



Mesa Redonda⁽¹⁾ con Gorki Gonzales Mantilla^(*), Roberto Pereira Chumbe^(**) y Christian Donayre Montesinos^(***)

Reflexiones en torno al **Decreto Legislativo 1097**

El 1 de setiembre de 2010 se publicó el Decreto Legislativo 1097, que regulaba la aplicación de normas procesales por delitos que implican violación de Derechos Humanos. Dicho Decreto no pasó desapercibido, pues las críticas y cuestionamientos no tardaron en llegar, principalmente por sus alcances con respecto a los Derechos Humanos, al ser visto como una ley encubierta que permitiría la amnistía a favor de los procesados por delitos de lesa humanidad en el Perú.

Luego de dos semanas de debate ampliamente politizado -que incluyó en gran medida a la opinión pública y a los medios de comunicación- el 15 de setiembre de 2010 el Poder Ejecutivo, con la aprobación del Congreso, oficializó la derogatoria del Decreto, entrando esta en vigencia al día siguiente.

Ya en retrospectiva, planteamos algunas preguntas de análisis y reflexión en torno al Decreto y sus implicancias.

1. ¿Es la Fe de Erratas al Decreto Legislativo 1097 un acto nulo? En todo caso, ¿qué entidad deberá declarar dicha nulidad?

Gorki Gonzales Mantilla (GGM): En este caso la Fe de Erratas hace las veces de un prisma que proyecta la ausencia de compromiso con los derechos fundamentales y, sin duda, el desinterés absoluto por justificar con razones plausibles una decisión política de tanta gravedad como la representada por el Decreto legislativo 1097.

Para comenzar desde el principio, la Fe de Erratas sirve para corregir errores de carácter formal en un texto impreso. Debido a que su uso es

(1) La presente reunión fue realizada de manera electrónica.

(*) Profesor principal de Filosofía y Teoría del Derecho. Coordinador de la Maestría en Derecho con mención en Política Jurisdiccional de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor de Derecho Constitucional Comparado en el Doctorado de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Es Magíster en Derecho por la PUCP y Doctor en Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales por la Universidad de Pisa, Italia.

(**) Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Máster en Derecho Penal y Ciencias Penales, Universidad de Barcelona con Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, España.

(***) Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú y Profesor Titular de Derecho Constitucional de la misma universidad.

Reflexiones en torno al Decreto Legislativo 1097

válido incluso para normas legales, se entiende que se integra al texto original y adquiere su condición normativa.

Sin embargo, la denominada “Fe de erratas” del Decreto Legislativo 1097 no respondía en rigor a esa definición. Como se recuerda, a través de aquella se pretendió introducir un conjunto de disposiciones normativas para disimular la carga negativa que el Decreto traía consigo. En otras palabras, el propio Ejecutivo quiso corregir los errores substanciales de aquella norma a través de un procedimiento extraño a cualquier lectura constitucional.

Ahora bien, si la “Fe de Erratas” está vinculada a su norma de referencia, la invalidez responde también a esa realidad; por lo tanto, el Tribunal Constitucional, previa demanda de inconstitucionalidad contra el Decreto, es el órgano competente para declarar su invalidez total o parcial. El Congreso de la República también podría ejercer la facultad del control político sobre los actos del Ejecutivo, y en la práctica eso es lo que finalmente ocurrió con la derogación del Decreto.

Parece indispensable anotar que estos hechos son el reflejo de una impronta que no puede soslayarse sin empobrecer el examen relativo al significado mismo del Derecho. En términos generales, es útil reconocer que las coordenadas que movilizan la configuración del sistema legal tienen siempre una textura de orden moral que la respalda. Que de allí resulten opciones contrarias a los valores de la democracia constitucional es un riesgo que debe enfrentarse con deliberación y crítica informada en el debate político y legislativo. Desafortunadamente estos son bienes escasos y quizás ausentes en la práctica que vertebra el sentido del derecho y la política en nuestro país.

Esta deficiencia pudo facilitar las cosas para que una mayoría contingente del Congreso, delegara la facultad de legislar en el Ejecutivo, nada menos que para beneficiar a militares y policías procesados por delitos contra los derechos humanos. La escena se dibuja bien cuando se recuerda el protagonismo del Ministerio de Defensa a través de su pertinaz e hipercreyente ministro, acompañado de un abogado cuyo prestigio proviene de haber defendido a militares acusados de vulnerar derechos humanos. El Decreto 1097, cual acto de fe, tuvo esa inspiración. El pretexto llevado al extremo para justificar tal decisión de cara a la opinión pública, fue el exceso

de duración del plazo en la investigación de dichos juicios. El remedio propuesto era el sobreseimiento como regla general.

Pero una perspectiva racional del problema permite recordar que desde la jurisprudencia de las cortes constitucionales y tribunales internacionales, se ha producido una estrategia argumentativa para enfrentar el problema relativo al exceso del plazo formal en los procesos judiciales. Existe el derrotero creado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en diversos casos de donde emergen los criterios esenciales para otorgar razonabilidad al plazo procesal: i) La naturaleza y complejidad de la causa; ii) La actividad procesal del imputado, por ejemplo, para discernir el impacto de las maniobras dilatorias; y, iii) La actuación de los órganos jurisdiccionales, por ejemplo, cuando existe una negligencia imputable a éstos. En una línea semejante se inscriben los fallos de la Corte Interamericana en los casos Suárez Rosero v. Ecuador (sentencia del 13 de enero de 1997), y Genie Lacayo v. Nicaragua, (sentencia del 29 de enero de 1997).

El esfuerzo de crítica para entender el derecho en función de la realidad antes que a partir de los textos, está presente en la visión de nuestro Tribunal Constitucional cuando ha ponderado la afectación generada por la demora en la situación jurídica de la persona involucrada en el proceso, tal como se observa en las sentencias TC 1680-2009-PHC/TC (caso Antauro Humala), y 05350-2009-PHC/TC (caso Salazar Monroe).

Así, queda claro que los valores constitucionales involucrados en el plazo de los procesos no se pueden reducir a una regla. Su textura debe ser racionalizada en cada caso. Los valores deben ponderarse en el marco de los intereses y factores de la realidad. Esta es la coherencia constitucional que se construye



Mesa Redonda con Gorki Gonzales Mantilla, Roberto Pereira Chumbe y Christian Donayre Montesinos

desde la dinámica interpretativa que surge de la jurisprudencia, incluso la de los Tribunales internacionales. En buena cuenta, la Constitución se amplía y evoluciona a través de esas decisiones. Por ello, resulta ya poco sostenible seguir predicando la idea de una jurisprudencia supranacional. Esta no es otra cosa que la Constitución misma.

En el peor de los escenarios tampoco es verdad, como se dijo para defender el mencionado Decreto, que la causal de sobreseimiento por la superación del tiempo de la investigación estuviese contemplada en el nuevo Código Procesal Penal. Esgrimir esa consideración falsa sólo terminó de desnudar la carencia de razones para afirmar la solitaria prevalencia del argumento de autoridad. El peso abstracto de éste, impuesto a través de una regla, no solucionaba el retardo en los procesos judiciales, más bien derrumbaba el valor de la justicia.

Roberto Pereira Chumbe (RPC): Antes de responder la pregunta quisiera plantear un problema que, a mi juicio, se encuentra en la base de lo sucedido con el Decreto Legislativo 1097 y que no ha merecido mayor atención. Me refiero al hecho de que estamos frente a una norma que es el resultado de legislación delegada del Congreso al Ejecutivo en materia penal. Esta práctica perversa contradice de manera flagrante la dimensión *político institucional* del principio de legalidad penal reconocido en el literal d) del inciso 24 del artículo 2 de la Constitución Política. En virtud de dicho principio, el Ejecutivo se encuentra vedado para legislar en materia de restricciones a los derechos fundamentales y ciertamente sobre limitaciones a la libertad personal. Sin duda, la materia penal -tanto sustantiva, procesal como de ejecución- incide directa y negativamente en la libertad personal y otros derechos fundamentales como los que integran el debido proceso.

El único legitimado para restringir derechos fundamentales es el Congreso en tanto expresión de la voluntad popular, de la comunidad política en cuyo interés se encuentran establecidos los derechos fundamentales. Es el único poder que garantiza publicidad, el debate plural y la participación de las minorías políticas, notas de legitimidad esenciales para restringir derechos en el Estado constitucional. Este criterio se encuentra expresamente establecido en el artículo 30 de la Convención Americana y fue ratificado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos a través de la Opinión

Consultiva OC-6/86, del 9 de mayo de 1986, es decir, ¡hace 25 años!

Ya sé que me van a decir que el Código Penal, el nuevo Código Procesal Penal, así como otras normas penales de importancia fueron aprobados en virtud de legislación delegada. Sin embargo, este no es un argumento jurídico, sino de simple oposición de hechos consumados de una práctica ilegítima. No tiene apoyo constitucional, ya que del hecho que los artículos 101 y 104 de la Constitución no prohibían expresamente delegar la materia penal al Ejecutivo, no se puede derivar necesariamente que el Congreso sí puede delegar la materia penal al Ejecutivo. Una interpretación sistemática de la Constitución obliga a considerar el principio de legalidad penal en su dimensión político institucional antes aludida.

En los Estados donde se toman en serio los derechos fundamentales y el modelo Constitucional, resulta inaceptable delegar la materia penal al Poder Ejecutivo. En España, por ejemplo, la discusión gira en torno a si en materia penal se requiere, en todos los casos una Ley Orgánica o si basta con una ley ordinaria. Pero a nadie se le ocurre plantear la posibilidad de delegar la materia penal al Poder Ejecutivo. Lamentablemente, entre nosotros, la delegación de la materia penal al Ejecutivo constituye una práctica perversa que se asume como válida sin el menor rubor constitucional, incluso en predios académicos.

Por lo demás, los costos institucionales de este tipo de práctica son significativamente altos, ya que el Poder Ejecutivo tiende al *autoritarismo penal* debido a las urgencias de legitimidad social que le impone el fenómeno de la delincuencia. El Tribunal Constitucional podría corregir esta situación si es que se toma en serio el principio de legalidad penal.

Reflexiones en torno al Decreto Legislativo 1097

Con ello mencionado, procedemos a responder la pregunta planteada. De acuerdo a la Ley 26889, Ley Marco para la Producción y Sistematización Legislativa, la Fe de Erratas solo procede ante la necesidad de corregir *errores materiales* en las leyes y normas infralegales. Es decir, frente a la equivocación de palabras, confusión de nombres, expresión errónea de cantidades, omisión de algún término, entre otros yerros de similar naturaleza.

Sin duda este no es el caso de la Fe de Erratas del Decreto Legislativo 1097, que sin duda alteró el sentido de los textos normativos rectificadas. Resulta clara la voluntad del Ejecutivo de modificar el sentido de algunos contenidos normativos, ante el costo político nacional e internacional que significó la publicación de dicha norma. Sobre todo en el caso de la Primera de las Disposiciones Complementarias Finales, a la que se agregó que la interpretación de la vigencia de la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad debía hacerse sin perjuicio de lo dispuesto de la Convención Americana, la jurisprudencia de la Corte Interamericana y del Tribunal Constitucional.

Por ende, lo que correspondía era dictar una norma modificatoria, pero de ningún modo cambiar el sentido normativo a través de una Fe de Erratas. Se trató a todas luces de una Fe de Erratas ilegal, por lo que no tenía ninguna virtualidad para modificar el texto original del Decreto Legislativo 1097.

Ahora bien, no es la primera vez que se comete esta ilegalidad entre nosotros, por lo que resulta preocupante que, hasta la fecha, no se conozca qué funcionario o funcionarios fueron los responsables de la publicación de esta pretendida Fe de Erratas. Sería interesante que alguien ejerza el derecho de acceso a la información pública y solicite copia de los documentos de las acciones que se llevaron a cabo a efectos de establecer las responsabilidades del caso, conforme lo establece el numeral 6.2 del artículo 6 de la Ley 26889.

Christian Donayre Montesinos (CDM): Creo que en torno a la Fe de Erratas del Decreto Legislativo 1097 existen elementos que convendría analizar de cara a discutir su validez e inclusive su pertinencia. Para empezar, habría que recordar que la Fe de Erratas fue publicada en el Suplemento de Normas Legales

del Diario Oficial *El Peruano* con fecha 13 de setiembre de 2010, pero que, en sentido estricto, el citado suplemento vio la luz el 14 de setiembre. En otras palabras, la fecha del suplemento no coincidía con la del día en que en rigor se dio a conocer. Si especulamos a qué se debió esta irregularidad, la razón pareciera no ser otra más que de acuerdo con la Ley N° 26889, Ley Marco para la Producción y Sistematización Legislativa, las Fe de Erratas solo pueden publicarse dentro de los diez días útiles posteriores a la publicación de la norma que se corrige. En tal sentido, considerando que el Decreto Legislativo 1097 fue publicado el 1 de setiembre, el citado plazo vencía indefectiblemente el lunes 13 de ese mes.

Asimismo, a lo expuesto habría que añadir que la Ley 26889 precisa que las Fe de Erratas solo proceden para corregir *errores materiales*. Sin embargo, si se aprecia los supuestos errores corregidos mediante esta Fe de Erratas, pareciera que el Ejecutivo no habría hecho un uso idóneo de la figura.

En efecto, si bien es cierto la Fe de Erratas se refiere a múltiples artículos del Decreto Legislativo 1097, en todos ellos, salvo en el caso de la Disposición Complementaria Final que comentaremos luego, el cambio consiste fundamentalmente en precisar que será mediante un Decreto Supremo que se establecerá en qué distritos judiciales es que se adelanta la entrada en vigencia del Código Procesal Penal. Nótese que el Decreto Legislativo 1097, en su redacción original, adelantaba la entrada en vigencia de este Código a todos los distritos judiciales, sin embargo, con esta Fe de Erratas el Código Procesal Penal entraría en vigencia solamente en aquellos que serán determinados vía Decreto Supremo. Queda entonces la duda si acaso mediante el uso de la Fe de Erratas el Ejecutivo habría pretendido -ante la crítica pública y la polémica que desató el dispositivo-



Mesa Redonda con Gorki Gonzales Mantilla, Roberto Pereira Chumbe y Christian Donayre Montesinos

matizar los efectos del Decreto Legislativo. No olvidemos que a pesar de su derogatoria, durante el tiempo en que estuvo vigente, las solicitudes que se hayan presentado para acogerse a sus beneficios deberían resolverse conforme a lo dispuesto en dicha norma.

El otro elemento que interesa destacar de la Fe de Erratas se refiere a la Primera Disposición Complementaria Final. Originalmente, dicha disposición establecía que la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, aprobada por Resolución Legislativa 27998, surte efectos y rige para el Perú a partir del 9 de noviembre de 2003, conforme a la declaración realizada por el Perú al momento de adherirse a la citada Convención, al Fundamento 15 de la Resolución del Tribunal Constitucional del 23 de marzo de 2010 recaída en el Expediente 00018-2009-PI/TC y a la declaración expresa contenida en la indicada Resolución Legislativa. Ahora, con la Fe de Erratas, en la parte final se añadió "(...) sin perjuicio de lo dispuesto por la Convención Americana de Derechos Humanos, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Constitucional".

Llama nuevamente la atención que se pretenda hacer este agregado a dicha Disposición Complementaria Final usando una figura como la Fe de Erratas, que sirve -insistimos- para corregir tan solo errores materiales. Es más, aunque pareciera que con el cambio se le da a los jueces un mayor margen de acción para aplicar la citada Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, la verdad es que dicho añadido no hubiera resultado del todo indispensable si consideramos que dentro de la normativa aplicable a cada caso y que debe ser observada por todo juez están tanto los tratados sobre derechos humanos de los cuales el Perú es parte, como la jurisprudencia de la Corte Interamericana y del Tribunal Constitucional.

2. ¿Es constitucional el Decreto Legislativo 1097? ¿El Tribunal Constitucional puede pronunciarse sobre una norma derogada?

GGM: Por lo dicho anteriormente, la interferencia en los procesos judiciales por violación de derechos humanos, a

través del sobreseimiento, implicaba vulnerar el principio constitucional de la independencia judicial (139, inciso 2) en el grado más intenso. No otra cosa daba como resultado la idea de abstraer un proceso del sistema judicial para archivarlo.

El Decreto además llevaba una contradicción abierta con el principio de igualdad, pues establecía un esquema de beneficios e impunidad para un grupo determinado de sujetos, respecto de un tipo especial de delitos (artículo 103). Tal desequilibrio propiciaba un estado de indefensión para las víctimas de esos mismos delitos, mediante normas incompatibles en su origen con la prohibición prevista en el artículo 104 de la Constitución y en la propia Convención Americana de Derechos Humanos (artículo 2) a cuyo ámbito se extiende nuestra Constitución.

A la pregunta respecto de si el Tribunal Constitucional se puede pronunciar sobre una norma derogada, parece notorio que si lo que se busca es defender la Constitución, entonces es coherente que se busque evitar los efectos de una norma que formó parte del sistema legal, pero que ya no pertenece al orden jurídico actual. Los efectos indeseables de esa norma deben ser eliminados como ocurrió con el caso de la denominada "Ley Wolfenson" (Sentencia 0019-2005-PI/TC), donde para evitar que la vigencia temporal de la Ley 28658 derogada cuatro días después, surtiera efecto hacia adelante, el Tribunal declaró su incompatibilidad con la Constitución evitando así cualquier efecto al futuro e impidiendo que sea aplicada en esa línea por el Poder Judicial en cualquier proceso.

RPC: A mi juicio, el primer problema de inconstitucionalidad del Decreto Legislativo 1097, se deriva de la inconstitucionalidad de su norma autoritativa, es decir, la Ley 29548 que

Reflexiones en torno al Decreto Legislativo 1097

delegó en el Ejecutivo la materia penal, supuesto que, como ya expliqué, resulta contrario al principio de legalidad penal en su dimensión *político institucional*. Así, la inconstitucionalidad de la ley autoritativa ocasiona la inconstitucionalidad originaria de los Decretos Legislativos dictados en virtud de ella. Este criterio fue ampliamente desarrollado por el Tribunal Constitucional en su sentencia del Expediente 005-2001-AI/TC.

Sin perjuicio de ello es posible también trabajar la inconstitucionalidad del Decreto Legislativo 1097, concretamente de su regla de sobreseimiento regulada en el numeral 6.2 de su artículo 6, a partir del principio de igualdad. Esto debido a que dicha regla solo sería aplicable a los procesados por violaciones a los derechos humanos, ya que no se encuentra prevista en el Código Procesal Penal para el resto de procesados, contrariamente a lo afirmado por el entonces Ministro de Defensa. Así, no es cierto que con esa regla de sobreseimiento solo se estaba adelantando la vigencia de una norma contemplada en el Código Procesal Penal.

La posibilidad de que el Tribunal Constitucional pueda pronunciarse sobre la inconstitucionalidad de una norma derogada ha sido establecida por el mismo Tribunal en su antes citada sentencia recaída en el Expediente 005-2001-AI/TC. Sostuvo el Tribunal que ello era posible cuando una declaración de inconstitucionalidad podía variar los efectos en el tiempo de una norma derogada.

CDM: En mi modesta opinión existe más de una razón que tornan al citado Decreto Legislativo en inconstitucional. Habría, pues, que recordar que en definitiva la propia ley autoritativa, es decir, la Ley 29548, presenta vicios de inconstitucionalidad y, como veremos, por conexidad, así también sucedería con el Decreto Legislativo 1097. En efecto, hay que tener presente que la delegación de facultades legislativas, de conformidad con el artículo 76 del Reglamento del Congreso -cuerpo normativo que, como sabemos, forma parte del bloque de constitucionalidad- es de iniciativa exclusiva del Ejecutivo. En otros términos, el único que puede presentar un Proyecto de Ley para efectos de dar lugar a una ley autoritativa es el Presidente de la República. Esto significa, a nuestro juicio, no solo que el Congreso, de oficio -si cabe la expresión- no podría hacerlo, sino que tampoco puede ampliar la solicitud del Ejecutivo y delegarle facultades para legislar sobre asuntos que no solicitó.

Pues bien, ¿por qué este elemento es importante? Lo es debido a que si se revisa el Proyecto de Ley que presentó el Gobierno para esta delegación de facultades legislativas, claramente se puede ver que nunca pidió legislar sobre las condenas y los procesos seguidos contra militares y policías por violaciones a derechos humanos. Es, más bien, el Congreso quien se las otorga. Esto nos invita a reflexionar si acaso es constitucional delegar facultades legislativas en exceso, contraviniendo el Reglamento del Congreso, que fue precisamente lo que sucedió en esta ocasión.

Por si lo dicho no fuera suficiente, basta revisar el Decreto Legislativo 1097 para comprobar que el Ejecutivo no se limitó a lo que decía concretamente la ley autoritativa, sino que fue más allá. Efectivamente, el literal d) del artículo único de la Ley 29548, autorizaba al Ejecutivo a que dé normas procesales y penitenciarias relacionadas exclusivamente al personal militar y policial que ha sido procesado o condenado por delitos que implican violación de derechos humanos. Sin embargo, el Decreto Legislativo contenía dispositivos que resultaban de aplicación no solo a militares y policías, sino a todos los procesados y condenados por ese tipo de delitos. Desde luego, es discutible, de cara al principio de igualdad, que el Congreso haya delegado en el Ejecutivo facultades legislativas para abordar solo asuntos vinculados con los procesos y condenas de militares y policías, pero lo que está fuera de toda discusión es que el Ejecutivo no puede exceder el ámbito material contenido en la ley autoritativa. Curiosamente, esto fue lo que sucedió en este caso.

Ahora bien, es cierto que el Decreto Legislativo 1097 ya fue derogado, pero somos de la opinión que ello no enerva ni impide un control de constitucionalidad posterior en sede del Tribunal Constitucional. Quizá para entender



Mesa Redonda con Gorki Gonzales Mantilla, Roberto Pereira Chumbe y Christian Donayre Montesinos

esto convendría tan solo traer a colación el criterio que sentó el colegiado hace algunos años a propósito de la denominada “Ley Wolfenson”, aquella que para efectos del cómputo de la pena equiparaba un día de detención con un día de arresto domiciliario. En aquella oportunidad, como se sabe, ante los públicos cuestionamientos a la Ley, máxime porque tuvo lugar en el contexto en que se buscaba fortalecer la lucha contra la corrupción, se derogó. Sin embargo, ello no impidió que después el Tribunal Constitucional se pronunciase al respecto. Y es que aquí habría que tener presente que durante el tiempo de vigencia de la norma, ésta surte efectos, lo que significa, por ejemplo para el caso del dispositivo que nos ocupa, que hay solicitudes que deben ser atendidas conforme a lo que él señalaba. En tal sentido, muy a pesar de la derogatoria, los efectos inconstitucionales del dispositivo permanecen en el tiempo y son esos efectos los que hay que terminar de expulsar del sistema.

3. ¿Considera que es jurídicamente válida la aplicación de la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad para aquellos cometidos a partir del año 2003, en atención a la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Lesa Humanidad de 1946?

GGM: Este Decreto vulneraba los principios constitucionales relativos a la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad, referidos a través de la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución. En esa dirección, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, la Convención Americana de Derechos Humanos y la propia jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos se advierten también como parte del espacio constitucional. Por ello, la pretensión de interpretar la vigencia de tales principios a partir del 9 de noviembre de 2003, fecha en la que el Estado peruano emite la Resolución Legislativa 27998, para adherirse a la *Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y Lesa Humanidad*, era parte del libreto formalista para imponer una política de impunidad. Una reserva encubierta que no resiste el peso de los principios que la propia Convención de Viena resguarda, al prohibir toda declaración que tuviera un objeto contrario al propósito de la misma. Por eso se dice que dichos crímenes son imprescriptibles. Este derrotero que

forma parte de la propia Constitución de 1993, estaba siendo amenazado por el Decreto Legislativo 1097.

RPC: Antes que nada quisiera plantear una afirmación de principio: *hay que tener mucho cuidado cuando se plantea el tema de la imprescriptibilidad*. Esto porque, en estricto, estamos hablando de la relativización o debilitamiento de un límite a la potestad punitiva del Estado, concretamente a un límite temporal. Por ende, cuando se postula la imprescriptibilidad de cualquier delito, hay que estar plenamente conscientes de que se tiene que pagar un costo institucional muy alto: desde errores judiciales hasta la sanción en ausencia de necesidad de pena, criterio este último que legitima la pena en el Estado constitucional.

Por esta razón es que no comparto la tesis según la cual, la prescripción, al igual que la potestad de gracia -como el indulto y la amnistía- no pueden impedir la persecución de determinados delitos. Es un error desde todo punto de vista equiparar conceptualmente a la prescripción con las manifestaciones del derecho de gracia: indulto y amnistía. En el primer caso estamos hablando de una garantía, de un límite a la potestad punitiva, mientras que en el segundo caso nos encontramos frente a potestades cuya compatibilidad con el principio de separación de poderes en el Estado constitucional resulta problemática, de ahí la necesidad de su interpretación restrictiva.

No basta que en un determinado hecho sea horrendo, detestable o intolerable para derivar, sin más, en la justificación del debilitamiento o relativización de una garantía o un límite a la potestad punitiva como la prescripción. Si procedemos de ese modo podemos justificar incluso prescindir del debido proceso y condenar a una persona “relativizando” el

Reflexiones en torno al Decreto Legislativo 1097

derecho de defensa o la presunción de inocencia, algo que sin duda no resulta razonable. A veces, tengo la sensación de que en el ámbito de la persecución penal de delitos consistentes en graves violaciones a derechos humanos, se plantea este tipo de soluciones. A mi juicio, se hace un flaco favor a la causa de los derechos humanos.

Las necesidades *político-criminales* en ningún caso pueden justificar que se desconozcan las garantías del Derecho Penal: ni en la persecución del terrorismo, del tráfico ilícito de drogas, del lavado de activos o de violaciones a los derechos humanos. Resulta curioso observar a personas que se oponen al denominado *Derecho Penal del Enemigo* para los delitos de crimen organizado, pero que no tiene ningún problema en defender soluciones exactamente similares cuando se trata de delitos consistentes en violaciones de derechos humanos. La pregunta es cuál es la razón para ese doble estándar.

Habría que recordarles -de la mano de Ferrajoli- que las garantías del Derecho Penal no solo son de *libertad* sino también de *verdad*, en el sentido que contribuyen con la obtención de una decisión racional y lo más cercana posible a lo sucedido en la realidad, esto es, cumplen una función epistemológica en la persecución penal a la que no se puede renunciar en el Estado constitucional a riesgo de incurrir en un autoritarismo penal.

Ahora bien dicho esto, a mi juicio, la imprescriptibilidad conforme a la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, sólo es posible aplicarla en el Perú a los hechos ocurridos con posterioridad a su entrada en vigencia en el país, esto es, el mes de junio de 2003. Antes de esta fecha existía una regla general en el Código Penal, según la cual todos los delitos prescribían de acuerdo a los plazos resultantes de aplicar las reglas de prescripción ordinaria y extraordinaria.

Soy de la opinión que pretender extender los efectos de la referida Convención a hechos anteriores a su entrada en vigencia en el Perú, no solo equivale a desconocer la vigencia de la regla general de prescripción del Código Penal, sino incluso la propia declaración hecha por el Estado peruano al momento de suscribir dicho tratado, en el sentido de que la regla de imprescriptibilidad sólo opera a partir de su entrada en vigencia en el Perú. En estricto se trataría de una aplicación

retroactiva ilegítima. Ahora bien, una cosa es tener vigente una regla de imprescriptibilidad de determinados delitos y otra muy diferente es que tales delitos se encuentren tipificados como tales en la legislación interna.

Así, imaginemos que tenemos una regla de imprescriptibilidad de delitos de lesa humanidad desde inicios de la República, pero tales delitos de lesa humanidad recién se encuentran tipificados como tales en sede interna desde hace tres años. ¿Cuál sería la razón para aplicar la regla de imprescriptibilidad a hechos ocurridos hace 20 años y que calificaban como delitos comunes conforme a la legislación penal vigente en ese momento? No me parece que las calificaciones hechas por la Corte Interamericana a determinados hechos como *delitos de lesa humanidad* en pasajes *obiter dictum* de sus sentencias, o la mera invocación sin más a la categoría del *ius cogens*, constituyan argumentos suficientes para aplicar retroactivamente una regla de imprescriptibilidad, con todo lo que ello significa, según mi anterior explicación. Con esta afirmación respondo en buena medida la pregunta siguiente.

La persecución de graves violaciones a los derechos humanos no lo puede justificar todo. El Derecho Penal -y, peor aún, la relativización de sus garantías- no se puede plantear como la principal arma contra las violaciones de derechos humanos. Lo único que ello provoca es deslegitimar la causa de los derechos humanos y desviar la atención respecto de sus verdaderas causas.

4. ¿La imprescriptibilidad de los Derechos Humanos constituye una norma de *ius cogens*?

GGM: La imprescriptibilidad debe entenderse críticamente como un estado de la cultura



Mesa Redonda con Gorki Gonzales Mantilla, Roberto Pereira Chumbe y Christian Donayre Montesinos

de los derechos. Al margen de lo dicho en los tratados en términos positivos, se trata del reconocimiento crítico de condiciones esenciales para la idea de comunidad. La imprescriptibilidad se remite a los valores que se busca tutelar y garantizar en forma intensa. Por su parte, la idea del *ius cogens* de acuerdo a lo descrito en la Convención de Viena (artículo 53), implica un límite estricto a la voluntad de los sujetos de la comunidad internacional en función de valores que encierran una ética compartida por su carácter básico para la convivencia humana. El *ius cogens* no debería ser entendido como inderogabilidad *per se*. Esa perspectiva circular resulta poco propicia para defender

los valores que el tema encierra. Por eso, cabe preguntarse si a los valores que se defienden con la imprescriptibilidad son oponibles otros como, por ejemplo, los que derivan de los casos en donde se ha producido la superación del plazo legal para el proceso. A primera vista parece muy difícil sostener la existencia de razones que se sobrepongan a los valores involucrados en la intolerabilidad de los crímenes de lesa humanidad. Y parece que la razonabilidad del plazo es la estrategia precisa para generar los remedios que de modo alguno pueden derivar en el sobreseimiento, sin que ello no signifique una medida irrazonable e incompatible con los valores de la Constitución.

RPC: Me remito a la respuesta a la pregunta anterior, en la que refiero a los temas planteados acerca de la imprescriptibilidad y las normas de *ius cogens*.