



“Evaluar la compatibilidad de esta calificación (crimen de lesa humanidad) con el principio de legalidad”.

128

Los Crímenes de Lesa Humanidad y el Principio de Legalidad en la Sentencia recaída en el Caso Fujimori. Breve comparación con la sentencia del Tribunal Supremo español en el caso Scilingo

Yván Montoya Vivanco*

I. REFERENCIA A LOS CRÍMENES DE LESA HUMAMIDAD EN LA SENTENCIA

Luego del proceso de antejuicio político al que fue sometido el ex Presidente del Perú Alberto Fujimori, el Congreso de la República emitió la Resolución Legislativa número 005-2001–CR, publicada el 28 de agosto de 2001 el mismo que declaró haber lugar a la formación de causa contra el referido ex Presidente por los delitos de homicidio calificado – asesinato, lesiones graves, secuestro y desaparición forzada, en agravio de las víctimas de los denominados casos “Barrios Altos y La Cantuta”, figuras delictivas previstas en los artículos 108°, 121°, 152° y 320°, respectivamente del Código Penal. En virtud de la referida Resolución, la Fiscalía de la Nación formuló denuncia contra el ex Presidente de la República ante la Primera Sala Penal Permanente, la cual procedió, según el procedimiento especial previsto para estos casos, a designar entre sus miembros al Vocal Supremo instructor y a los integrantes de la Sala Penal Especial.

El primero abrió instrucción por los mismos delitos mediante resolución del 5 de enero de 2004. Seguida la causa con arreglo a su naturaleza ordinaria y concluida la etapa de instrucción, la señora Fiscal suprema en Segunda Instancia mediante su dictamen de fecha 11 de marzo de 2004 formuló Acusación sustancial contra Alberto Fujimori Fujimori como coautor de los delitos de homicidio calificado – asesinato en agravio de Luis Antonio León Borja y otros [caso Barrios Altos] y Juan Gabriel Mariños Figueroa y otros [caso La Cantuta], de lesiones graves en agravio de Natividad Condorcahuana Chicana y otros [Caso Barrios Altos], y de desaparición forzada en agravio de Juan Gabriel Mariños Figueroa y otros [caso La Cantuta], la sociedad y el Estado.

La Fiscalía, de acuerdo con los ya mencionados artículos del Código Penal así como el artículo 1° del Decreto Ley número 25592, solicitó que se imponga a Alberto Fujimori Fujimori treinta años de pena privativa de libertad y

* Licenciado en Derecho por la PUCP. Doctor en Derechos Humanos y Derecho Penal por la Universidad de Salamanca (España). Catedrático la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Actualmente se desempeña también como coordinador de la Maestría de Derecho Penal de la Escuela de Posgrado de la Pontificia Universidad Católica.

que pague cien millones de nuevos soles por concepto de reparación civil a favor de los agraviados. Durante toda esta etapa el proceso se siguió en ausencia del ex Presidente dado que este fugó del país permaneciendo primero en Japón y luego en Chile, lugar de donde, luego de seguir un proceso de extradición, fue entregado a las autoridades peruanas, entre otros por los casos Barrios Altos y la Cantuta.

Actuadas las pruebas en el juicio oral, el proceso quedó listo para expedir sentencia. Esta fue emitida con fecha 7 de abril de 2009 y, concretamente, con relación a las víctimas fallecidas en los casos mencionados, la sentencia culmina condenado al ex Presidente Fujimori, en primer lugar, por el delito de homicidio calificado en la circunstancia de alevosía (108° inciso 3 del CP), rechazando la circunstancia de ferocidad:

El asesinato por alevosía resalta una determinada circunstancia de ejecución, en cuya virtud el agente asegura la ejecución y evita los riesgos de la defensa por parte de la víctima –propiamente, es una circunstancia que comporta un mayor desvalor de la acción, una mayor peligrosidad objetiva de la conducta del agente–, sin que se descuide el aspecto subjetivo del agente, que alude al ánimo de procurarse, a partir de los medios, modos o formas que utiliza en la ejecución del hecho, la indefensión del sujeto o de aprovecharse de ella. (Parte III, capítulo 1. Tipificación)

(...)

No existe fundamento, por el contrario, para estimar que el homicidio tuvo un móvil feroz. No sólo se actuó a partir de un objetivo definido, más allá de su intrínseca ilegalidad y su obvio reproche ético, injustificable desde todo punto de vista, sino que el móvil no fue fútil o insignificante. La consideración o coartada antiterrorista, más allá de ser repudiable en atención a lo exigido a funcionarios públicos respecto de su comportamiento ante quien se entiende son delincuentes terroristas, no expresa un móvil desproporcionado, deleznable o bajo (...)

En consecuencia, se admite el homicidio por alevosía y se rechaza el homicidio por ferocidad.

En segundo lugar, con relación a los heridos que sobrevivieron el caso de Barrios Altos, la sentencia también condena al ex Presidente por el delito de lesiones graves (artículo 121° del CP) dado que en todos estos casos se constata los supuestos que se tipifican en el citado dispositivo.

Ahora bien, cuando el artículo 121° del Código Penal alude a la existencia de un daño en el cuerpo o en la salud, exige la realización de una conducta –comisiva u omisiva– que, de un lado, ocasiona cualquier modificación, más o menos duradera, en el organismo de la víctima –que queda manifestada en el organismo–; o, de otro lado, provoca o acentúa un estado patológico de cierta intensidad, alterando la fisiología –equilibrio funcional del organismo– u ocasionando alteraciones psíquicas de cierta entidad –durable o relativamente pasajero–

Sin embargo, la sentencia objeto de comentario no se queda en este tipo de calificaciones de los hechos. En efecto, en el mismo capítulo I de la Parte III de la sentencia (párrafo 710) se califican los hechos, también, como crímenes de lesa humanidad:

Los crímenes contra la humanidad o de lesa humanidad son aquellos que “...ofende[n] los principios generales del derecho y se convierte[n] en una preocupación de la comunidad internacional”¹⁰¹⁹. Han concitado la preocupación y reacción internacional desde los Convenios de La Haya relativo a las Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre de mil ochocientos noventa y nueve y del dieciocho de octubre de mil novecientos siete –en especial su párrafo octavo–, y han ido evolucionando respecto a sus elementos, principalmente, con: (i) la Declaración del veintiocho de mayo de mil novecientos quince de los gobiernos de Francia, Gran Bretaña y Rusia; (ii) la Conferencia Preliminar de Paz de enero de mil novecientos diecinueve; (iii) el artículo 6°, literal c), del Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg del ocho de agosto de mil novecientos cuarenta y cinco –la noción de “crimen contra la humanidad” fue consagra por primera vez de manera explícita por el citado Estatuto (...)

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 subsunción¹. Sin embargo, es de rigor identificar determinados límites, en tanto (i) se reconoce a esas disposiciones, nucleadas alrededor del Estatuto de Nuremberg, el propio carácter de norma internacional consuetudinaria; (ii) se asume las exigencias constitucionales del principio de legalidad penal [ley previa, estricta, escrita y cierta: artículos 2°.24.d) de la Constitución y II del Título Preliminar del Código Penal], en cuya virtud cabe afirmar, desde una perspectiva material, que no existía en el momento de comisión de los hechos: mil novecientos noventa y uno – mil novecientos noventa y dos una ley que hubiera incorporado una figura penal en nuestro ordenamiento punitivo y que comprenda, de un lado, todos los elementos descriptos en esa norma internacional consuetudinaria en cuanto crimen internacional –ni siquiera en la actualidad el legislador ordinario ha cumplido con las exigencias de tipificación material derivadas de la ratificación por el Perú del Estatuto de la Corte Penal Internacional–, y de otro lado, la sanción correspondiente; y, (iii) se admite 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.

Por ello es de atender, para su debida identificación, a los elementos contextuales o a las circunstancias –que son las que confieren a unos

determinados hechos el carácter de crimen internacional- que rodearon los ataques que causaron las muertes y lesiones graves de veintinueve personas, y que en ese momento estaban legalmente previstas en nuestro derecho interno como delitos de homicidio calificado y lesiones graves, y que no se oponen a lo dispuesto en los artículos 45° y 46° del Código Penal.

La norma internacional consuetudinaria exige que los atentados se produzcan en el curso de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil o una parte de ella, así como otros elementos que en los párrafos siguientes se precisarán, todos los cuales están debidamente predeterminados -presentan límites suficientemente definidos- por la aludida norma internacional consuetudinaria. La concurrencia de estas circunstancias, a su vez, justifica su perseguibilidad internacional, la improcedencia de la prescripción y la necesidad imperativa de su castigo. Podrá decirse, entonces, que se trata de delitos de asesinato y lesiones graves que por sus características constituyen internacionalmente, en el momento de su persecución, crímenes contra la humanidad. El asesinato siempre fue considerado como una forma de delito contra la humanidad. El inciso 1) del artículo 7° del Estatuto de la Corte Penal Internacional destaca lo siguiente: "A los efectos del presente Estatuto se entenderá por <<crimen de lesa humanidad>> cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque: a) Asesinato...".

(...)

Ahora bien, 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- 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 civil.

La defensa de Fujimori ha planteado en su escrito de fecha 23 de abril del 2009 la nulidad de la sentencia entre otros argumentos en razón de haberse violado el principio de legalidad por haberse calificado los hechos como crímenes de lesa humanidad.

Pues bien, resulta entonces importante evaluar la compatibilidad de esta calificación (crimen de lesa humanidad) con el principio de legalidad vigente en el ordenamiento jurídico peruano. No podremos obviar en este análisis presentar algunas comparaciones con la solución adoptada por el Tribunal Supremo español en el caso Scilingo, a propósito de la sentencia que resuelve el recurso de impugnación presentado por el referido procesado contra la sentencia de la Audiencia Nacional de fecha 19 de abril de 2005 que condena al militar argentino por crímenes de Lesa Humanidad (ocurridas en la década de los años setenta) tipificado en el artículo 607 bis del Código Penal español e incorporado en dicho texto en el año 2004. Para ello considero importante primero presentar las exigencias que demanda este principio en el contexto actual.

II. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD PENAL Y LAS RELACIONES ENTRE EL DERECHO INTERNACIONAL Y EL DERECHO INTERNO

La relación entre estos dos ámbitos de regulación jurídica depende de la perspectiva que se toma. Esta puede ser o una perspectiva internacional o, de otro lado, una perspectiva nacional, interna o doméstica.

Desde la perspectiva internacional no queda duda alguna en la doctrina y en la normativa internacional que dicha relación se resuelve teniendo presente la prevalencia del Derecho Internacional sobre el derecho nacional¹ (monismo con prevalencia del derecho internacional). Así, el artículo 27 del Convenio de Viena de 1969 o Derecho de los Tratados prescribe que las obligaciones o compromisos internacionales adoptados por un Estado no pueden ser eludidos por este último invocando normas de derecho interno. Estas últimas resultan inválidas de cara a hacer prevalecer el Derecho Internacional.

El problema se suscita entonces desde la perspectiva del derecho interno. Desde esta perspectiva, el debate entre las tesis monistas y las tesis dualistas cobra sumo interés de cara a explicar la relación entre el Derecho Internacional y el derecho interno. La tesis monista es aquella según la cual "la razón de la validez del orden jurídico nacional se encuentra determinada por el derecho internacional"² y la tesis dualista es aquella según la cual el derecho internacional no tiene validez directa en el derecho nacional en tanto este no lo haya interiorizado a través de un mecanismo previsto en el ordenamiento jurídico interno. En otras palabras, la tesis monista parte de la concepción unitaria del Sistema Internacional y del orden jurídico estatal, lo que implica que la norma de derecho internacional deba incorporarse en el derecho interno de manera automática³. La tesis dualista parte de una concepción contraria, esto es, que el sistema internacional y el orden

1 SALMON, Elizabeth. Las obligaciones internacionales del Perú en materia de derechos humanos, PUCP, Lima, 2002, p. 103.

2 SAGUES, Néstor Pedro. "Mecanismos de incorporación de los tratados internacionales sobre Derechos Humanos al Derecho interno", en: Retos de la judicialización en el proceso de verdad, justicia, reparación y reconciliación. Coordinadora nacional de los Derechos Humanos, Lima, 2003, p. 88.

3 SALMON, Elizabeth. Op. Cit., p. 105.

jurídico interno son ordenes jurídicos distintos y separados de lo que se deduce la necesidad de un mecanismo especial, adicional a la ratificación o adhesión al tratado, para incorporar el derecho internacional al derecho interno, nacional o doméstico.

El Perú, en materia de tratados sobre derechos humanos, se inclina por una tesis monista moderada esto es aquella en la que el derecho internacional se recibe de manera automática y en la que, en principio, el Derecho Internacional goza de la más alta jerarquía normativa dentro de nuestro ordenamiento: la jerarquía constitucional. Evidentemente el debate sobre la jerarquía del Derecho Internacional convencional en nuestro derecho interno se encontraba zanjado en la Constitución de 1979 dado que el artículo 105 prescribía que los tratados relativos a derechos humanos tienen jerarquía constitucional y no pueden ser modificados sino por el procedimiento que rige para la reforma de la Constitución. Sin embargo, el debate se reabrió con motivo de la supresión de este dispositivo en la Constitución de 1993. Pues bien, la sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 25 de abril de 2006 ha puesto fin a esta incertidumbre y ha determinado institucionalmente la jerarquía constitucional de los tratados sobre derechos humanos.

Sin embargo, a pesar de la concepción prevalente del derecho internacional (perspectiva internacionalista) o de la jerarquía constitucional que se les reconoce por nuestro TC, la aplicabilidad inmediata de una norma internacional (convencional o consuetudinaria) puede estar obstaculizada en el derecho interno. Como sostiene Sagués es preciso distinguir entre normas de derecho internacional autoaplicativas (*self executing*) y normas no autoaplicativas (*non self executing*). Las primeras no necesitan de otras normas para hacer cumplir internamente la norma internacional que se enuncia. Los segundos sí necesitan de una norma interna de desarrollo que permita que el derecho o la norma reconocida por el Derecho Internacional se ejecuten en el derecho nacional o doméstico⁴.

Pues bien, en nuestra consideración las normas internacionales de derechos humanos de carácter punitivo directo resultan no autoaplicativas, esencialmente en virtud de las exigencias y alcances del principio de legalidad penal. En efecto, se trata de un principio fundamental del Estado Derecho que se encuentra reconocido en el artículo 2 de la Constitución Política y en el artículo II del Título Preliminar del Código Penal. Tal como se encuentra redactado este principio y teniendo en cuenta la forma cómo ha sido entendido por la literatura penal y por

la jurisprudencia del TC el citado principio impediría una recepción inmediata de normas incriminatorias directas del derecho penal internacional y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. En cambio existen normas de Derecho Penal Internacional no directamente incriminatorias y punitivas, sino *complementarias* a las cuales se adscriben consecuencias relacionadas con la persecución penal de los hechos o con la valoración de los mismos dentro de una configuración penal ordinaria (tipos penales comunes). Este tipo de normas no tendrían, en nuestro concepto, ningún obstáculo sustancial para su aplicación inmediata. Veamos seguidamente los alcances principales del principio de legalidad.

1. El principio de legalidad como límite a la aplicación inmediata del derecho penal internacional de carácter incriminatorio directo

1.1. El principio de legalidad

El principio de legalidad, a decir de nuestro TC, constituye un principio y también un derecho fundamental⁵ que opera principalmente como límite a la potestad punitiva del Estado⁶. Según la doctrina más cualificada⁷ este principio integra una serie de garantías forjadas históricamente desde la Ilustración las cuales componen el núcleo esencial del referido principio o derecho. Estas son las siguientes:

La garantía de reserva de ley (*nullum crimen sine lege-lex scripta*), según la cual la creación o ampliación de delitos, faltas o medidas de seguridad o circunstancias de agravación sólo se efectúe mediante una ley entendida en sentido formal y excepcionalmente en sentido material⁸. Esta garantía alcanza, según nuestra Constitución, no sólo al supuesto de hecho sino también a la consecuencia jurídica, esto es, la pena (*nullum pena sine lege*).

La garantía de prohibición de aplicación retroactiva de las leyes penales desfavorables (*Lex praevia*), según la cual las disposiciones penales se aplican para hechos ocurridos con posterioridad a la vigencia de tales disposiciones y no para hechos ocurridos con anterioridad, salvo en los casos que tal disposición sea más favorable al procesado o condenado.

La garantía de taxatividad (*Lex certa*), según la cual se prescribe al legislador penal la necesidad de prever un suficiente grado de determinación de la conducta prohibida de tal manera de que pueda ser conocido por el ciudadano medio lo que es objeto de prohibición.

4 De idea semejante SALMON, Elizabeth. Op. Cit., p. 106.

5 STC de 23 de noviembre de 2004 Exp. 2758- 2004 HC TC fdo 3

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

7 ROXIN, Claus. Tratado de Derecho Penal...; DE VICENTE DE MARTINEZ, Rosario. El principio de legalidad, Tirant lo Blanch, Valencia, p. 2004, p. 36 y ss; HUERTA TOCILDO, Susana. Op. Cit., p.

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

La garantía de la prohibición de analogía (*lex stricta*), según la cual los operadores jurisdiccionales deben aplicar las normas penales dentro del sentido literal posible de la proposición normativa, evitando la aplicación de la ley a casos no previstos en el supuesto, perjudicando al autor del hecho.

Estas garantías han sido expresamente reconocidas por nuestro TC en la sentencia de fecha 3 de enero de 2003 (Exp. 0010- 2002 AI/TC)⁹ la misma que también recoge los fundamentos de la jurisprudencia constitucional española relacionada con este principio. Efectivamente, en los fundamentos 44 al 52 de la citada sentencia nuestro Tribunal fundamenta estas garantías, en especial las garantías de reserva de ley (*nullum crimen sine lege*) y de certeza (*Lex certa*) o mandato de determinación. Con relación a esta última garantía el TC resalta que de acuerdo con el artículo 2.24 d de la Constitución se exige que la tipificación previa deba ser “expresa e inequívoca”.

Esta garantía, señala el TC, si bien no puede entenderse en términos absolutos, puesto que cabe cierto margen de indeterminación de los tipos penales, si exige que se contemple el núcleo fundamental de la prohibición de tal manera que el ciudadano medio pueda conocer sin mayores confusiones que comportamiento están prohibidos y cuáles no¹⁰.

Esta comprensión del principio de legalidad parte de la perspectiva que considera el referido principio en tanto garante de la protección de la confianza de los ciudadanos de que su comportamiento no será vinculado a consecuencias gravosas de manera no calculable¹¹. En otros términos, esta perspectiva de la confianza tiene como horizonte esencial del principio de legalidad garantizar la motivación directa del ciudadano por el contenido de las leyes.

A diferencia de la perspectiva anterior, otro sector de la doctrina penal considera el principio de legalidad (y sus garantías) como una garantía de objetividad¹² en la medida que tanto el comportamiento prohibido penalmente como la medida de la pena no deben determinarse bajo criterios subjetivos o bajo la impresión de los he-

chos ocurridos sino por anticipado y con validez general precisamente mediante una ley determinada, dictada con anterioridad al hecho.¹³ En términos de Silva Sánchez: “con la exigencia de legalidad penal se alude, básicamente, a la pretensión de lograr una interacción entre Poder Legislativo y Judicial que redunde en la producción de interpretaciones judiciales legítimas y estables: interpretaciones previsibles”.¹⁴

Desde mi opinión, ambas perspectivas no son incompatibles sino complementarias. La primera, fiel a los orígenes del principio, funcionaliza el sentido del principio en los ciudadanos quienes mantienen legítimas pretensiones de garantizar sus espacios de libertad conociendo las reglas de prohibición penal excepcional. La segunda, partiendo de los límites de la perspectiva anterior, funcionaliza el sentido del principio en los operadores del sistema, especialmente los órganos judiciales a efectos de que sus productos sean estables y previsibles: evita la arbitrariedad. Sin embargo, tal previsibilidad y estabilidad sólo tienen sentido si están pensadas en los destinatarios de la misma: los ciudadanos. De otro lado, la perspectiva del ciudadano no puede entenderse en términos psicologistas, esto es, que el principio de legalidad garantice el conocimiento efectivo de los ciudadanos respecto del alcance de lo prohibido y de su consecuencia penal. Esta garantía sólo puede partir de bases objetivables. Y esto sólo puede ocurrir asumiendo dos puntos de referencia complementarios: la posibilidad de conocimiento de lo prohibido y su consecuencia del ciudadano promedio responsable y la determinación y concreción razonable por parte del juez de lo prohibido por el texto de la ley y su consecuencia punitiva.

1.2. *El principio de legalidad como límite a la recepción del derecho penal internacional de carácter incriminatorio*

Desde la perspectiva de la confianza e institucionalizadas así las garantías del principio de legalidad penal es evidente que las normas de derecho Penal Internacional no responden a tales exigencias, sobre todo de cara a su aplicación inmediata en el ordenamiento interno.¹⁵

9 Reiterado en la STC de 23 de noviembre de 2004 EXP2758- 2004 HC/TC, fdmto 2, la misma que expresamente reconoce las garantías de ley previa (ley previa), esto es, la prohibición de aplicación retroactiva de la ley penal desfavorable y la garantía de *lex scripta* (Ley escrita), esto es, la prohibición de la aplicación de otro derecho que no sea el escrito

10 Sobre los límites del lenguaje y las insuficiencias del método de interpretación literal o gramatical ver GUASTINI, Ricardo. Distinguiendo. Estudios de Teoría y metateoría del Derecho, Gedisa, Barcelona, 1999, pp. 212 y ss

11 Considerando insuficiente esta perspectiva JAKOBS, Gunter. Derecho Penal. Parte General, Editorial Marcial Pons, Madrid, 1995, p. 81.

12 Ibidem, p. 82. Igualmente SILVA SANCHEZ, Jesús María. Tiempos de Derecho penal, B de F, Buenos Aires-Montevideo, 2009, pp. 21 y ss.

13 JAKOBS, Gunter. Op. Cit., p. 82

14 SILVA SANCHEZ, Jesús María. Op. Cit., p. 22

15 Desde la perspectiva del derecho internacional el principio de legalidad tiene un alcance más flexible que el regulado en el ámbito interno. Ello se debe en primer lugar a la diferente fuente de producción de las normas internacionales. Estas son producto no de leyes expedidas por parlamentos sino por la aceptación general de los estados. Esta aceptación, a decir de ABREGU, Martín y DULITZKI, Ariel. “Leyes ex post facto y la imprescriptibilidad de los crímenes internacionales como normas de derecho internacional a ser aplicadas en el derecho interno”, en: Retos de la judicialización en el proceso de verdad, justicia, reparación y reconciliación, Coordinadora Nacional de Derechos Humanos, Lima, 2003, p. 160, puede tener fuentes tan diversas como los tratados internacionales, las convenciones, prácticas internacionales y las decisiones judiciales. Desde esta perspectiva, resulta también difícil arribar a una concreta delimitación de la conducta punible lo que implica las obvias dificultades para cumplir con la garantía de taxatividad. Es por ello que a tenor de GIL GIL, Alicia. Op. Cit., p. 88 el principio de legalidad en este ámbito se entiende en sentido amplio como “principio de juridicidad”.

Frente a este principio de legalidad amplio (juridicidad) y que reconoce menos garantías que el principio de legalidad reconocido en el derecho interno hay que concluir como lo hace MALARINO, Persecución penal en América latina, en el sentido de que debe optarse en favor de este último que es el que prevé mayores garantías y que resulta acorde con las exigencias de un Estado de derecho. Sobre el carácter mínimo del Catálogo de Derechos reconocidos en los Tratados sobre Derechos Humanos y la necesidad de que los Estados en el ámbito interno promuevan una ampliación del alcance y contenido de tales derechos ver SALMON, Elizabeth y otro. Op. Cit., p. 64.

Efectivamente, en primer lugar las normas incriminatorias de derecho Penal Internacional, incluso las convencionales, no son ley escrita expedida por el Congreso o por el Ejecutivo mediante delegación de facultades.¹⁶ En todo caso, así esta garantía pudiese ser flexibilizada en el aspecto formal, tendríamos que un aspecto material no se contempla en las normas de Derecho Penal Internacional: la consecuencia jurídica, esto es la pena.¹⁷ En efecto ninguno de los Convenios Internacionales sobre Derechos Humanos, incluso aquellos que incluyen deberes de penalización contempla penas a los supuestos de prohibición establecidos en la norma internacional. Debe añadirse en este punto que, desde una perspectiva internacional, los Estados parte de estos Convenios Internacionales sólo se han comprometido a sancionar efectivamente las graves violaciones a los Derechos Humanos más no se han comprometido a sancionarlas bajo una fórmula típica determinada.

En segundo lugar, las normas incriminatorias de Derecho Penal Internacional, sobre todo las de carácter consuetudinario, no se condicen con las exigencias de taxatividad, esto es, con el mandato de determinación “clara e inequívoca” de la conducta prohibida. Las normas incriminatorias de derecho penal internacional han sufrido un proceso de evolución que ha motivado precisamente la incertidumbre y confusión de sus normas incriminatorias. Un ejemplo de ello, señala Gil, lo constituye los crímenes de lesa humanidad los cuales nacieron vinculados, como elemento necesario, a la existencia de un conflicto armado pero, en su evolución, la desvinculación con tal elemento no quedó clara sino hasta la aprobación del Estatuto de la Corte Penal Internacional. Es evidente que esta dificultad se palia con las normas de Derecho Penal Internacional de carácter convencional. Sin embargo en algunos casos las dificultades subsisten dado que se presentan divergencias de regulación entre las propias normas convencionales y entre ellas y las consuetudinarias. Eso ocurre precisamente con el delito de tortura. Las normas penales consuetudinarias (surgidas a partir del Estatuto del TPI de Nuremberg) y el Estatuto de Roma contemplan la necesidad de que el crimen de tortura se produzca en el contexto de un ataque generalizado o sistemático, mientras la Convención Americana contra la Tortura y la de Naciones Unidas no exigen el referido elemento.

En ese sentido, la aplicación actual de normas penales internacionales con fines incriminatorios, sin que las mismas estén incorporadas con sus respectivas penas en el derecho interno, constituirían también una vulneración de la garantía de ley previa y de taxatividad.

En resumen, el principio de legalidad, entendido de manera férrea y rígida por nuestro TC, nos evidencia el carácter no autoaplicativo (*non self executing*) de las normas incriminatorias del Derecho Penal Internacional. Incluso frente a las perspectivas modernas (no hay interpretación literal) se está afectando el núcleo fundamental del principio de legalidad.

Incluso entendido como garantía de objetividad, el principio de legalidad se ve afectado cuando se trata de aplicar de manera directa normas incriminatorias del derecho penal internacional. En estos casos, por un lado, la variabilidad del contenido de lo prohibido de las normas consuetudinarias impide decisiones judiciales estables y previsibles y por otro lado, las normas convencionales al no tener determinado un marco punitivo general no ofrece siquiera un punto de referencia seguro para hacer predecible la individualización de una sanción penal.

III. LA IRRETROCATIVIDAD DE LA LEY PENAL Y LA TAXATIVIDAD FRENTE A LA CALIFICACIÓN COMPLEMENTARIA DE LOS HECHOS COMO CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD

Expuesta nuestra posición sobre los alcances del principio de legalidad, en especial de las garantías de irretroactividad de la ley penal y taxatividad, cabe evaluar si efectivamente tal como lo sostiene la defensa de Fujimori existe violación de estas garantías al calificar *complementariamente* los hechos de asesinato, lesiones graves o secuestro como Crímenes de lesa humanidad o graves violaciones a los derechos humanos.

1. El antecedente español: el caso Scilingo

Las consideraciones que serán expuestas en los puntos siguientes son, a nuestro juicio, trasladables a los fundamentos utilizados por la sentencia del Tribunal Supremo español de fecha 1 de octubre de 2007 recaída en el caso Scilingo al aplicar el artículo 607 bis del CP español (sobre crimen de lesa humanidad e incorporado al CP en el año 2004) a hechos ocurridos en Argentina en la década de los años setenta. En este caso, al igual que en el caso Fujimori, se plantea también la problemática de la incorporación del derecho penal internacional en el derecho penal doméstico. En efecto, la sentencia plantea las exigencias del principio de legalidad y sus diferentes garantías, afirma, en consecuencia, la inaplicación directa del artículo 607 bis y reflexiona también sobre la importancia de los normas de protección a los derechos humanos y los criterios del Derecho Penal Internacional

16 La jerarquía suprallegal, y en el caso peruano la jerarquía constitucional, otorgada a los convenios internacionales sobre derechos humanos sólo se refiere a la relación entre las normas del ordenamiento interno, mientras que para cumplir con la exigencia formal del principio de legalidad sería necesario que la norma de derecho penal internacional se convierta en ley escrita en sentido formal tal como lo ha entendido la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos en su Opinión Consultiva 6/86 del 9 de mayo de 1986.

17 Además, como señala GIL GIL, Alicia. Derecho penal internacional. Especial consideración del delito de genocidio, Tecnos, Madrid, 1989, p. 103, si la infracción de la norma aparece ante el ciudadano como carente de sanción penal, por la dificultad de asociar aquella con la ley penal que castiga su incumplimiento, ese apoyo en la función de motivación de la norma por parte de la amenaza penal se pierde. De la misma opinión HERNANDEZ BALMACEDA, Paul. “Aplicación directa de los tipos penales de la ECPI en el derecho interno”, en: Temas actuales de Derecho penal internacional, Konrad Adenauer, Montevideo, 2005, p. 151 y ss.

que deben tenerse en cuenta (perseguidabilidad universal, imprescriptibilidad y gravedad cualitativa de los hechos; ver considerando sexto literal 1, 2 y 3). En ese sentido, la sentencia de manera textual afirma lo siguiente:

“Consecuentemente, (...) la condena por delitos de asesinato y detención ilegal, así como la valoración de las circunstancias relevantes en orden a establecer la gravedad en el marco legal vigente al tiempo de ejecución de los hechos, no vulneraría el principio de legalidad, que sin embargo, de un lado impide acudir a un tipo delictivo no vigente en la fecha de comisión, salvo el caso en que fuera más favorable, y de otro haría imposible imponer una pena superior a la prevista entonces para aquellos delitos.

7. *Por otra parte, la relevancia de la conducta enjuiciada desde la perspectiva de la protección de los Derechos Humanos esenciales a nivel internacional, tampoco podía ser ignorada por el recurrente en el momento de la comisión, ya que constituían precisamente las acciones más graves contra aquellos.*

(.....)

8. *El delito de lesa humanidad fue introducido en el Código Penal español por medio de la Ley Orgánica 15/2003. Se define como un delito contra la comunidad internacional y se compone de una serie de conductas básicas, de las cuales, en lo que aquí interesa, la causación dolosa de la muerte de otra persona o las detenciones ilegales, ya eran delictivas como delitos ordinarios con anterioridad. Su elevación a la naturaleza de delitos contra la comunidad internacional encuentra justificación en las circunstancias añadidas que integran el elemento de contexto. Son éstas, según el artículo 607 bis del Código Penal, el que los hechos concretos se cometan como parte de un ataque generalizado y sistemático contra la población civil o una parte de ella (...).*

9. *De todos modos, las circunstancias descritas, muy similares a las contenidas en los instrumentos internacionales, superpuestas a hechos ya de por sí constitutivos de delitos, son las que convierten a éstos en crímenes contra la Humanidad, incrementando el contenido de injusto, lo que repercute en una mayor pena; planteando la cuestión de su imprescriptibilidad; y permitiendo afirmar que los Estados deben proceder a su persecución y castigo. Dicho con otras palabras, esas circunstancias añadidas al asesinato y a la detención ilegal, en el caso, aunque no permitan la aplicación de un tipo penal contenido en un precepto posterior que no es más favorable ni autoricen por la misma razón una pena comprendida en límites de mayor extensión, pueden ser tenidas en cuenta para justificar su perseguidabilidad universal. (...)*

10. *En conclusión puede señalarse que: A) La causación dolosa de la muerte de otras personas, así como las detenciones ilegales, estaban previstas como conductas delictivas en el*

momento de la comisión de los hechos, tanto en Argentina como en España. B) Las circunstancias relevantes concurrentes en un hecho delictivo, aun cuando no sean típicas, son valorables en el enjuiciamiento, siempre que se acuda a criterios adecuados jurídicamente al ordenamiento. C) El elemento de contexto característico de los crímenes contra la Humanidad estaba reconocido internacionalmente en el momento de los hechos con límites suficientemente definidos. D) Las conductas enjuiciadas constituían en ese momento crímenes contra la Humanidad según el Derecho Penal Internacional consuetudinario. E) La voluntad de perseguir penalmente esta clase de hechos (asesinatos, detenciones ilegales y otros) cuando concurre el elemento de contexto, estaba establecida internacionalmente de forma generalizada en normas de Derecho Penal Internacional consuetudinario, al menos desde la creación de los Tribunales internacionales tras la finalización de la Segunda Guerra Mundial”.

La sentencia culmina condenando al procesado por delito de asesinatos múltiples y secuestros en lugar de la condena anteriormente impuesta por delito de crimen de lesa humanidad. Se reconoce la no aplicación directa del mencionado tipo penal, pero se consideran otras consecuencias de su valoración como crimen de lesa humanidad.

Esta sentencia resulta importante dado que nos ofrece las pautas necesarias para evaluar nuestra posición con relación a la cuestión planteada. En nuestro concepto, y siguiendo las ideas que se traslucen en dicha sentencia, la calificación de los hechos como crímenes de lesa humanidad no vulnera las garantías principales del principio de legalidad en tanto no hay una utilización punitiva directa de la misma y en tanto las consecuencias que se adscriben a tal calificación son de carácter *complementario* referidos a la persecución punitiva de los hechos y a la valoración de la gravedad del injusto de cara a la individualización de la pena prevista para los delitos comunes ya previstos.

2. El respeto al principio de legalidad en tanto adscripción no punitiva sino complementaria del concepto de crímenes de lesa humanidad

Como puede apreciarse, tanto en la sentencia de la Sala Penal Especial peruana de fecha 7 de abril de 2009 recaída sobre el ex Presidente Alberto Fujimori en los casos Barrios Altos y la Cantuta como en la sentencia del Tribunal Supremo español de fecha 1 de octubre de 2007, recaída en el caso Scilingo por hechos ocurridos en la dictadura militar argentina durante la década de los años setenta, no se aprecia una utilización punitiva de la calificación de crímenes de lesa humanidad de los hechos materia de juzgamiento. Esto impide considerar afectado el núcleo esencial del principio de legalidad constituido por las garantías de taxatividad e irretroactividad maligna.

Ambas garantías, como hemos sostenido anteriormente, despliegan su función principal y esencial frente al riesgo

de un ejercicio abusivo de la potestad punitiva del Estado concretizada en la posibilidad del sistema judicial de subsumir una conducta en un tipo penal e imponer a la misma una pena no prevista previamente con suficiente claridad.

Sea que se las entienda como garantías de la protección de la confianza de los ciudadanos frente al ejercicio abusivo del poder, sea que se las entienda como pautas predeterminadas que garantizan la objetividad de una decisión judicial, estas no han sido vulneradas con la utilización no punitiva de la calificación de crímenes de lesa humanidad. En el primer caso, porque se entiende que el conocimiento necesario para la autodeterminación libre del ciudadano no pasa por calcular aspectos no punitivos de la calificación de los hechos como crímenes de lesa humanidad tales como la prescripción, la jurisdicción universal, la prohibición de las autoamnistías, el indulto o la valoración de la gravedad de los hechos de cara a la individualización judicial de la pena prevista por un tipo penal común.

En el segundo caso, dado que las normas de derecho penal internacional de carácter no incriminatorio (por ejemplo la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad) constituyen en la práctica reglas claramente determinadas por lo que no existe mayor problema en

que tales normas sirvan de parámetro fiable para una decisión razonable del órgano judicial.

Es necesario, entonces, hacer hincapié que mientras la tipificación de los hechos y el marco penal previsto se deduzcan de figuras penales vigentes en el Código penal al momento de los hechos no habrá problema alguno con el principio de legalidad. La calificación complementaria de los hechos como crímenes de lesa humanidad, esto es, para efectos secundarios no punitivos (imprescriptibilidad, jurisdicción universal, etc.) no afecta el ámbito esencial del principio de legalidad. Tampoco la valoración de la gravedad de los hechos en función de su calificación como crimen de lesa humanidad afecta el principio de legalidad, dado que tal valoración se encuentra dentro de la cobertura discrecional que le permite el marco punitivo del tipo penal común vigente al momento de los hechos.

Tanto la sentencia de la Sala Penal Especial de la Corte Suprema de la República del Perú en el caso del ex Presidente Fujimori como la sentencia del Tribunal Supremo español en el caso Scilingo no apelan a la calificación de crimen de lesa humanidad con fines incriminatorios y punitivos directos, sino con fines complementarios relacionados con la persecución penal de los hechos y la valoración de los mismos. En ese sentido, reiteramos que ninguna de las dos sentencias antes mencionadas vulnera el principio de legalidad penal.