campesinas y Derecho Penal.
- 2006 Corte Suprema de Justicia. Sentencia de 20 de marzo, 2006. Expediente:111-04. Asunto: D.D Cayo Rivera Schreiber.
- 2006 Acuerdo Plenario 2-2006/CJ 116 de 13 de diciembre de 2006. Asunto: lex tertia y ley penal más favorable.
- 2005 Acuerdo Plenario N° 2-2005/DJ-301-A. Asunto: Sustitución de penas por retroactividad benigna. La aplicación de la ley 28002.
- 2001 Sala Penal Especial. Expediente. N. A.V. 19-2001.

#### INSTRUMENTOS NACIONES UNIDAS

- 2017 Informe de la Comisión de Derecho Internacional de la ONU. 69 período de sesiones (1 de mayo a 2 de junio y 3 de junio a 4 de agosto, 2017). A/72/10. Anexo A trabajado por Marcelo Vásquez-Bermúdez. En: [https://digitallibrary.un.org/record/1303207/files/A\\_72\\_10-ES.pdf](https://digitallibrary.un.org/record/1303207/files/A_72_10-ES.pdf) Última visita: 04.05.2019
- 2004 Informe del Secretario General de las Naciones Unidas del 3 de agosto, 2004. S/2004
- 2002 Comisión Preparatoria de la Corte Penal Internacional de las Naciones Unidas. PCNICC/2002/WGCA/L.1. Enero. En: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r29046.pdf>
- 1993 UN SECRETARY GENERAL, Report of the Secretary-General pursuant to Paragraph 2 of the Security Council Resolution 808 (1993), S/25704, de 3 mayo de 1993.

1973 Resolución 3074 (XXVIII), aprobada por la AGNU, 3 de diciembre de 1973.

#### COMISIÓN DE LA VERDAD Y RECONCILIACIÓN

- 2001 Informe Final de la Comisión de la Verdad y Reconciliación, Tomo VI, Sección Cuarta: Los crímenes y violaciones de los derechos humanos, p. 507-508.
- 2001 Informe Final de la CVR. Tomo VII. 2.60. Los Asesinatos y Lesiones Graves producidos en el Atentado de Tarata (1992). p.661.
- 2001 Informe Final de la CVR. 2.9. Desapariciones, torturas y ejecuciones extrajudiciales en la base militar de los Cabitos (1983-1985).
- 2001 Informe Final de la CVR. 1. 5 Violencia sexual contra la mujer. P.263-384.



### **Agradecimientos**

Este trabajo de investigación no habría sido posible de no haber sido por la orientación y el apoyo constante de mi asesor de tesis, Iván Meini, mi gran amigo y maestro. De no haberme reclutado cinco años atrás como asistente de Derecho Penal o haberme presentado a Ferdinand Von Schirach una Navidad, no sé qué rumbo habría tomado en esta carrera. Gracias por enseñarme que lo simple siempre es mejor y que el derecho penal si no es razón, no es derecho. Un especial agradecimiento a mi familia, que me dio las herramientas para crecer. A mis abuelos Paco por sus enseñanzas, a Doris y a Antero; a mi mamá, papá, a mi hermano Eduardo y a Daniel.



Anexo 1.

Crímenes internacionales / Fuentes	Tratados	Costumbre	Principios Generales	
				<b>Ius Cogens</b> (naturaleza de la norma)
Crímenes de Guerra	Convenios de Ginebra de 1949 Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad de 1968. Estatuto de Roma.	Estatuto de Tribunales Penales (TMI Núremberg, Tokyo, TPIY, TPIR) Jurisprudencia de tribunales ad hoc. Convención de 1968. Reglas Costumbre CICR 156-161 Resolución 3074 ONU	Principios de Núremberg aprobados por la AGNU.	
Crímenes de Lesa Humanidad	Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad de 1968. Estatuto de Roma	Estatuto de Tribunales Penales (TMI Núremberg, Tokyo, TPIY, TPIR) Convención de 1968. Jurisprudencia tribunales ad hoc. Resolución 3074 ONU	Principios de Núremberg aprobados por la AGNU.	Corte IDH Almonacid Arellano vs. Chile.
Genocidio	La Convención sobre el delito de genocidio de 1948. Estatuto de Roma	Estatuto de Tribunales Penales (TMI Núremberg, Tokyo, TPIY, TPIR) Jurisprudencia de tribunales ad hoc.	Opinión Consultiva CIJ 28 mayo, 1951.	Opinión Consultiva CIJ 28 mayo, 1951.
Agresión	Estatuto de Roma (a partir de 2017 tras aprobar enmienda de Kampala).		Principios de Núremberg aprobados por la AGNU.	

Desaparición Forzada	Convención OEA. Convención ONU.			Corte IDH Gelman vs. Uruguay
Tortura	Convención contra la tortura de 1984. PIDCP CADH DUDH.	TPIY Furundzija. Resolución AGNU	Caso 3452	Corte IDH Fermín Ramírez vs. Guatemala.
Ejecución extrajudicial	CADH PIDCP			
Apartheid	Perú no es parte de la Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen del Apartheid; 1973. Estatuto de Roma.			

