

LA UTILIZACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL EN LA CONDENA DE ALBERTO FUJIMORI: EL NECESARIO Y FRUCTÍFERO DIALOGO ENTRE LOS AVANCES DE LO INTERNACIONAL Y LOS IMPORTANTES APORTES DE LA JURISDICCIÓN NACIONAL

Elizabeth Salmón G.*

Alberto Fujimori no es el primer ex jefe de de estado sometido a tribunales de justicia por violación de derechos humanos. Lamentablemente, hay varios nombres que añadir a esa lista¹. No obstante, sí es el primero que llega habiendo sido democráticamente elegido y, lo más importante, que el juicio se desarrolló ante los tribunales nacionales del estado que gobernó. Estos dos elementos por sí solos revisten una importancia excepcional que genera interés alrededor del juicio que se llevó a cabo en Lima del 10 de diciembre de 2007 al 7 de abril de 2009, es decir, en dieciséis meses de intenso trabajo y escrutinio, tanto nacional como internacional, sobre los tres magistrados de la Sala Penal de la Corte Suprema que tuvieron a cargo este proceso.

El resultado final fue una pieza de jurisprudencia única y valiosa tanto por su solidez teórica como por la coherencia interna. Y además definitiva, dado que la sentencia fue confirmada el 23 de noviembre de 2009 por la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema.

Son muchos los aspectos que se podrían destacar del pronunciamiento, pero nos toca centrarnos en la inserción de las categorías de derecho internacional de las que hacen gala los magistrados. El desarrollo trepidante de los últimos años en el terreno internacional es, sin duda alguna, uno de los factores que influye en la naturaleza del fallo. La actividad permanente de la sociedad civil, incluidas las organizaciones de víctimas y familiares, y la voluntad política de llevar a cabo la solicitud de extradición a Japón y a Chile, primero, y el juicio, después, completan el abanico de circunstancias que posibilitaron el diálogo constructivo entre lo nacional y lo internacional². He aquí un ejemplo importante a seguir en el largo camino del fortalecimiento del estado de derecho y la lucha contra la impunidad.

* Doctora en Derecho por la Universidad de Sevilla, Profesora principal y Coordinadora de la Maestría en Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú. La autora desea agradecer a Erick Acuña, bachiller en Derecho de la misma universidad, por su invalorable ayuda en la elaboración de este ensayo.

¹ Los nombres se remontan al de Luis XVI (1754-1793) pasando por el Kaiser Guillermo II (1859-1941) hasta Slobodan Milosevic (1941-2006) o Sadam Hussein (1937-2006). Para mayor información, véase: ROBERTSON, Geoffrey. Crímenes contra la humanidad. La lucha por una justicia global. Madrid: Siglo XXI. 2008. Asimismo, en marzo de 2010, el ex presidente de Uruguay, Juan María Bordaberry, fue condenado a 30 años de prisión por atentado a la Constitución en el golpe de Estado de 1973, dos homicidios políticos y nueve desapariciones forzadas. A pesar de que fue electo presidente en las elecciones de 1971, en junio de 1973 dio un golpe de estado que lo dejó al frente de un gobierno de facto apoyado por las Fuerzas Armadas. En: [http://www.montevideo.com/noticias_locales.php?id=1816&news_from=&title=Ex%20dictador%20uruguayo%20condenado%20a%2030%20años%20de%20cárcel%20\(AP%20via%20Yahoo!%20Noticias\)](http://www.montevideo.com/noticias_locales.php?id=1816&news_from=&title=Ex%20dictador%20uruguayo%20condenado%20a%2030%20años%20de%20cárcel%20(AP%20via%20Yahoo!%20Noticias))

² BURT, Jo Marie. "Guilty as Charged: The Trial of Former Peruvian President Alberto Fujimori for Human Rights Violations". The International Journal of Transitional Justice, Vol.3, 2009, p.385.

1. EL DERECHO PENAL Y LOS PRONUNCIAMIENTOS DE UN SISTEMA INTERNACIONAL DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS: LA TEORÍA DE LOS HECHOS PROBADOS

El Perú es el estado que ha recibido mayor número de sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte Interamericana o Corte). Esto ha generado un cambio de actitud de nuestras autoridades y sociedad en general que, de una actitud hostil hacia el sistema (rechazo, intentos de retiro que coincidieron precisamente con el gobierno de Fujimori), pasó a una que fase que denominaríamos de reencausamiento (durante el gobierno de transición de Valentín Paniagua) estando en la actualidad en un momento de cooperación dinámica (lo que se ha visto reflejado en el cumplimiento de varios casos e incluso en la elección del juez peruano, Diego García Sayán, como presidente de la Corte Interamericana). Sin embargo, estas etapas son sólo relativamente consecutivas ya que las voces que apuntan al descrédito de esta instancia no se han acallado y cíclicamente se alzan propuestas que propugnan la salida del sistema interamericano. No obstante, la tendencia general es la utilización cada vez mayor de los pronunciamientos de la Corte Interamericana lo que ha generado jurisprudencia notable e incluso precisiones normativas de primer orden.

En el plano jurisprudencial, el Tribunal Constitucional de Perú (en adelante, Tribunal Constitucional) es la instancia nacional que mayor uso hace de este acervo jurisprudencial. Temas como la afirmación de un novedoso derecho a la verdad, el nuevo juzgamiento de la cúpula senderista (por considerarse que su juzgamiento anterior violentaba las garantías esenciales del debido proceso), la necesidad de preservar el derecho a la salud de los portadores del virus de inmunodeficiencia adquirida, entre otros, son claro ejemplo del diálogo jurisprudencial entre la Corte Interamericana y los tribunales nacionales. Siguiendo la pauta, otras instancias judiciales recurren a aquéllos pronunciamientos aunque con intensidad y efectos variables.

En el plano normativo, por su parte, la Constitución peruana vigente de 1993 contiene una disposición final y transitoria –la cuarta- que recoge la vinculación intensa que debe existir entre la labor de los operadores nacionales y las normas y pronunciamientos internacionales. Esta disposición, que ha recibido considerable atención por parte de la doctrina nacional, establece:

Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú.³

Esta disposición refleja la importancia que se concede a la protección de los derechos humanos lo que hace imprescindible que un texto constitucional, además de otorgar un lugar privilegiado a los tratados de derechos humanos, contenga normas específicas que

³ Constitución Política del Perú. 1993. IV Disposición final y transitoria.

puedan profundizar y hacer más efectiva y dinámica la obligación del estado de proteger estos derechos.⁴

Nosotros creemos que ya allí se recogían los desarrollos jurisprudenciales internacionales como parte del acervo interpretativo que ordena la Constitución. Sin embargo, en el año 2004 se promulgó el Código Procesal Constitucional, el cual precisa de manera positiva que:

El contenido y alcances de los derechos constitucionales protegidos por los procesos regulados en el presente Código deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos, así como de las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte.⁵

La norma establece criterios hermenéuticos de obligatorio cumplimiento para la aplicación de los derechos y libertades reconocidos en la Constitución. Pero, lo que es más importante, desarrolla y completa la disposición interpretativa constitucional, al incorporar elementos que sólo se encontraban implícitamente previstos en ésta, como es el caso de otros pronunciamientos internacionales. En esa medida el Código Procesal constituye un gran aporte porque no sólo enuncia en un sentido más amplio los instrumentos a los que se puede acudir, sino que clarifica la cuarta disposición final y transitoria, al hacer hincapié en la vocación expansiva de la norma.

De esta forma, no cabe duda de que los operadores nacionales tienen la obligación de considerar los pronunciamientos de los órganos internacionales instituidos en tratados de los que el Perú es parte cada vez que se apliquen los derechos fundamentales recogidos en nuestra Constitución.

El Perú por otro lado es el único país de la región que tiene una norma sobre cumplimiento de sentencias internacionales, que, si bien tiene naturaleza general, se emite a partir de la abundante jurisprudencia interamericana que involucra al Perú⁶.

En resumen, la relación del Perú con los pronunciamientos internacionales no es un proceso concluido ni plenamente ejercitado, pero sí encaminado en el marco de un cuerpo normativo adecuado.

Sin embargo, como se sabe, la jurisprudencia de la Corte Interamericana se centra en la responsabilidad estatal y en las medidas que el estado debe cumplir para reparar a las víctimas. Si bien forman parte de las medidas reparatorias aquéllas de búsqueda y enjuiciamiento de los eventuales responsables, aspecto que se ha ido incorporando paulatinamente al abanico de medidas reparatorias al que recurre la Corte,⁷ no se trata

⁴ Véase SALMÓN, Elizabeth. “Los aspectos internacionales de la reforma de la Constitución”. Pensamiento Constitucional, año 9, n° 9, 2003, 149-184 y “Las normas internacionales en la propuesta de la Comisión de Estudio de las Bases de la reforma constitucional del Perú”. Agenda Internacional, año 8, n° 16, 2002, pp. 59-81.

⁵ Código Procesal Constitucional de Perú. Aprobado mediante la ley N° 28.237 y publicada el 31 de mayo de 2004. Título Preliminar. Artículo V.

⁶ Ley N° 27555. Ley que regula el procedimiento de ejecución de sentencias emitidas por tribunales supranacionales. Publicada el 5 de julio de 2002.

⁷ Véase: Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH). Caso Radilla Pacheco Vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de Noviembre de

ciertamente de un pronunciamiento de naturaleza penal que constituya en sí misma una investigación y condena de los individuos responsables de la violación.

En este sentido, las sentencias de Barrios Altos y La Cantuta indicaban la necesidad de llevar a cabo esta medida por lo que no debe olvidarse que el juzgamiento penal de Fujimori, como presunto –hoy condenado- responsable de las violaciones de derechos humanos que se le imputaban cumplía, de un lado, con una obligación internacional del Estado peruano y, de otro, constituía una reparación a las víctimas.

En Barrios Altos la Corte señaló que “el Estado del Perú debe investigar los hechos para determinar las personas responsables de las violaciones de los derechos humanos a los que se ha hecho referencia en esta Sentencia, así como divulgar públicamente los resultados de dicha investigación y sancionar a los responsables”.⁸

Asimismo, en La Cantuta establece claramente la implicación directa y, por lo tanto, la responsabilidad de Fujimori en la comisión de graves violaciones de derechos humanos bajo su régimen y, finalmente, erige al rango de obligación *erga omnes* la obligación de juzgar y sancionar a los responsables de violaciones sistemáticas de los derechos humanos, lo cual conlleva no solamente una obligación positiva de investigar, juzgar y sancionar a los autores de las graves violaciones cometidas para el Perú, sino también para los Estados terceros que deben de colaborar con el Perú para no permitir que estos hechos queden impunes. Por lo que -se afirmaba- “la ausencia de uno de los principales procesados, el ex Presidente Alberto Fujimori Fujimori, inicialmente asilado en el Japón y actualmente detenido en Chile, determinan una parte importante de la impunidad de los hechos”.⁹

Ahora bien, llevar a cabo un juicio penal presenta la dificultad de determinar el valor que se dará a la sentencia internacional que lo requirió. De esta forma, un aspecto poco desarrollado en la doctrina y en la práctica internacional es la relación que tienen estos pronunciamientos con los juicios penales sobre violaciones de derechos humanos que lleven a cabo los tribunales nacionales. Precisamente este es un punto de la mayor relevancia en la sentencia bajo análisis. Y es que no sólo la Sala Penal recurre a fallos de la Corte, sino que también lo hacen el fiscal, los abogados de las víctimas y la propia defensa de Fujimori.

En el caso, el punto de encuentro se centra en la probanza de los hechos imputados y su relación con dos sentencias de la Corte Interamericana que coinciden plenamente con los cargos que enfrentaba Fujimori. En efecto, las sentencias recaídas en Barrios Altos y La Cantuta¹⁰, tienen una descripción de hechos probados –para la Corte Interamericana-

2009. Serie C No. 209. Punto Resolutivo 7. Caso De la Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2009. Serie C No. 211. Punto Resolutivo 8, entre otros.

⁸ Corte IDH. Caso Barrios Altos Vs. Perú. Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C No. 75, párr. 41.

⁹ Corte IDH. Caso La Cantuta vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C No. 162, párr. 147.

¹⁰ La sentencia del caso Barrios Altos emitida por la Corte IDH dejó clara la responsabilidad del estado peruano a nivel internacional, condenándolo por la violación de los derechos humanos a la vida (art. 4); a la integridad personal (art. 5); a las garantías judiciales (art. 8) y a la protección judicial de las víctimas (art. 25), contemplados en la CADH. Esta sentencia anula los efectos de las leyes de impunidad en el Perú con la finalidad de permitir el juzgamiento de quienes cometieron estos crímenes y establece, además, una

que no podían ser eliminados del razonamiento de la Sala Penal. De hecho, ella no se cuestiona el valor como precedente de un fallo de este órgano, las líneas jurisprudenciales que traza al interpretar la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante, Convención Americana o CADH) y su irradiación al derecho nacional¹¹, sino que se plantea el concreto acatamiento de una sentencia que declara hechos probados y sus efectos generales, más allá del propio fallo, mas aún si se trata de un proceso penal –es decir, si la sentencia es *prejudicial* respecto de un proceso penal que le está relacionado, como sería las sentencias Barrios Altos y La Cantuta respecto de esta causa penal–.¹²

La Sala Penal se pronuncia sobre esto al señalar que:

(...) Sin embargo, más allá del valor intrínseco de los fallos de la Corte IDH en general y de las SSCIDH Barrios Altos y La Cantuta en particular, es de anotar que, sin perjuicio de los hechos declarados probados, la relevancia jurídico penal de aquellos, la aplicación e interpretación de las normas penales pertinentes y, en su caso, la individualización de la pena son de competencia exclusiva del Tribunal Penal. En ese mismo sentido ya se había pronunciado la Corte Interamericana en el caso de La Cantuta.

En consecuencia, no puede descartarse sin más el valor y trascendencia de los fallos de la Corte IDH (...). Las declaraciones jurídicas que contienen deben ser respetadas en lo que ello importe de afirmación e interpretación de los derechos convencionales y fundamentales o constitucionales de la persona. El proceso penal, así ordenado por ambos tribunales cuando amparan las pretensiones de protección convencional o constitucional, tiene un objeto propio y reglas específicas, que no obstante ello no puede desconocer en su esencia lo que ha

prohibición general de todas las leyes de amnistía, lo cual constituye un gran avance para la jurisprudencia interamericana en su conjunto. En aplicación de esta sentencia se abrieron cientos de causas entre las que están las que motivaron la petición de extradición de Fujimori. Por otro lado, en su decisión de 29 de noviembre de 2006 en el caso “La Cantuta”, la Corte IDH declaró que el estado peruano violó el derecho a la vida (art. 4), a la integridad personal (art.5) y libertad personal (art. 7), y el derecho a las garantías judiciales (art. 8) y a la protección judicial (art. 25), derechos consagrados en la CADH.

¹¹ Tiene declarado el Tribunal Constitucional que los tratados constituyen parámetro de interpretación de los derechos reconocidos por la Constitución, lo que implica que los conceptos, alcances y ámbitos de protección explicitados en dichos tratados, establecen parámetros que deben contribuir, de ser el caso, al momento de interpretar un derecho constitucional. En: STC 01124–2001–AA/TC. 11 de julio de 2002, párr. 9. Asimismo, que tras el criterio de interpretación de los derechos fundamentales conforme con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, se entiende que este último concepto no se restringe solo a los tratados internacionales en materia de derechos humanos en los que el Estado peruano sea parte, sino que comprende también a la jurisprudencia que sobre esos instrumentos internacionales se pueda haber expedido por los órganos de protección de los derechos humanos. En: STC 04587– 2004–AA/TC. 29 de noviembre de 2005, párr. 44. La propia Corte IDH ha expuesto que “(...) corresponde a un principio básico del derecho de la responsabilidad internacional del Estado, respaldado por la jurisprudencia internacional, según el cual los Estados deben cumplir sus obligaciones convencionales internacionales de buena fe y no pueden por razones de orden interno, dejar de atender la responsabilidad internacional ya establecida”. En: Corte IDH. Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C No. 72, párr. 61. En consecuencia, la Sala Penal debía seguir la interpretación efectuada por la Corte IDH en materia de derechos humanos, siendo de destacar que la materia penal guarda una directa vinculación con los alcances de los derechos humanos sobre los cuales existen pronunciamientos.

¹² Sentencia de la Sala Penal Especial de la Corte Suprema del Perú. Sentencia de 7 de abril de 2009. Exp. N° A.V. 19, Parte II, Cap. 1, Prueba Penal, párr. 105.

sido definido en sede internacional o constitucional, pero tampoco negar lo que otras evidencias puedan aportar ni las reglas de imputación del Derecho penal¹³ (el subrayado es nuestro).

La Sala Penal reconoce la importancia de los fallos del sistema interamericano, pero correctamente afirma la necesidad de realizar una evaluación penal de los mismos. Creemos que esta posición garantiza derechos elementales del acusado dado que, lo contrario, significaría trasladar automáticamente las conclusiones de una sentencia que tiene naturaleza de responsabilidad estatal internacional –y en la que el acusado no era parte ni podía ejercer derecho de defensa alguno- a una de naturaleza penal, como el que se estaba llevando a cabo en el caso bajo análisis.

No obstante, vale la pena señalar que las sentencias de la Corte Interamericana llegaron a un nivel de precisión destacable. En este sentido, por ejemplo, en el caso de La Cantuta, la Corte establece claramente la implicación directa y, por lo tanto, la responsabilidad de Fujimori en la comisión de graves violaciones de derechos humanos bajo su régimen afirmando que:

La planeación y ejecución de la detención y posteriores actos crueles, inhumanos y degradantes y ejecución extrajudicial o desaparición forzada de las víctimas, (...) no habrían podido perpetrarse sin el conocimiento y órdenes superiores de las más altas esferas del poder ejecutivo y de las fuerzas militares y de inteligencia de ese entonces, específicamente de las jefaturas de inteligencia y del mismo Presidente de la República¹⁴.

No obstante, será más bien la propia naturaleza de los crímenes imputados a Fujimori, y su posición de poder dentro del aparato estatal, lo que finalmente conllevó la necesidad de recurrir a estas sentencias como pruebas indiciarias de los hechos cometidos. Esto se produce por la dificultad inherente de encontrar órdenes escritas, normas o planes que contuvieran la indicación de realizar los hechos imputados.

Como señala Méndez, el caso de Fujimori es uno de los denominados “System crimes” que involucran múltiples víctimas y perpetradores en una red de relaciones de supervisión, control y subordinación. Presentan enormes desafíos para los investigadores, fiscales y jueces en la experiencia de los tribunales *ad hoc* de Naciones Unidas, en los tribunales mixtos de la República Democrática del Congo, Uganda y Darfour. En estos casos:

It is legitimate to establish certain facts and to draw inferences from them, particularly when there is ample reason to presume knowledge of the actions and a legal obligation to act in their regard in a certain way, and the absence of such action... Criminal liability, in any case, can be constructed over a foundation of proven facts, even if the evidence for the individual defendant’s participation is circumstantial. Circumstantial evidence, inferences and presumptions are not incompatible with the high burden of proof and evidentiary standards that due process of law requires for criminal conviction.¹⁵

¹³ Ídem, párr. 106, 108.

¹⁴ Corte IDH. Caso La Cantuta vs. Perú. Óp. cit., párr. 96.

¹⁵ MENDEZ, Juan. “The Trial of Fujimori: Implications for US Policy, Global Justice and Democracy”. George Mason University: Center for Global Studies, Working Paper nº 1, 2009, p.4.

Se trata, por tanto, de una práctica aceptada en la jurisprudencia comparada y ha sido consolidada por los tribunales *ad hoc* de Naciones Unidas al hacer frente a crímenes de lesa humanidad en que la autoría de los mayores responsables se presenta siempre de forma mediata. Es por esta razón que la Sala Penal realiza una consideración de los hechos, que ya había dado como probados la Corte Interamericana, para efectos de juzgar penalmente al acusado.

La decisión de la Sala Penal da cuenta de la estrecha relación entre el derecho internacional y el derecho interno, en tanto las sentencias de la Corte Interamericana permiten a la Sala Penal no sólo el establecimiento de hechos probados, sino también la garantía del derecho judicial a la verdad, la justicia y la reparación. De esta forma, se trata de disciplinas del derecho que, a pesar de mantener reglas diferenciadas, poseen lógicas superpuestas y complementarias¹⁶. Es así como la Sala Penal afirma que su decisión refleja el carácter integrador entre los fallos internacionales y los nacionales, reconociendo la validez de las sentencias de la Corte, pero aclarando las competencias diferenciadas de ambos tribunales.

2. LO QUE SE IMPUTA A FUJIMORI. ENTRE EL DELITO COMÚN Y EL CRIMEN DE LESA HUMANIDAD.

Los aportes de la Sala Penal en la determinación del delito cometido por Alberto Fujimori -si un delito común, tipificado así en la fecha de los hechos, o uno de lesa humanidad, tal y como se califica en la actualidad a los mismos hechos- resulta ser uno de los aportes más importantes de este caso en el marco de la jurisprudencia comparada.

2.1 La calificación de la Sala Penal

En efecto, la Sala Penal no admite que pueda realizarse una suerte de calificación retroactiva de los cargos, pero admite que su calificación actual –y la conciencia jurídica de la comunidad internacional que la fundamenta-, deben integrarse para una correcta comprensión de la gravedad de los cargos. De esta forma, la Sala no condena a Fujimori por delitos de lesa humanidad, pero sí toma en cuenta este factor para efectos de medir la pena máxima imponible y para permitir la aplicación de las consecuencias jurídicas previstas por el derecho penal internacional, como son, perseguibilidad internacional, improcedencia de la prescripción y necesidad imperativa de su castigo.¹⁷

Creemos que fue un acierto de la Sala proceder de esta manera, no sólo por lo controversial que hubiera resultado imputar a Fujimori delitos de lesa humanidad de manera retroactiva *malam parte*, sino también porque nos parece una posición sólida y adecuada a Derecho. En efecto, las normas de naturaleza penal internacional no revisten carácter autoejecutivo, sino que, por el contrario, requieren de implementación nacional

¹⁶ KRSTICEVIC, Viviana. “La sentencia de Fujimori a la luz del derecho interamericano”. Directora Ejecutiva Directora Ejecutiva del Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL). Disponible en: <http://www.revistaideele.com/node/420?page=0,10>

¹⁷ Sentencia de la Sala Penal Especial de la Corte Suprema del Perú. Ídem, párr. 711.

como se hizo en el Perú, a través de la incorporación en el Código Penal del Título XIV-A referido a los Delitos de Lesa Humanidad.¹⁸

Una norma internacional será autoejecutiva cuando, con su sola vigencia en el derecho interno, afectarán a las personas sujetas a su ámbito de aplicación.¹⁹ En ese sentido, contienen mandatos directos y susceptibles de ser ejecutados de inmediato por las autoridades estatales. Por otro lado, las normas que no revisten carácter autoejecutivo, como serían las normas penales internacionales, son aquellas cuyas provisiones no pueden ser directamente aplicables en el sistema nacional porque necesitan ser completadas con medidas adicionales de distinta naturaleza. Es decir, se trata de aquellas normas que requieren de una formalidad para poder ser aplicadas en los tribunales como derecho positivo susceptible de ser invocado, generador de obligaciones o derechos en el ordenamiento interno²⁰. De ahí la importancia de implementar estas disposiciones dentro del sistema jurídico nacional, a fin de que poder cumplir con las obligaciones generadas. No obstante, es importante resaltar que este tipo de normas siguen siendo obligatorias y producen efectos jurídicos.²¹

A partir de esta norma nacional, se han llevado a cabo varios juzgamientos como la emisión de auto de apertura de instrucción a un grupo de militares por el delito de genocidio a partir del asesinato de pobladores de la provincia de Accomarca.²² En otro caso emblemático, el de la desaparición forzada del joven universitario Castillo Páez, en manos de un grupo de policías que lo introdujeron en la maletera de un vehículo patrullero y partieron con rumbo desconocido, la Sala Penal Nacional corrigió a las instancias anteriores que habían tipificado los hechos como secuestro, y emitió sentencia por delito de desaparición forzada debido al carácter múltiple y continuado del mismo, dado que hasta la fecha no se conoce el paradero de la víctima.²³ Ejemplos posteriores son la sentencia emitida por la Sala Nacional el 5 de febrero de 2007, en el caso “Chuschi” condenando a dos de los acusados por el delito de desaparición forzada²⁴ y el auto de apertura en la “Matanza de Cayara” sucedida el 14 de mayo de 1998 por parte de tropas del Ejército que detuvieron, torturaron, asesinaron y quemaron las viviendas de los pobladores. En esta misma líneas, la sentencia del Tribunal

¹⁸ Código Penal Peruano. Publicado el 8 de abril de 1991. Artículo 319. El delito de genocidio fue incorporado por primera vez en el artículo 129 del Código Penal de 1991 como parte de los “Delitos contra la vida, el cuerpo y la salud”, luego mediante la Ley n° 26926 de 21 de febrero de 1998 dentro del conjunto de “Delitos contra la humanidad”.

¹⁹ SALMÓN GÁRATE, Elizabeth. El Derecho Internacional Humanitario y su relación con el Derecho interno de los Estados. Lima. Palestra Editores, 2007, p. 84.

²⁰ Ídem, p. 92.

²¹ PAUST, Jordan. “Self-executing treaties”. En: 82 AJIL, octubre 1998, p. 781.

²² Tercer Juzgado Penal Supraprovincial. Expediente n° 2005-0039. 31 de mayo de 2005. Mayores referencias en: CARO CORIA, Dino. Sobre la persecución de crímenes internacionales en la jurisprudencia penal peruana. *Lateinamerika Analysen* 18. Marzo, 2007, pp. 159-160.

²³ Sala Penal Nacional. Expediente 111-04. 20 de marzo de 2006. El delito de desaparición forzada de personas fue tipificado por primera vez en el Código Penal de 1991, mediante Decreto Legislativo n°635. Sin embargo este capítulo fue posteriormente derogado mediante el decreto Ley n°25475 de 6 de mayo de 1992. Luego se reintroduce mediante Decreto Ley n° 25592 de 2 de mayo de 1992, descripción que fue finalmente regulada mediante el artículo 6 de la Ley 26926 de 21 de febrero de 1998 que otorgó la actual ubicación del delito en el capítulo de “Delitos contra la Humanidad”. Asimismo, véase: Caso Castillo Páez vs. Perú. Fondo. Sentencia de 3 de noviembre de 1997. Serie C No. 34.

²⁴ Los hechos sucedieron el 14 de marzo de 1991 cuando una patrulla del Ejército del cuartel militar de Pampa Cangallo ingresó a la localidad de Chuschi (Ayacucho). Allí allanaron los domicilios buscando a las autoridades civiles y comunales para detenerlas y trasladarlas al cuartel donde nunca más fueron halladas.

Constitucional de 9 de diciembre de 2004 sobre el caso “Villegas Namuche” sostiene que no se vulnera la garantía de la ley previa en caso se aplique a un delito permanente aun cuando la norma penal no haya entrado en vigencia antes de comienzo de su ejecución²⁵.

La plena configuración de la tipificación penal, requisito fundamental para el respeto de la garantía de legalidad y debido proceso en general, implica la tipificación de la conducta u omisión, pero también el establecimiento de la pena. Las normas penales internacionales no comprenden ambos elementos precisamente porque tienen un papel impulsor al que los estados deben responder legislativamente en el plano nacional penal.

2.2 La aplicabilidad de la figura del crimen de lesa humanidad

De manera complementaria a lo dicho, la Sala Penal realiza el análisis de los hechos probados llegando a afirmar que en la actualidad se corresponden con la figura de crímenes de lesa humanidad. Al hacerlo, hace uso de normas y pronunciamientos internacionales que tienden un puente muy intenso entre la actividad judicial internacional y su utilización por parte de este tribunal nacional. En efecto, la Sala Penal señala que:

(...) A partir de lo expuesto resulta evidente que los actos de asesinato y lesiones graves, objeto de juzgamiento, trascienden su ámbito estrictamente individual o común al adecuarse, plenamente, a los presupuestos que identifican a los delitos contra la humanidad. Los asesinatos y lesiones graves de Barrios Altos y La Cantuta son también delitos contra la humanidad. Fundamentalmente, porque ellos se cometieron en el marco de una política estatal de eliminación selectiva pero sistemática de presuntos integrantes de grupos subversivos. 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 (Destacamento Especial de Interlengua Colina)– que se sirvieron del aparato castrense para hacerlo; y, de otro lado, conforme a sus objetivos, afectó a un número importante de personas indefensas de la población civil²⁶.

En opinión de la Sala Penal esta calificación resulta de la conjunción de un elemento objetivo o material y otro subjetivo, siempre en base “a los requisitos exigidos por los instrumentos y tribunales internacionales”. De esta forma, afirma (i) la condición del autor (órgano de poder estatal, o de una organización delictiva que asume control de facto de un territorio²⁷), (ii) la naturaleza de la infracción (actos organizados, y generalizados o sistemáticos –el término ‘generalizado’, de orden cuantitativo, alude al número de víctimas, mientras que el adjetivo ‘sistemático’ contiene la idea de un plan metódico–²⁸), (iii) la oportunidad de ejecución del ilícito (situación de conflicto interno

²⁵ Expediente 2488-2002-HC/TC. 18 de marzo de 2004.

²⁶ Sentencia de la Sala Penal Especial de la Corte Suprema del Perú. Ídem, párr. 717.

²⁷ Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (en adelante, TPIY). *Prosecutor v. Zoran Kupresckic y otros*. Caso IT-95-16-T, Cámara II. 14 de junio de 2000, párr. 654-655.

²⁸ DELMAS-MARTY, Mireille. ¿Pueden los crímenes internacionales contribuir al debate entre universalismo y relativismo de los valores? En: CASSESE, Antonio. *Crímenes internacionales y jurisdicciones internacionales*. Bogotá: Grupo editorial Norma, p. 83. Asimismo, se ha considerado que el ataque debía ser generalizado o sistemático, esto es, no era necesario la concurrencia de ambas bases. En los dos supuestos se requiere que el acto se perpetre en seguimiento de una política, lo que excluye situaciones de comisión de actos inhumanos por su propia iniciativa o en desarrollo de su propio plan

o externo)²⁹, así como (iv) las calidades y situación de las víctimas (población civil e indefensión³⁰). En cuanto al elemento subjetivo se requiere que el agente o sujeto activo conozca el contexto amplio y general en que el acto ocurre, así como que la conducta es o será parte de un ataque generalizado o sistemático – violencia organizada– en contra de la población civil en desarrollo de un plan o política³¹.

Esta definición responde al artículo 3 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional de Ruanda³² y al artículo 5 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (en adelante, el TPIY).³³ Como señala Cassese, dos son los elementos fundamentales que en derecho internacional general se le atribuyen a los crímenes de lesa humanidad: i) Que constituyan grave ataque a la dignidad humana o grave humillación o degradación de uno o más seres humanos y ii) Que no sean eventos aislados o esporádicos, sino que formen parte de una política gubernamental, o de una

criminal, sin el aliento o dirección de un Gobierno o un grupo organizado. En: Tribunal Penal Internacional de Ruanda. *Prosecutor v. Akayesu*. ICTR-96-4-T. 2 de septiembre de 1998, párr. 580. De otro lado, el TPIY precisó que el carácter ‘generalizado’ del ataque se determinará, principalmente, a partir de la cantidad de víctimas y estableció que la calificación como ‘sistemático’ del ataque se refiere a la naturaleza organizada de los actos de violencia y a la improbabilidad de su ocurrencia por mera coincidencia. En: *Prosecutor v. Kuranac*. IT-96-23-T. 12 de junio de 2002, párr. 98, 428.

²⁹ El derecho internacional consuetudinario ya no requiere como condición la existencia de un lazo entre los crímenes contra la humanidad y un conflicto armado internacional; por consiguiente, éste puede cometerse en tiempos de paz. En: TPIY. *Prosecutor v. Tadic*. IT-94-1-AR 72. 2 de octubre de 1995, párr. 141. Por lo demás, ya en la Convención de 1968 sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad, se hacía referencia en su artículo 1º, literal b), a los crímenes de lesa humanidad cometidos tanto en tiempo de guerra como en tiempo de paz según la definición dada en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, de 8 de agosto de 1945, y confirmada por las Resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas del 13 de febrero de 1946 y del 11 de septiembre de 1946.

³⁰ Se protege a cualquier población civil. Ello destaca el carácter colectivo del crimen y la exclusión de los ataques contra personas individuales y de los actos aislados de violencia. En ese sentido, población civil son todas aquellas personas que no forman parte del poder organizado del que proviene la violencia. En: WERLE, Gerhard. *Tratado de Derecho Penal Internacional*. Valencia: Tirant lo Blanche, 2005, p. 357-359.

³¹ En la práctica del derecho penal internacional, anota Werle, se han desarrollado los presupuestos subjetivos según las necesidades del caso, por separado para cada tipo penal. El artículo 30º del Estatuto de Roma establece presupuestos subjetivos comunes, cuyo objeto es el hecho global en sí. En: Ídem, p. 370.

³² Artículo 3 del Estatuto: Actos cometidos en el curso de un ataque generalizado y sistemático, y dirigidos contra cualquier población civil en razón de su nacionalidad o pertenencia a un grupo político, étnico, racial o religioso. Se indican una serie de actos prohibidos (asesinato, exterminio, esclavitud, deportación, encarcelamiento, tortura, violación, persecución por motivos políticos, raciales o religiosos y otros actos inhumanos). Es una enumeración meramente enunciativa, no cerrada. (el subrayado es nuestro).

³³ Artículo 5 del Estatuto: El Tribunal Internacional está habilitado para juzgar a los presuntos responsables de los siguientes crímenes cuando éstos han sido cometidos en el curso de un conflicto armado, de carácter internacional o interno, y dirigidos contra cualquier población civil:

- a) Asesinato;
- b) Exterminación;
- c) Reducción a la servidumbre;
- d) Expulsión;
- e) Encarcelamiento;
- f) Tortura;
- g) Violaciones;
- h) Persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos;
- i) Otros actos inhumanos (el subrayado es nuestro)

práctica de atrocidades masiva y sistemática tolerada o condonada por un gobierno u autoridad *de facto*.³⁴

Por su parte, y a partir de su propio Estatuto, la jurisprudencia del TPIY, se encargó prontamente de precisar los elementos comunes para que se configure un crimen de lesa humanidad. Y en este sentido, descarta la necesidad de existencia de un conflicto armado, ya que ni en el derecho internacional consuetudinario ni convencional,³⁵ se requiere la existencia de un conflicto armado respecto de los crímenes contra la humanidad. Sin embargo, en el caso particular de este estatuto, el Consejo de Seguridad decidió exigir dicho elemento como constitutivo de este tipo de crímenes internacionales.

En el caso *Prosecutor v. Dusko Tadic*, la Sala de Apelaciones desarrolló una interpretación más amplia del Estatuto del TPIY por considerar que, al exigirse la prueba de la existencia de un conflicto armado para la comisión de crímenes de lesa humanidad, se restringe el alcance del concepto consuetudinario de este crimen. La Sala de Apelaciones concluyó en dicho caso, que, desde la sentencia en Nuremberg, ya no era necesario establecer un nexo entre los crímenes de lesa humanidad y los crímenes contra la paz o los crímenes de guerra³⁶.

En la práctica, el TPIY ha optado por corroborar únicamente la existencia del conflicto en el momento y lugar en que se produjo la conducta, en cumplimiento de lo exigido por su Estatuto. Sin embargo, no se exige una vinculación directa entre los actos imputados y el conflicto armado, con lo cual se diferencia de los elementos constitutivos de los crímenes de guerra. En cualquier caso, y volviendo a Fujimori, esta apreciación deviene irrelevante desde que en el Perú sí se produjo un conflicto armado aun cuando esta situación no merma la calificación jurídica de los hechos³⁷.

En cuanto a los elementos definitorios del crimen de lesa humanidad, el Tribunal ha señalado tres aspectos fundamentales. En primer lugar, se refiere a la existencia de un ataque y que los actos imputados sean parte del ataque. Un ataque ha sido entendido por el TPIY como una conducta que envuelve la comisión de actos de violencia. En contextos de crímenes contra la humanidad, un “ataque” no se limita a la conducción de las hostilidades, sino que se refiere a situaciones de abusos contra personas que no

³⁴ CASSESE, Antonio. *International Law*. New York: Oxford University Press. 2001, p. 250.

³⁵ Estatuto de Roma. Adoptado el 17 de julio de 1992. Entrada en vigor: 1 de julio de 2002. Artículo 6.

³⁶ “As the Prosecutor observed before the Trial Chamber, the nexus between crimes against humanity and either crimes against peace or war crimes, required by the Nuremberg Charter, was peculiar to the jurisdiction of the Nuremberg Tribunal. Although the nexus requirement in the Nuremberg Charter was carried over to the 1948 General Assembly resolution affirming the Nuremberg principles, there is no logical or legal basis for this requirement and it has been abandoned in subsequent State practice with respect to crimes against humanity. The obsolescence of the nexus requirement is evidenced by international conventions regarding genocide and apartheid, both of which prohibit particular types of crimes against humanity regardless of any connection to armed conflict. (...) It is by now a settled rule of customary international law that crimes against humanity do not require a connection to international armed conflict. Indeed, as the Prosecutor points out, customary international law may not require a connection between crimes against humanity and any conflict at all. Thus, by requiring that crimes against humanity be committed in either internal or international armed conflict, the Security Council may have defined the crime in Article 5 more narrowly than necessary under customary international law” (el subrayado es nuestro). En: TPIY. *Prosecutor v Dusko Tadic*. IT-94-1-AR 72. Ídem, párr. 140-141.

³⁷ COMISIÓN DE LA VERDAD Y RECONCILIACIÓN. Informe Final. Conclusión General 1.

forman parte de las hostilidades. Sin embargo, en ambas interpretaciones se parte de una premisa común: las hostilidades deben darse entre las fuerzas armadas o los grupos armados y la población civil no puede ser un objetivo militar legítimo³⁸.

El segundo elemento se refiere a que el ataque debe ser dirigido contra la población civil. De esta forma, la expresión “dirigido contra” especifica que la población civil debe ser el objetivo principal del ataque.³⁹ Asimismo, debe tenerse en cuenta que la protección del artículo 5 de extiende a “cualquier” población civil, incluyendo, si un estado toma parte en el ataque, la población del estado. Por lo tanto, es innecesario demostrar que las víctimas tienen una vinculación con alguna de las partes en conflicto. Igualmente, la expresión “población” no se refiere a toda la población dentro de la entidad geográfica en que el ataque tiene lugar (un estado, una municipalidad, etc.), sino que todas las personas que sean civiles, en contraposición con los miembros de las fuerzas armadas u otros combatientes legítimos.⁴⁰

Finalmente, es necesario que sea un ataque generalizado o sistemático. Este requisito busca excluir los actos aislados o aleatorios del alcance de los crímenes contra la humanidad. En ese sentido, el ataque no debe consistir en un acto en particular, sino que se exige que sea sistemático o generalizado (aspectos no concurrentes). En ese sentido, el adjetivo “sistemático” supone la existencia de una organización y el carácter repetitivo de los actos de violencia; mientras que “generalizado” se refiere a la naturaleza a gran escala del ataque y el número de víctimas.⁴¹

En cuanto al elemento subjetivo o conocimiento del contexto, es importante tener en cuenta que para el TPIY los motivos del acusado para tomar parte en el ataque son irrelevantes. Lo que se requiere es que el perpetrador tenga conocimiento de que existe un ataque a la población civil y que sus actos son parte de ese ataque o, al menos, que existe riesgo de que su acto sea parte de ese ataque.

De esta forma, el Estatuto de la Corte Penal Internacional recogió los criterios expuestos por parte de los tribunales penales *ad hoc*⁴², a fin de tipificar el delito de crímenes de lesa humanidad. Habría que resaltar que, en esta disposición, se enumeran once actos

³⁸ TPIY. Prosecutor v. Tadic. IT-94-1-A. Sentencia del 15 de Julio de 1999, párr. 248, 255.

³⁹ TPIY. Prosecutor v. Tadic. . IT-94-1-A. Ídem, párr. 648.

⁴⁰ SANDOZ, SWINARSKI AND ZIMMERMANN (eds), Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949. 1987, pp. 611, 1451-1452.

⁴¹ TPIY. Prosecutor v Tadic. Caso IT-94-1-A. Ídem, párr. 648. En el presente caso, la Sala de primera instancia consideró que se trataba de un ataque sistemático contra la población musulmana en los municipios de Foča, Gacko y Kalinovik, al analizar conjuntamente una serie de hechos, como los siguientes:

- Al llegar los serbios a la región, los trabajadores musulmanes fueron despedidos y, en general, se restringió la libertad de tránsito de la población.
- Los militares serbios hicieron anuncios prohibiendo la reunión de pobladores musulmanes e indicando que, a partir de ese momento, dejaban de ser libres.
- Las carreteras fueron destruidas y los puentes bloqueados. Se destruyeron las mezquitas de los musulmanes y sus casas fueron incendiadas.
- Los hombres (alrededor de 750 personas) fueron detenidos en una prisión local donde fueron torturados y asesinados.
- Las mujeres –incluyendo menores de edad– fueron llevadas a distintos recintos donde fueron víctimas de una serie de abusos y vivían en condiciones inhumanas.

⁴² SCHABAS, William. An introduction to the International Criminal Court. Cambridge: Cambridge University Press. 2002, p. 12.

que, bajo las características ya mencionadas, pueden constituir un crimen de esta categoría⁴³.

Por su parte, en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, la Comisión Interamericana o Comisión) recurre también a este concepto aunque sólo tiene competencias par imputar responsabilidad estatal y nunca penal individual. Al hacerlo, la Comisión ha señalado que deben concurrir cuatro elementos: i) Un primer elemento es cuantitativo, es decir, los actos discriminatorios alegados deben ser perpetrados en una cantidad tal que se genere una situación en la que los derechos humanos de un gran sector de la población estén siendo infringidos o amenazados constantemente. ii) Un segundo elemento es temporal, esto es, los actos discriminatorios que se alegan deben ocurrir con regularidad durante un período de tiempo sustancial, como parte de una situación prolongada o habitual. iii) Un tercer elemento tiene que ver con la existencia de un patrón, lo que implica que los alegados actos de discriminación no estén ocurriendo de manera aislada, circunstancial o fortuita sino que obedezcan a ciertas características comunes que los conecten entre sí y permitan conceptualizarlos como elementos de una misma situación. iv) Por último, debe existir un elemento de tolerancia oficial en el sentido de que el Estado haya adoptado una conducta omisiva, evasiva o negligente respecto de sus obligaciones frente a los actos discriminatorios que se alegan.⁴⁴

De esta forma, la Comisión Interamericana acoge en este punto la apreciación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, el Tribunal Europeo) según la cual “una práctica incompatible con la Convención consiste de una acumulación de incumplimientos idénticos o análogos que son suficientemente numerosos e interconectados para que puedan ser considerados no sólo incidentes aislados o excepciones, sino que puedan ser considerados un patrón o un sistema; una práctica no constituye en sí misma una violación separada de esos incumplimientos”⁴⁵.

La defensa de Fujimori intentó desvirtuar estos elementos de los hechos imputados a través de la negación de los hechos, escudarse en el “no recuerdo” o el “no sabía” así como el sustento, simplemente con documentos y directivas oficiales y escritas, que durante su gobierno no existió una política de violación de los derechos humanos, como si las órdenes criminales pudieran constar por escrito, ser públicas y depender de sellos

⁴³ Corte Penal Internacional. Ídem. Supuestos de crímenes de lesa humanidad: (a) Asesinato; (b) exterminio; (c) esclavitud; (d) deportación o traslado forzoso de población; (e) encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional; (f) tortura; (g) violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada u otros abusos sexuales de gravedad comparable; (h) persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte; (i) desaparición forzada de personas; (j) crimen de apartheid; y (k) Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física.

⁴⁴ Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, CIDH). Caso 01/06. Nicaragua vs. Costa Rica. Informe N° 11/07. 8 de marzo de 2007. párr. 271.

⁴⁵ Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH). Caso Irlanda v. Reino Unido. Sentencia del 18 de enero de 1978, párrafo 167.

y firmas⁴⁶. Para la Sala, por el contrario, la concurrencia de estos elementos es clara y de allí deduce la comisión de un crimen de lesa humanidad por parte del acusado. Cabe destacarse, en este punto, que la posición del tribunal penal coincide con la de la Corte Interamericana y el Tribunal Constitucional que afirmaron que lo sucedido en estos casos se trataba de una política de estado y, en consecuencia, de un crimen de lesa humanidad.⁴⁷

En concreto, la Sala Penal acepta que de acuerdo a los hechos probados en los casos Barrios Altos y La Cantuta se cumplen los elementos necesarios para la configuración de un crimen de lesa humanidad. En particular recoge:

1) Que diversas evidencias han llevado al conocimiento público y notorio de la existencia del Grupo Colina, cuyos miembros participaron en los hechos del presente caso. Colina era un grupo adscrito al SIN que operaba con conocimiento de la Presidencia de la República y del Comando del Ejército. Tenía una estructura jerárquica y su personal recibía dinero para sus gastos operativos y retribuciones económicas personales con carácter de bonificación. El Grupo Colina cumplía una política de Estado consistente en la identificación, el control y la eliminación de aquellas personas que se sospechaba que pertenecían a los grupos insurgentes o contrarias al régimen del ex presidente Alberto Fujimori, mediante acciones sistemáticas de ejecuciones extrajudiciales indiscriminadas, asesinatos selectivos, desapariciones forzadas y torturas.

2) Que los graves hechos se enmarcan en el carácter sistemático de la represión a que fueron sometidos determinados sectores de la población designados como subversivos o de alguna manera contrarios u opositores al Gobierno, con pleno conocimiento e incluso órdenes de los más altos mandos de las Fuerzas Armadas, de los servicios de inteligencia y del poder ejecutivo de ese entonces, mediante las estructuras de seguridad estatales, las operaciones del denominado “Grupo Colina” y el contexto de impunidad que favorecía esas violaciones.

3) Que la planeación y ejecución de la detención y posteriores actos crueles, inhumanos y degradantes y ejecución extrajudicial o desaparición forzadas de las presuntas víctimas, no habrían podido perpetrarse sin el conocimiento y órdenes superiores de las más altas esferas del Poder Ejecutivo y de las fuerzas militares y de inteligencia de ese entonces, específicamente de las jefaturas de inteligencia y del mismo presidente de la República.

Lo expuesto en este punto también fue corroborado por la sentencia de segunda instancia. La defensa de Fujimori alegó la violación al principio de legalidad y no retroactividad. Para ello, se basó en que la sentencia de la Sala Penal afirmó que los sucesos ocurridos en Barrios Altos y La Cantuta, en la actualidad, se corresponden con la figura de crímenes de lesa humanidad y, para ello, se habría basado en documentos no vinculantes, como las sentencias de la Corte Interamericana y del Tribunal Constitucional.

⁴⁶ GAMARRA HERRERA, Ronald. El Caso Fujimori: Juzgando a un Jefe de Estado. George Mason University: Center for Global Studies, Working Paper, n°4, 2009, p. 36.

⁴⁷ Corte IDH. Caso La Cantuta vs. Perú. Óp. cit., párr. 225. Tribunal Constitucional. Caso Vera Navarrete (2798-2004- HC/TC). 9 de diciembre de 2004, párr. 35; caso Martin Rivas (4587-2004-AA/TC). 29 de noviembre de 2005, párr. 81.

Por su parte, la Sala de segunda instancia afirmó que el estado peruano se encuentra obligado internacionalmente, de acuerdo con las normas del Derecho internacional público, a respetar y proteger los derechos humanos. Por ello, sí es aceptable la posición de la Sala de primera instancia al utilizar sentencias de la Corte Interamericana y del Tribunal Constitucional, ya que ambos garantizan su vigencia⁴⁸. De esta forma, recalcó que:

Lo antes expuesto, permite afirmar que los hechos delictivos, en especial los actos de asesinato y lesiones graves, se adecuan plenamente a los presupuestos que configuran el delito de lesa humanidad. Dichos actos, además que trascienden el ámbito de ejecución individual, se han configurado en el marco de una política estatal de eliminación sistemática de presuntos integrantes de organizaciones terroristas, cumpliéndose de esta forma con el núcleo rector que prohíbe los delitos contra la humanidad, estos es, el haber afectado a un número masivo de personas (delito masa) que se encontraban en situación de indefensión.⁴⁹

2.3 La aplicabilidad de los supuestos de tortura y tratos crueles, inhumanos y degradantes

Resulta también importante destacar que para el caso del cargo imputado a Fujimori, relativo a los secuestros del periodista Gustavo Gorriti y el empresario Samuel Dyer, la Sala Penal encuentra que estos dieron lugar a tratos crueles, inhumanos y degradantes que, de acuerdo al derecho penal internacional contemporáneo, pueden dar lugar –con el cumplimiento de los elementos objetivo y subjetivo antes señalados- a un crimen de lesa humanidad. En este sentido, la Sala Penal encuentra que el delito de secuestro se produce con el agravante de trato cruel, inhumano y degradante⁵⁰.

La sustentación de este razonamiento se basa también en normas y pronunciamientos internacionales aunque, vale la pena señalar, que no existe pleno consenso en torno a los criterios para distinguir entre tortura y tratos crueles, inhumanos y degradantes o si, incluso, resulta posible hacer esa distinción de manera general o más bien en función de la situación particular bajo análisis, como afirma la Corte Interamericana.

En efecto, el Comité de Derechos Humanos y la Convención contra la Tortura de Naciones Unidas apuestan por “la clase, propósito y severidad del tratamiento particular”⁵¹, en el primer caso, y por “el grado de intensidad del sufrimiento provocado por el trato o castigo infligido”⁵², en el segundo. Por su parte, el Tribunal Europeo, cuya jurisprudencia se cita a lo largo del trabajo de la Sala Penal, es la instancia que más ha desarrollado la distinción entre ambas figuras. De esta forma, ese órgano se pronunció

⁴⁸ Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema. Sentencia de 30 de diciembre de 2009. Exp. N° A.V. 19, pág. 109.

⁴⁹ *Ibidem*, pág. 110.

⁵⁰ En sentencia de 3 de noviembre de 2005 la Sala Penal Nacional se pronunció sobre la tortura en el caso Román Rosales, alcalde del establecimiento penal que habría torturado a un interno causándole lesiones de consideración. En: CARO CORIA, Dino. Sobre la persecución de crímenes internacionales en la jurisprudencia penal peruana. *Óp. cit.*

⁵¹ Comité de Derechos Humanos. Observación General n° 20. 44° periodo de sesiones. 1992, párr. 2.

⁵² Véase: BUENO, Gonzalo. El concepto de tortura y de otros tratos crueles, inhumanos o degradantes en el Derecho internacional de los derechos Humanos. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2003.

por primera vez sobre el alcance y contenido de las prohibiciones en el caso de “Irlanda c. El Reino Unido” –citado por la Sala Penal⁵³. En este caso, sentó el criterio de que un maltrato debe alcanzar cierto nivel de severidad para caer dentro del ámbito de la tortura⁵⁴.

Asimismo, sostuvo que la distinción entre tortura y otros tratos inhumanos o degradantes depende principalmente “de la diferencia en la intensidad del sufrimiento infligido”⁵⁵. De acuerdo con el Tribunal Europeo, un trato degradante es aquel que “provoca en las víctimas un sentimiento de miedo, angustia e inferioridad capaz de humillarlas y degradarlas y de romper su resistencia psíquica y moral”. Un trato inhumano se caracteriza por ser deliberado y por causar un intenso sufrimiento físico o mental⁵⁶.

En cuanto a la tortura, sostuvo que ese término se refiere a “un trato inhumano que causa un sufrimiento muy serio y cruel”. De esta manera, el Tribunal Europeo incorporó el criterio que se venía gestando en los órganos de Naciones Unidas, según el cual “la tortura constituye una forma agravada y deliberada de trato o castigo cruel, inhumano o degradantes”⁵⁷. En “Selmouni c. Francia”⁵⁸ –otro caso también utilizado por la Sala Penal– el Tribunal Europeo también arribó a la conclusión de que los tratos infligidos debían ser considerados como tortura. De esta forma, ciertos actos que en el pasado fueron clasificados como tratos inhumanos o degradantes pueden ser más fácilmente categorizados como tortura en el futuro. Este criterio se fundamentó en la necesidad de implementar mayores estándares de protección en el área de los derechos humanos y las libertades fundamentales como expresión de firmeza frente a las violaciones a los valores fundamentales de las sociedades democráticas⁵⁹.

Por otro lado, en nuestra región, la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura desarrolla aspectos sumamente novedosos. En primer lugar, a diferencia de lo que ocurre en el ámbito de Naciones Unidas y en el sistema europeo de protección de derechos humanos, no es relevante el grado del sufrimiento ocasionado a la víctima para que un acto pueda ser calificado como tortura; la Convención Interamericana se refiere simplemente a “penas o sufrimientos físicos o mentales” sin establecer la necesidad de que alcancen una intensidad determinada. De hecho, se prevé que el concepto de tortura incluye actos que no causan dolor ni angustias psíquicas de ningún tipo si se trata de “métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental”.

⁵³ Los hechos de este caso se enmarcan en el contexto de la fuerte ofensiva que llevó adelante el gobierno del Reino Unido entre 1971 y 1975 con el propósito de desarticular la violenta campaña terrorista que venía desarrollando el Ejército Republicano Irlandés – IRA. Ante la gravedad de la situación, las autoridades del Reino Unido llegaron a la conclusión de que resultaba necesario aplicar una política de detención e internamiento sobre personas sospechadas de participar en actividades terroristas pero contra las cuales no había suficiente evidencia para ser llevadas a los tribunales.

⁵⁴ TEDH. Caso Irlanda v. Reino Unido. Sentencia del 18 de enero de 1978, párrafo 162.

⁵⁵ TEDH. Caso Irlanda v. Reino Unido. Ídem, párrafo 167.

⁵⁶ *Ibidem*.

⁵⁷ Artículo 1 de la Resolución 352 (XXX). Adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 9 de diciembre de 1975.

⁵⁸ Selmouni, de origen árabe, fue arrestado en París por la policía francesa bajo la sospecha de traficar heroína y trasladado a dependencias policiales donde fue reiteradamente golpeado y amenazado. Para mayor información, véase UILDRIKS, Niels. “Police Torture in France”. En: *Netherlands Quarterly of Human Rights*, vol. 17, n° 4, December 1999. Kluwer Law International, p. 411.

⁵⁹ TEDH. Caso Selmouni v. Francia. Sentencia del 28 de julio de 1999, párr. 101.

En segundo lugar, no contiene una lista taxativa de los propósitos que debe perseguir un acto para ser calificado como tortura. Según la Convención Interamericana, constituye tortura todo acto intencional que provoque sobre una persona penas o sufrimientos físicos o mentales, cualquiera sea el fin que ese acto persiga⁶⁰. Respecto al artículo 5 de la Convención Americana (derecho a la integridad personal), la Corte Interamericana no ha avanzado sistemáticamente en la distinción entre tortura y los otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Sin embargo, sí se ha pronunciado en algunos casos, señalando que “la calificación debe hacerse caso a caso, tomando en cuenta las peculiaridades del mismo, la duración del sufrimiento, los efectos físicos y mentales sobre cada víctima específica y las circunstancias personales de la víctima”⁶¹.

Todo lo señalado permitió a la Sala Penal concluir que, por su propia naturaleza y función los actos de tortura no pueden asimilarse al trato cruel. De esta forma, el derecho internacional de los derechos humanos y la doctrina han desarrollado una diferencia gradual entre ambas formas de atentado a la dignidad de la persona, correspondiendo al trato cruel a una entidad e intensidad antijurídicas muchos menores que la tortura⁶².

En los supuestos de secuestro a los señores Gorriti y Dyer, ambos fueron privados de su libertad por agentes públicos en cumplimiento de órdenes superiores, ostensiblemente ilícitas y llevados a centros ilegales de detención. En ese sentido, la Sala Penal expuso:

Lo aparatoso del acto (...) es (...) que se dio en un contexto de un régimen autoritario, del que las víctimas no podían esperar un trato predecible ni formalmente amparado en las normas jurídicas preexistentes, tanto más si se las condujo y recluyó en una institución impropia, que pertenecía a los servicios secretos del Estado, de por sí profundamente intimidante, que incluso hacía temer por su suerte⁶³.

En conclusión, la Sala Penal consideró que estos hechos sí podrían ser considerados como un trato cruel, inhumano o degradante. Para ello se basó en lo señalado por la Corte Interamericana, al indicar que el sentimiento de miedo de las víctimas, del temor por su destino, se agravó no sólo por la propia ilicitud de la privación de libertad o acto de secuestro, que ahondó la vulnerabilidad intrínseca de aquélla, sino, además, por las circunstancias en que ésta operó, derivadas del lugar de detención, de quienes lo custodiaban, y de las características del régimen político que las sustentaban⁶⁴.

COMENTARIO FINAL: LA TRASCENDENCIA DE LA JURISDICCIÓN NACIONAL

⁶⁰ Corte IDH. Caso Cantoral Benavides vs. Perú. Fondo. Sentencia de 18 de agosto de 2000. Serie C No. 69, párr. 80.

⁶¹ CIDH. Caso 10.832. Luis Lizardo Cabrera vs. Republica Dominicana. Informe 35/96. 7 de abril de 1998, párr. 83

⁶² Sentencia de la Sala Penal Especial de la Corte Suprema del Perú. Ídem, pie de página 986.

⁶³ Sentencia de la Sala Penal Especial de la Corte Suprema del Perú. Ídem, párr. 694.

⁶⁴ Corte IDH. Caso Loayza Tamayo vs. Perú. Fondo. Sentencia de 17 de septiembre de 1997. Serie C No. 33, párr. 57.

El juicio a Fujimori llevado a cabo por tribunales peruanos muestra que los avances del derecho internacional pueden entrar en dialogo positivo y fructífero con la jurisdicción nacional. Este proceso, sin embargo, difícilmente puede darse sin la existencia de una sociedad civil empeñada en la agenda contra la impunidad que, a su vez, genere las condiciones de legitimidad y presión política en las más altas esferas del poder de turno.

En este sentido, coincidimos con Méndez en que el éxito de este proceso no debía medirse en si Fujimori era encontrado culpable o no, sino si un proceso judicial tan complejo y políticamente cargado puede conducirse con pleno cumplimiento de los más altos estándares del debido proceso y garantías de juicio justo, y al mismo tiempo, arribar a un enunciamiento convincente e innegable de los hechos relevantes⁶⁵. En efecto, la trascendencia de este proceso en términos históricos y políticos no se centran en la condena –aunque los veinticinco años impuestos difícilmente se igualarán–, sino en la capacidad de exigir cuentas por parte de toda la sociedad por las violaciones de los derechos humanos supuestamente cometidas para defenderlas del terrorismo. El mensaje es claro: no se admiten estas acciones en el marco de una sociedad democrática y todo aquél que infrinja esta regla, incluso la más alta autoridad del aparato estatal, responderá penalmente por ello.

Hay un debate en la justicia transicional acerca del lugar apropiado para hacer justicia. De un lado, los tribunales internacionales pueden ser vistos como distantes y desconectados de los contextos locales y con pocas posibilidades de influir en la creación de un estado de derecho y, de otro lado, los tribunales nacionales normalmente carecen de las capacidades para llevar a cabo estos enjuiciamientos de acuerdo a las reglas elementales de debido proceso.⁶⁶ Creemos que este proceso a Fujimori muestra que el dilema no es tal, en la medida que la justicia nacional peruana se ha visto reforzada a partir de su actuación imparcial e impecable –extremo reconocido por observadores nacionales e internacionales⁶⁷– y hoy en día los hechos son conocidos y aceptados por la sociedad peruana como “verdad jurídica”. De allí que el enfrentamiento venga por el lado de si cabría o no un indulto para Fujimori –extremo último claramente incompatible con el derecho internacional, pero no un desconocimiento de lo que el juicio demostró.

El juicio además, por su transparencia a los medios de comunicación, ha cumplido una innegable labor pedagógica en que tanto su desarrollo como la sentencia han excedido con creces cualquier demanda de motivación judicial (prevista en el artículo 139,5 de la Constitución Peruana). Ningún juicio en la historia del Perú concitó la atención y seguimiento que tuvo este “mega proceso” como era conocido coloquialmente.

Otro elemento destacable es que si el juicio se llevó a cabo fue porque la Corte Suprema de Chile dio luz verde a la solicitud de extradición. Este hecho refleja la puesta en práctica de la obligación de cooperación de los estados, que ya había sido recordada por la Corte Interamericana en el caso La Cantuta, pero también la apreciación, frente a los

⁶⁵ MENDEZ, Juan. “The Trial of Fujimori: Implications for US Policy, Global Justice and Democracy”. George Mason University: Center for Global Studies, Working Paper nº 1, 2009, p.2.

⁶⁶ BURT, Jo Marie: Introduction: Accountability in the Aftermath of Mass Atrocity. Global Studies Review. Vol. 5. No. 3, 2009, p.2.

⁶⁷ HUMAN RIGHTS WATCH. Fujimori Verdict a Rights Victory: Former President’s Trial Likely to Advance Justice, Rule of Law. Abril, 2009; AMNESTY INTERNATIONAL. The Conviction of Fujimori – A Milestone in the Fight for Justice. Abril, 2009.

argumentos de Fujimori, de que el Perú se encontraba en posición de respetar los derechos del acusado. De hecho, se especula que una de las razones por las que Fujimori llegó de Japón era que Chile tiene estándares muy altos de evaluación para proceder a una extradición y que el Perú, en opinión de Fujimori, no estaría en capacidad de cumplirlos. Probablemente no durante su gestión, pero sí con él fuera del poder.

Estamos ante una manifestación importante de una tendencia global que favorece el fin de la impunidad para los que violan gravemente los derechos humanos. No es un camino que haya concluido, pero sí avanzado y fortalecido por la acción de tres jueces independientes y honestos apoyados por una sociedad deseosa de alcanzar justicia.