

Lima, 20 de febrero de 2024

Señora Congresista

**MARTHA LUPE MOYANO DELGADO**

Presidente de la Comisión de Constitución y

Reglamento del Congreso de la República

Plaza Bolívar s/n.

**Cercado, Lima. -**

**Referencia:** Oficio N.º 1126-2023-2024-CCR/CR

**Asunto:** Opinión especializada respecto al proyecto de ley N°6951/2023-CR, Ley que precisa la aplicación y alcances del delito de lesa humanidad y crímenes de guerra en la legislación peruana

De mi mayor consideración:

Tengo a honra saludarla y, por su intermedio a los señores Congresistas miembros de la comisión ordinaria de su digna presidencia, dar respuesta a su gentil Oficio N.º 1126-2023-2024-CCR/CR de la fecha, por el cual me solicita opinión sobre el tema de la referencia, la cual expreso en los siguientes términos:

## **I. OBJETO DE LA OPINIÓN**

La presente opinión cubre las siguientes materias:

- 1.1.** Análisis del Proyecto de ley N°6951/2023-CR, Ley que precisa la aplicación y alcances del delito de lesa humanidad y crímenes de guerra en la legislación peruana
- 1.2.** Propuesta alternativa para el logro del objeto y fin del proyecto de ley

## **II. ANÁLISIS DEL PROYECTO DE LEY N.º6951/2023-CR**

### **2.1. La exposición de motivos del Proyecto de ley N°6951/2023-CR**

La exposición de motivos del proyecto de ley establece que la propuesta legislativa *gira en torno a precisar la correcta o idónea aplicación de la normativa penal vigente y de los dispositivos normativos internacionales dentro del territorio jurisdiccional peruano*. En ese orden de ideas, lo que se propone (es) *precisar que el Estatuto de Roma rige legalmente en el Perú*

a partir del 1° de julio de 2002 y que los hechos —supuestamente delictivos— que hayan ocurrido antes de esa fecha y que estén previstos como delitos en el Estatuto de Roma no pueden sustentar el procesamiento ni la condena de ciudadanos porque se violaría el principio de legalidad y vulneraría las disposiciones establecidas en la Constitución Política del Perú.

Por otra parte, propone que, de existir algún proceso o sentencia ejecutoriada cuyo sustento se haya basado en los delitos establecidos en el Estatuto de Roma como el de lesa humanidad o crímenes de guerra, se les aplique la figura de prescripción —o en su caso la nulidad— por las siguientes razones:

- El Código Penal dispone que todos los delitos prescriben a los 20 años de haber sido cometidos<sup>8</sup>.
- De no aplicarse la prescripción, se estaría vulnerando el principio de irretroactividad de la ley penal y el principio de legalidad.
- La Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y Crímenes de Lesa Humanidad entró en vigor el 09 de noviembre de 2003 y establece claramente la salvedad que los crímenes que consagra dicha convención son aplicables —en el Perú— para hechos cometidos con posterioridad a su entrada en vigencia.
- Los delitos de "lesa humanidad" o "crímenes de guerra", no se encuentran tipificados en el Código Penal Peruano, por lo que nadie puede ser acusado ni imputado de cometer dichos actos delictivos, y si así fuese, devienen en procesos o sentencias nulas.
- El Estatuto de Roma configura los delitos de "lesa humanidad" y "crímenes de guerra", sin embargo, estos supuestos deben ser aplicados, de ser el caso, luego del 01 de julio de 2002, sin poder ser aplicados retroactivamente.

## **2.2. La fórmula legal propuesta en el Proyecto de ley N.º6951/2023-CR**

La propuesta legal plantea aprobar el siguiente conjunto de enunciados normativos:

Artículo 1°. Objeto

La presente Ley tiene por objeto precisar la aplicación y los alcances que tiene el delito de lesa humanidad y crímenes de guerra en la legislación peruana considerando la entrada en vigor del Estatuto de Roma de la Corte Penal

Internacional en el Perú y la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad.

#### Artículo 2°. Finalidad

La presente Ley tiene por finalidad garantizar el correcto e idóneo cumplimiento del Principio de Legalidad, el Principio de Retroactividad y el respeto a las disposiciones contenidas en la Constitución Política del Perú respecto a la adecuada aplicación de su marco normativo dentro de la legislación peruana.

#### Artículo 3°. Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional

El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional fue aprobado por el Congreso de la República mediante Resolución Legislativa r\112 27517, publicado en el Diario Oficial El Peruano el 16 de setiembre de 2001, y ratificado por el Decreto Supremo NS? 079-2001-RE de 05 de octubre de 2001 y publicado al igual que el texto el 09 de octubre de 2001 en el Diario Oficial El Peruano. Las disposiciones contenidas en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional entraron en vigencia en el ordenamiento jurídico peruano el 1 de julio de 2002, en concordancia con el artículo 128 del referido Estatuto.

#### Artículo 4°. Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad

La Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad fue aprobada por el Congreso de la República mediante Resolución Legislativa N.º27998 de 2 de junio de 2003, publicada al igual que el texto el 12 de junio de 2003 y ratificada mediante Decreto Supremo Ng 082-2003-RE, de 1 de julio de 2003, publicado el 2 de julio del mismo año. Las disposiciones contenidas en la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad entraron en vigencia en el ordenamiento jurídico peruano a partir del 9 de noviembre de 2003.

#### Artículo 5°. Competencia temporal de la Corte Penal Internacional del Estatuto de Roma

En concordancia con el artículo 103° y el artículo 2°, inciso 24, literal d. de la Constitución Política del Perú; y los artículos 10°, 24° y 126° del Estatuto de Roma, la Corte Penal Internacional tiene competencia únicamente respecto de crímenes cometidos después de la entrada en vigor del Estatuto, cuya fecha en el caso de Perú se precisó en el artículo 3 de la presente ley.

#### Artículo 6°. Aplicación de la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y Crímenes de Lesa Humanidad

En concordancia con el artículo 103° y el artículo 2°, inciso 24, literal d. de la Constitución Política del Perú, la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y Crímenes de Lesa Humanidad es de aplicación al ordenamiento jurídico peruano con posterioridad a su entrada en vigor, cuya fecha se precisó en el artículo 3 de la presente ley. Artículo

#### 7°. Prescripción en el tiempo

Declárase la prescripción de los procesos que han sido ejecutados bajo el supuesto de los delitos de lesa humanidad y/o crímenes de guerra en los casos

que ya se haya cumplido con el tiempo máximo establecido por la ley penal vigente.

#### DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS FINALES

PRIMERA. Irretroactividad de la ley

Cúmplase con lo dispuesto en el Artículo 2º, inciso 24, literal d., de la Constitución Política del Perú.

### **2.3. Análisis del Proyecto de ley N°6951/2023-CR**

**2.3.1.** Aunque el objeto y fin declarado del proyecto de ley es *precisar la correcta o idónea aplicación de la normativa penal vigente y de los dispositivos normativos internacionales dentro del territorio jurisdiccional peruano*, es evidente que, en realidad, lo que se persigue es solucionar el problema creado por la aplicación de la calificación de crímenes contra la humanidad para el procesamiento y condena de miembros de las fuerzas armadas y policiales por distintos hechos acaecidos durante la lucha contraterrorista que vivió el Perú entre 1980 y 2000.

**2.3.2.** No obstante, la data jurisprudencial del Poder Judicial permite apreciar que los procesamientos y condenas no se han debido a la aplicación de la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad ni del Estatuto de la Corte Penal Internacional (ECPI). Más aún, es doctrina consolidada de la Corte Suprema que este último instrumento no resulta aplicable a tales hechos por virtud de su artículo 22.1, que lo prohíbe expresamente.

**2.3.3.** Lamentablemente, el proyecto de ley pretende que normas de derecho interno regulen materias de derecho internacional público, específicamente de derecho internacional penal, regidas por instrumentos convencionales, tales como, la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad y el ECPI, una pretensión normativa que contraviene el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el derecho los tratados, según el cual, ningún estado podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado.

**2.3.4.** También contraviene el artículo 1 ECPI, por el cual la Corte Penal Internacional está facultada para ejercer su jurisdicción sobre personas respecto de los crímenes más graves de trascendencia internacional de conformidad con el ECPI y tendrá carácter complementario de las jurisdicciones penales nacionales; así como,

que su competencia y funcionamiento se regirán por las disposiciones del ECPI.

- 2.3.5.** Finalmente, declara la prescripción de los procesos que han sido ejecutados bajo el supuesto de los delitos de lesa humanidad y/o crímenes de guerra en los casos en que se haya cumplido con el tiempo máximo establecido por la ley penal vigente, sin precisar los *dies a quo* ni los *dies ad quem* y desplaza al juez ordinario en dicha tarea, lo que, a su vez, supone un menoscabo de las competencias propias del Poder Judicial, en tanto en cuanto titular de la potestad jurisdiccional ordinaria.

### **III. PROPUESTA ALTERNATIVA PARA EL LOGRO DEL OBJETO Y FIN DE LA PROPUESTA LEGISLATIVA**

- 3.1.** La exposición de motivos del proyecto de ley declara que el problema a resolver es que *existen diversos casos en los que se está procesando o se ha sentenciado a personas bajo los supuestos delitos de lesa humanidad o crímenes de guerra, supuestos que no se encuentran regulados en el Código Penal Peruano ni en ningún otro dispositivo legal del ordenamiento jurídico a nivel nacional.*
- 3.2.** No obstante, la propuesta legislativa parece perder de vista dos extremos importantes del problema. El primero, que los crímenes contra la humanidad o de lesa humanidad son crímenes internacionales y, por lo tanto, no se rigen por normas de derecho interno, sino por normas derecho internacional. El segundo, que no se registran condenas por aplicación del Estatuto de la Corte Penal Internacional o Estatuto de Roma.
- 3.3.** El problema, en realidad, es otro. Los órganos de la justicia penal ordinaria han procesado y condenado a miembros de nuestras fuerzas armadas y policiales, así como vienen procesando a otros, por hechos acontecidos durante la lucha contraterrorista librada en el Perú durante los años 1980-2000, sin reparar en que las normas convencionales de derecho internacional no resultaban aplicables al tiempo de los hechos y, por lo tanto, únicamente podían hacerlo al amparo las normas consuetudinarias de derecho internacional, lo que suponía cumplir con el deber de identificar la norma consuetudinaria de derecho internacional vigente al tiempo de los hechos.

- 3.4. Como señala con acierto el profesor taiwanés Phyllis Hwang<sup>1</sup>, el concepto de crímenes contra la humanidad encuentra sus orígenes en el preámbulo de la Convención de La Haya de 1907 sobre las leyes y costumbres de la guerra terrestre, en la que la Cláusula Martens hace referencia a las "leyes de la humanidad". Este lenguaje tuvo eco en una condena aliada del genocidio armenio en Turquía en 1915 y, después de la Primera Guerra Mundial, una comisión de investigación estableció por la Conferencia de Paz de París también invocó las leyes de la humanidad. Sin embargo, ni el Tratado de Versalles, ni el Tratado de Lausana estatuyeron procesar crímenes contra la humanidad.
- 3.5. La categoría crimen contra la humanidad no posee una configuración única y definitiva. Registra una evolución en el derecho consuetudinario y convencional que no cabe dejar de lado, sino que se debe destacar. Toca subrayar que, dentro de ella, un solo elemento sí se ha mantenido invariable: su carácter contextual. No obstante, el contexto en que se debe producir el crimen contra la humanidad ha sufrido diversas modificaciones a lo largo del tiempo. El primer documento que lo describió es el Estatuto para el Tribunal Militar Internacional de Nuremberg (ETMIN), configurándolo en los siguientes términos:

II. Competencias y principios generales

Artículo 6

[...]

c) CRÍMENES CONTRA LA HUMANIDAD: A saber, el asesinato, la exterminación, esclavización, deportación y otros actos inhumanos cometidos contra población civil antes de la guerra o durante la misma; la persecución por motivos políticos, raciales o religiosos **en ejecución de aquellos crímenes que sean competencia del Tribunal o en relación con los mismos, constituyan o no una vulneración de la legislación interna de país donde se perpetraron.**

Aquellos que lideren, organicen, inciten a la formulación de un plan común o conspiración para la ejecución de los delitos anteriormente mencionados, así como los cómplices que participen en dicha formulación o ejecución, serán responsables de todos los actos realizados por las personas que sea en ejecución de dicho plan.

- 3.6. Los alcances del artículo 6.c de su Estatuto fueron interpretados por el Tribunal Militar Internacional de Nuremberg (TMIN), el cual precisó sus contornos en los siguientes términos:

---

<sup>1</sup> Phyllis Hwang, DEFINING CRIMES AGAINST HUMANITY IN THE ROME STATUTE OF THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT, en: <https://ir.lawnet.fordham.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1594&context=ilj>.

Para constituir crímenes de lesa humanidad, los actos invocados antes del estallido de la guerra deben haber ocurrido en ejecución de cualquier crimen de la competencia del Tribunal o en conexión con él. El Tribunal opina que, por repugnantes y horribles que fueran muchos de estos crímenes, no se ha demostrado satisfactoriamente que se cometieran en ejecución de cualquiera de esos crímenes o en conexión con ellos. Por lo tanto, el Tribunal no puede hacer una declaración general de que los actos anteriores a 1939 fueron crímenes contra la humanidad en el sentido de la Carta, pero desde el comienzo de la guerra en 1939 se cometieron crímenes de guerra en gran escala, que también fueron crímenes contra la humanidad; y en la medida en que los actos inhumanos imputados en la acusación y cometidos después del comienzo de la guerra no constituyeron crímenes de guerra, todos fueron cometidos en ejecución de la guerra de agresión o en conexión con ella, y por lo tanto constituyeron crímenes contra la humanidad.<sup>2</sup>

- 3.7.** La Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas (la Asamblea General), en su segundo período de sesiones, el 21 de noviembre 1947, adoptó la Resolución 177 (II), por la que encomendó la formulación de los principios de derecho internacional reconocidos en el Estatuto del Tribunal de Nuremberg y su sentencia a la Comisión de Derecho Internacional. La resolución dice lo siguiente:

Formulación de los principios reconocidos en la Carta de Nuremberg  
Tribunal y en el fallo del Tribunal

La Asamblea General

Decide confiar la formulación de los principios de derecho internacional reconocidos en el Estatuto del Tribunal de Nuremberg y en el fallo del Tribunal a la Comisión de Derecho Internacional, cuyos miembros serán elegidos, de conformidad con la resolución 174 (II), en el próximo período de sesiones de la Asamblea General, y encarga a la Comisión que

- a) Formular los principios del derecho internacional reconocidos en el Estatuto del Tribunal de Nuremberg y en la sentencia del Tribunal, y
- b) Preparar un proyecto de código de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad, indicando claramente el lugar que debe concederse a los principios mencionados en el apartado a) supra.

- 3.8.** Por la Resolución 175 (II), adoptada el mismo día, la Asamblea General encargó al secretario general que realizara los trabajos preparatorios necesarios para el inicio de las actividades de la Comisión de Derecho Internacional. El siguiente es el texto de esta resolución:

---

<sup>2</sup> Sentencia del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg.

Preparación por la Secretaría de los trabajos de la Comisión de Derecho Internacional

La Asamblea General,

Considerando que, de conformidad con el Artículo 98 de la Carta, el Secretario General desempeña todas las funciones que le confían los órganos de las Naciones Unidas;

Considerando que, en el intervalo entre el primero y el segundo período de sesiones de la Asamblea General, la Secretaría de las Naciones Unidas contribuyó al estudio de los problemas relativos al desarrollo progresivo del derecho internacional y su codificación;

Encarga al Secretario General que realice los trabajos preparatorios necesarios para el inicio de las actividades de la Comisión de Derecho Internacional, en particular en lo que respecta a las cuestiones que le remitió el segundo período de sesiones de la Asamblea General, como el proyecto de declaración sobre los derechos y deberes de los Estados.

- 3.9.** Los principios de Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto del Tribunal de Nuremberg y su sentencia se integraron a la costumbre internacional por el acuerdo de la Asamblea General, que aprobó la Resolución 95 (i) de 11 de diciembre de 1946, cuyo tenor es el siguiente:

RESOLUCIÓN 95 (I) DE 11 DE DICIEMBRE DE 1946 DE LA ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS

La Asamblea General, Reconoce la obligación que tiene, de acuerdo con el inciso (a) del párrafo 1 del Artículo 13 de la Carta, de iniciar estudios y hacer recomendaciones con el propósito de estimular el desarrollo progresivo del Derecho Internacional y su codificación; Toma nota del Acuerdo para el establecimiento de un Tribunal Militar Internacional encargado del juicio y castigo de los principales criminales de guerra del Eje europeo, firmado en Londres el 8 de agosto de 1945, y del Estatuto anexo al mismo, así como del hecho de que principios similares han sido adoptados en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional para el juicio de los principales criminales de guerra en el Lejano Oriente, promulgados en Tokio el 19 de enero de 1946; Por lo tanto, Confirma los principios de Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto del Tribunal de Nuremberg y las sentencias de dicho Tribunal; Da instrucciones al Comité de codificación de Derecho Internacional, establecido por resolución de la Asamblea General del 11 de diciembre de 1946, para que trate como un asunto de importancia primordial, los planes para la formulación, en una codificación general de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad, o de un Código Criminal Internacional, conteniendo los principios reconocidos en el Estatuto del Tribunal de Nuremberg y en las sentencias de dicho Tribunal. Quincuagésima quinta reunión plenaria, 11 de diciembre de 1946.

- 3.10.** En la sesión de la Asamblea General de 26 de noviembre de 1968, mediante la Resolución 2391 (XXIII), fue adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión la Convención sobre la

Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad. Entró en vigor el 11 de noviembre de 1970, según su artículo VIII (90 días después del depósito de la décima ratificación). Cabe destacar que la Convención tiene 56 estados parte, que incluyen 55 Estados miembros de la ONU y el Estado de Palestina, en diciembre de 2020 con la adhesión de Ecuador, para su entrada en vigor. Empero, el Perú recién la ratificó el 11 de agosto de 2003 y planteó una reserva temporal para su aplicación.

**3.11.** Acerca de la reserva hecha por el Perú y sus efectos jurídicos, el Tribunal Constitucional emitió, recientemente, el siguiente pronunciamiento, que definió su validez al momento de ratificar la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad:

En autos, se cuestiona la investigación preliminar que se sigue contra el expresidente de la República Francisco Morales Bermúdez Cerruti, pues se habría vulnerado el derecho a ser juzgado en un plazo razonable (Ingreso 33-2009). Asimismo, se alega que el Primer Juzgado Penal Nacional, en el marco de la tramitación del proceso penal 115-2016, estaría amenazando sus derechos fundamentales. La ponencia señala que al formalizar el Ministerio Público denuncia penal contra el recurrente, el 15 de junio de 2016, imputándole ser el presunto autor del delito de secuestro —el que ha sido calificado como una grave violación de derechos humanos—, la investigación preliminar ya ha concluido. Sin embargo, los hechos imputados (“Plan Cóndor”) ocurrieron el año 1980, los que a la fecha, conforme a los plazos más largos previstos en la legislación penal peruana, ya han prescrito. El cuarto párrafo del artículo 80 del Código Penal 1991, refiere que

La prescripción no será mayor a veinte años. Tratándose de delitos sancionados con pena de cadena perpetua se extingue la acción penal a los treinta años.

La posibilidad de sancionar hechos ocurridos el año 1980, incluso considerando el plazo de prescripción más largo, solo existía hasta el año 2015. En este caso, la denuncia penal del Ministerio Público ha sido formalizada el año 2016, esto es, cuando dicho plazo ya había vencido. De otro lado, calificar los hechos como una grave violación de los derechos humanos, para que sean imprescriptibles, no tiene sustento ni en el derecho interno ni en el derecho internacional. En el primer caso, los únicos supuestos de imprescriptibilidad son los señalados en el artículo 88-A del Código Penal, conforme a la reforma hecha mediante la Ley 30838, publicada el 4 de agosto de 2018. En el segundo, el año 1980 el Perú no tenía suscrito un tratado en ese sentido. Recién el 2003, el Congreso de la República, a través de la Resolución Legislativa 27998, aprobó la adhesión del Perú a la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad de Naciones Unidas, de 1968, efectuando una reserva sobre su carácter retroactivo. Si el Congreso no hubiese efectuado tal reserva, esta aprobación de la Convención se habría tenido que votar dos veces, requiriéndose una mayoría calificada de dos tercios, puesto que hubiera

implicado una reforma del artículo 103° de la Constitución, que establece el principio de irretroactividad de las normas.

Ciertamente, el Tribunal Constitucional, en la sentencia emitida en el Expediente 0024- 2010-PI/TC, de 21 de mayo de 2011, hizo una interpretación mediante la cual declaró inconstitucional la mencionada reserva, fundamentándose en el *ius cogens* y el “derecho a la verdad”. Sin embargo, el Tribunal hizo ello porque ya habían vencido los seis años que tiene para declarar inconstitucional una ley. De hecho, el fundamento 78 lamentó que “el Tribunal Constitucional no pueda expulsar del orden jurídico” la reserva, “pues se encuentra fuera del plazo previsto en el artículo 100° del CPCo”. Entonces, forzando lo dispuesto por el tercer párrafo del artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, el Tribunal recurrió a efectuar una interpretación vinculante como sustituto de la declaración de inconstitucionalidad. Este proceder significó pretender efectuar una reforma constitucional. No obstante, el procedimiento para efectuar una reforma constitucional está determinado por el artículo 206° de la Constitución. El Tribunal Constitucional no puede desconocer este procedimiento, abusando de su condición de intérprete de la Constitución, ya que ello implica transgredir el principio de separación de poderes.<sup>3</sup>

- 3.12.** La Convención establece que ningún Estado signatario podrá aplicar prescripciones legales a los crímenes de guerra, tal como se definen en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg del 8 de agosto de 1945 **ni a los crímenes de lesa humanidad, ya sean cometidos en tiempo de guerra o en tiempo de paz, tal como se definen en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg,** el desalojo por ataque armado u ocupación, los actos inhumanos resultantes de la política de apartheid y el crimen de genocidio según la definición de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio de 1948.

Artículo I

Los crímenes siguientes son imprescriptibles, cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido:

a) Los crímenes de guerra 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 3 (I) de 13 de febrero de 1946 y 95 (I) de 11 de diciembre de 1946, sobre todo las "infracciones graves" enumeradas en los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 para la protección de las víctimas de la guerra;

**b) Los crímenes de lesa humanidad cometidos tanto en tiempo de guerra como en tiempo de paz, según la definición dada en el**

<sup>3</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) Expediente N° 00258-2019-HC, ponencia del magistrado Sardón de Taboada, que formó sentencia con el voto de los magistrados Ferrero y Blume.

**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 3 (I) de 13 de febrero de 1946 y 95 (I) de 11 de diciembre de 1946, así como la expulsión por ataque armado u ocupación y los actos inhumanos debidos a la política de apartheid y el delito de genocidio definido en la Convención de 1948 para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio aun si esos actos no constituyen una violación del derecho interno del país donde fueron cometidos.**

- 3.13.** Un prolongado silencio se haría hasta que el Consejo de Seguridad de la Organización de las Naciones Unidas aprobase la Resolución 808 (1993) de 22 de febrero de 1993, que decidió "la creación de un tribunal internacional para juzgar a las personas presuntamente responsables de violaciones graves al derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la ex-Yugoslavia después de 1991". El Estatuto para el Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia (ETPIY) varió el contexto en que ha de producirse el crimen contra la humanidad:

Artículo 5 Crímenes de lesa humanidad El Tribunal Internacional tendrá competencia para enjuiciar a los presuntos responsables de los crímenes que se señalan a continuación, cuando hayan sido cometidos contra la población civil durante un conflicto armado, interno o internacional:

- a) Asesinato;
- b) Exterminio;
- c) Esclavitud;
- d) Deportación;
- e) Encarcelamiento;
- f) Tortura;
- g) Violación;
- h) Persecución por motivos políticos, raciales o religiosos;
- i) Otros actos inhumanos.

La disposición estatutaria fue interpretada por el Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia (TPIY), en los siguientes términos:

12. La Sala de Apelaciones está de acuerdo en que la cuestión de esta apelación es de interpretación legal. Como afirmó la Sala de Apelaciones en la Decisión de Apelación Tadić, el Estatuto del Tribunal debe interpretarse a la luz de su objeto y fin.[1] El artículo 1 del Estatuto del Tribunal define la jurisdicción territorial y temporal del Tribunal y le confiere

“la facultad de procesar a los responsables de violaciones graves del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la ex Yugoslavia desde 1991”. El objetivo del establecimiento del Tribunal por el Consejo de Seguridad, como se expresa en la Resolución 808 (1993) del Consejo de Seguridad, es poner fin a las violaciones generalizadas del derecho internacional humanitario denunciadas, llevar ante la justicia a las personas responsables de esas violaciones y contribuir a el restablecimiento y mantenimiento de la paz en el territorio de la ex Yugoslavia. Al redactar el Artículo 5 del Estatuto del Tribunal e imponer el requisito jurisdiccional adicional de que los crímenes contra la humanidad se cometan en conflictos armados, el Consejo de Seguridad pretendía limitar la jurisdicción del Tribunal a aquellos crímenes que tuvieran alguna conexión con el conflicto armado en la ex Yugoslavia. En la reunión del Consejo de Seguridad en la que se adoptó el Estatuto del Tribunal, los miembros que abordaron el alcance del Artículo 5 del Estatuto dejaron en claro su opinión de que abarcaba actos criminales generalizados o sistemáticos cometidos contra la población civil en el territorio de la antigua Yugoslavia durante un conflicto armado. [2]

13. Como se expresa en la jurisprudencia del Tribunal, el requisito jurisdiccional del artículo 5 requiere la existencia de un conflicto armado en el momento y lugar relevantes para la acusación, pero no exige ningún nexo material entre los actos del acusado y el conflicto armado.[3] Si bien esta interpretación en sí misma ofrece poca orientación sobre el significado de “tiempo y lugar relevantes para la acusación”, la jurisprudencia del Tribunal sobre la aplicación del Artículo 5 del Estatuto apunta hacia una interpretación amplia. Por ejemplo, no existe ningún requisito de que un ataque dirigido contra una población civil esté relacionado con el conflicto armado. Como sostuvo la Sala de Apelaciones en la Decisión de Apelaciones Tadić: “Las dos –'el ataque a la población civil' y el 'conflicto armado'- deben ser nociones separadas, aunque, por supuesto, según el Artículo 5 del Estatuto el ataque a 'cualquier civil' población" puede ser parte de un "conflicto armado".[4] Asimismo, la interpretación antes mencionada de la Sala de Apelaciones Tadić de la aplicación del derecho internacional humanitario, del cual forma parte el artículo 5, respalda una interpretación amplia del requisito jurisdiccional de que un crimen de lesa humanidad se cometa en un conflicto armado.

14. La Sala de Apelaciones no acepta que el requisito jurisdiccional del Artículo 5 requiera que la Fiscalía establezca que existió un conflicto armado dentro del Estado (o región) de la ex Yugoslavia en el que se alega que se cometió el crimen del Artículo 5 imputado. Puede haber situaciones en las que esté en curso un conflicto armado en un Estado y civiles étnicos de uno de los bandos en conflicto, residentes en otro Estado, se conviertan en víctimas de un ataque generalizado y sistemático en respuesta a ese conflicto armado. **Todo lo que exige el Artículo 5 del Estatuto es que la fiscalía establezca que un conflicto armado está suficientemente relacionado con el crimen del Artículo 5 del que se acusa al acusado. Si bien, como ha sostenido la jurisprudencia anterior de este Tribunal, no es necesario que la Fiscalía establezca un nexo material entre los actos del acusado y el conflicto armado, la Fiscalía debe establecer una conexión entre el crimen previsto en el artículo 5 en sí y el conflicto armado. De conformidad con el objeto del Estatuto del Tribunal, el requisito jurisdiccional de que los crímenes previstos en el artículo 5 se cometan en un conflicto armado requiere que la**

**Fiscalía establezca que se llevó a cabo un ataque generalizado o sistemático contra la población civil durante un conflicto armado en Croacia y/o o Bosnia y Herzegovina estaba en marcha. Si la Fiscalía puede establecer esta conexión en este caso con respecto a los crímenes contra la humanidad cometidos en Vojvodina es una cuestión de hecho que se determinará en el juicio (énfasis agregado).**

15. Por las razones anteriores se admite la Apelación de la Fiscalía y se revoca la Decisión Impugnada de la Sala de Primera Instancia.<sup>4</sup>

**3.14.** El 8 de noviembre de 1994, el Consejo de Seguridad de la Organización de las Naciones Unidas aprobó la Resolución 955, que decidió *“establecer un Tribunal Internacional con el propósito exclusivo de enjuiciar a los responsables de genocidio y otras graves violaciones del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de Ruanda y a ciudadanos de Ruanda responsables de genocidio y otras violaciones de esa naturaleza cometidas en el territorio de Estados vecinos entre el 1 de enero de 1994 y el 31 de diciembre de 1994 y, con este fin, aprobar el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda”*. Nuevamente el contexto en que ha de producirse el crimen contra la humanidad sufre una variación:

Artículo 3 Crímenes de lesa humanidad El Tribunal Internacional para Ruanda tendrá competencia para enjuiciar a los presuntos responsables de los crímenes que se señalan a continuación, cuando hayan sido cometidos como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil por razones de nacionalidad o por razones políticas, étnicas, raciales o religiosas:

- a) Homicidio intencional;
- b) Exterminio;
- c) Esclavitud;
- d) Deportación;
- e) Encarcelamiento;
- f) Tortura;
- g) Violación;
- h) Persecución por motivos políticos, raciales o religiosos;
- i) Otros actos inhumanos.

---

<sup>4</sup> Sentencia del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia (STPIY), Caso ŠEŠELJ Vojislav (IT-03-67-AR72.1), Decisión sobre Competencia - 31.08.2004 (Traducción libre).

El Tribunal Penal Internacional para Ruanda interpretó dicha disposición estatutaria en los términos siguientes:

916. Según Kunarac et al. Sentencia de Primera Instancia, una agresión “puede describirse como una conducta que implica la comisión de actos de violencia”[1]. Esta caracterización fue respaldada por la Sala de Apelaciones del TPIY,[2] que añadió lo siguiente:

Los conceptos de “ataque” y “conflicto armado” no son idénticos. Según el derecho internacional consuetudinario, el ataque podría preceder, durar más o continuar durante el conflicto armado, pero no tiene por qué ser parte de él. Asimismo, el ataque en el contexto de un crimen de lesa humanidad no se limita al uso de la fuerza armada; abarca cualquier maltrato a la población civil.[3]

917. Esta posición se reitera en la sentencia de apelación de Kordić y Čerkez[4] y fue adoptada en varias sentencias de primera instancia del TPIY [5]. Según la sentencia del juicio Kayishema y Ruzindana:

El atentado es el acontecimiento del que deben formar parte los delitos enumerados. De hecho, dentro de un solo ataque, puede existir una combinación de los crímenes enumerados, por ejemplo, asesinato, violación y deportación.[6]

918. De acuerdo con estas autoridades, la Sala de Apelaciones concluye que, para los efectos del Artículo 3 del Estatuto, un ataque contra una población civil significa la perpetración contra una población civil de una serie de actos de violencia, o del tipo de maltrato a que se refieren los incisos (a) a (i) del artículo.[7] [...]

920. [...] Está bien establecido que el ataque debe ser generalizado o sistemático [8]. En particular, la Sala de Apelaciones ha sostenido que la conjunción “et” en la versión francesa del Artículo 3 del Estatuto es un error de traducción.[9] La Sala de Apelaciones recuerda además que:

“generalizado” se refiere a la naturaleza a gran escala del ataque y el número de víctimas, mientras que “sistemático” se refiere a “la naturaleza organizada de los actos de violencia y la improbabilidad de que ocurran al azar”. Los patrones de delitos –es decir, la repetición no accidental de una conducta delictiva similar de forma regular– son una expresión común de esa ocurrencia sistemática.[10]

En este caso particular, la Sala de Apelaciones concluyó que la Fiscalía no había demostrado más allá de toda duda razonable que hubo un ataque generalizado o sistemático contra civiles tutsis en Ruanda entre el 1 de enero y el 6 de abril de 1994 (párrs. 929 a 933). Sin embargo, sostuvo que “[c]ontó que el delito *per se* debe cometerse como parte de un ataque generalizado y sistemático, se pueden realizar actos preparatorios, instigación o complicidad antes de que se cometa el delito y se produzca el ataque generalizado y ataque sistemático [11]” (párr. 934).<sup>5</sup>

**3.15.** Finalmente, la labor de la “Comisión de Jurisdicción Penal Internacional”, creada por la Asamblea General de las Naciones

<sup>5</sup> TPIR, NAHIMANA et al. (Media case) (ICTR-99-52-A).

Unidas en 1950 para la elaboración del Estatuto de un Tribunal Penal Internacional permanente -y que presentó un proyecto de Estatuto de la Corte Penal Internacional en 1994 y el texto de un Código de Crímenes contra la paz y seguridad en 1996-, produjo resultados el 17 de julio de 1998, en Roma, con el ECPI, construido a partir de un texto básico previamente elaborado por el Comité Especial y, más tarde, revisado por el Comité Preparatorio para la Conferencia Diplomática de Roma, constituido en las Naciones Unidas (Nueva York). El contexto en que se produce el crimen contra la humanidad vuelve a experimentar una modificación en el Estatuto de Roma:

Artículo 7

Crímenes de lesa humanidad

1. 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:** [...]

La Corte Penal Internacional (CPI) ha interpretado dicha disposición convencional, a fin de identificar los elementos contextuales (*Chapeau*) de los crímenes contra la humanidad, en los siguientes términos:

2673. El encabezamiento del Artículo 7(1) del Estatuto, que establece los elementos contextuales de los crímenes de lesa humanidad, dice: "[a] los efectos de este Estatuto, "crimen de lesa humanidad" significa cualquiera de los siguientes actos cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra cualquier población civil, con conocimiento del ataque". La disposición se complementa con el artículo 7(2)(a) del Estatuto, que estipula: "[a]taque dirigido contra cualquier población civil" significa una conducta que implique la comisión múltiple de los actos mencionados en el párrafo 1 contra cualquier población civil. población, de conformidad con o en promoción de una política estatal u organizacional para cometer tal ataque".

i Ataque contra cualquier población civil

2674. Un 'ataque' en este contexto significa un 'curso de conducta que implica la comisión múltiple de actos mencionados en [el Artículo 7(1)]'.<sup>7086</sup> El requisito de que los actos formen parte de un 'curso de conducta' indica que el Artículo 7 está destinado a cubrir una serie o flujo general de eventos, en contraposición a un mero agregado de actos aleatorios o aislados.<sup>7087</sup> La 'comisión múltiple de actos' establece un umbral cuantitativo que involucra un cierto número de actos que caen dentro del curso de la conducta.<sup>7088</sup>

2675. La conducta debe estar "dirigida contra cualquier población civil", es decir, un colectivo, y no contra civiles individuales. La población civil debe ser el objetivo principal del ataque y no una víctima incidental del

mismo.<sup>7089</sup> La presencia dentro de una población civil de personas que no entran dentro de la definición de "civiles" no priva a la población de su carácter civil.<sup>7090</sup> Además, y aunque el ataque debe estar dirigido contra una población civil, no se exige que las víctimas individuales de los crímenes sean civiles; sólo necesitan ser "personas" según los Elementos de los Crímenes.<sup>7091</sup> En cualquier caso, la Sala señala que también debe haber un nexo suficiente con un ataque contra una población "civil".

## ii Política organizacional

2676. El 'curso de conducta que implique la comisión múltiple de actos' debe tener lugar 'de conformidad con o en promoción de una política estatal u organizacional para cometer tal ataque' en el sentido del Artículo 7(2)(a) del Estatuto. Los Elementos de los Crímenes especifican que la "política para cometer tal ataque" requiere que la [...] organización promueva o aliente activamente tal ataque contra una población civil".<sup>7092</sup> A los efectos de esta sentencia, sólo es relevante el aspecto de la "política organizativa".

2677. En cuanto a la 'organización' que aplica la política, la Sala se adhiere a la definición establecida por la Sala de Primera Instancia II:

En opinión de la Sala, la conexión del término "organización" con la existencia misma del ataque y no con su naturaleza sistemática o generalizada presupone que la organización tenga recursos, medios y capacidad suficientes para llevar a cabo la conducta o la operación que implique la comisión múltiple de actos a que se refiere el artículo 7(2)(a) del Estatuto. Por lo tanto, basta con que la organización [tenga] un conjunto de estructuras o mecanismos, cualesquiera que sean, que sean lo suficientemente eficientes para asegurar la coordinación necesaria para llevar a cabo un ataque dirigido contra una población civil.<sup>7093</sup>

2678. Como los términos "de conformidad con o en fomento de" implica que el requisito de política garantiza que los múltiples actos que forman el curso de la conducta estén vinculados. Garantiza que se excluyan los actos que no están relacionados o son perpetrados por individuos que actúan aleatoriamente por su cuenta.<sup>7094</sup>

2679. Una política puede consistir en un diseño o plan preestablecido, pero también puede cristalizar y desarrollarse sólo a medida que los perpetradores emprenden acciones.<sup>7095</sup> La "política" puede inferirse de una variedad de factores, tales como: (i) un patrón recurrente de violencia; (ii) la existencia de preparativos o movilizaciones colectivas orquestadas y coordinadas por la organización; (iii) el uso de recursos públicos o privados para impulsar la política; (iv) la participación de fuerzas organizativas en la comisión de delitos; (v) declaraciones, instrucciones o documentación atribuible a la organización que tolera o fomenta la comisión de delitos; y (vi) una motivación subyacente.<sup>7096</sup> En principio, un estado u organización que comete un ataque sistemático contra una población civil satisfará el requisito de política.<sup>7097</sup>

## iii Ataque generalizado o sistemático

2680. Los calificativos alternativos de "generalizado" o "sistemático" sirven para caracterizar el "ataque" en sí.

2681. El término "generalizado" connota la naturaleza a gran escala del ataque y el número de personas objetivo.<sup>7098</sup> La evaluación de si el ataque es generalizado no es exclusivamente cuantitativa ni geográfica, sino que debe llevarse a cabo sobre la base de todos los hechos relevantes. del caso.<sup>7099</sup>

2682. El término "sistemático" refleja la naturaleza organizada de los actos violentos, refiriéndose a menudo a la existencia de "patrones de delitos" y la improbabilidad de su ocurrencia aleatoria o accidental<sup>7100, 6</sup>

- 3.16.** La existencia de distintos estatutos, producidos en tiempos diferentes, que configuran contextos disímiles para la comisión del crimen contra la humanidad, obliga a aplicar el principio de legalidad. Ciertamente es que existe la leyenda de que éste no opera en el espacio cubierto por el Derecho Internacional Penal. Pero dicha postura expresa una falacia de generalización precipitada, cuya premisa menor es la inexistencia de leyes en el orden jurídico internacional y de un sistema de justicia universal, al tiempo que soslaya que el principio de legalidad fue incluido en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH) de 10 de diciembre de 1948, tras la sentencia del TMIN.
- 3.17.** No solo ha sido reconocido en dicho instrumento internacional de derechos humanos, también lo recogen el Convenio de Roma de 1950, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), y en el Pacto de San José de 1969, que originaron el Sistema Europeo, el Sistema Universal y el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. El enunciado convencional contenido en la DUDH es el siguiente:

Artículo 11

1. Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa.
2. **Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el Derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito** (énfasis agregado).

Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) reconoce el principio de legalidad penal, en los siguientes términos:

---

<sup>6</sup> CORTE PENAL INTERNACIONAL (CPI), Situation in Uganda in the Case Of The Prosecutor v. Dominic Ongwen (No. ICC-02/04-01/15), 4 February 2021.

Artículo 15

1. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.

2. Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional.

**3.18.** La Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) reconoce el principio de legalidad y de retroactividad en su artículo 9, bajo el siguiente enunciado convencional:

Artículo 9. Principio de Legalidad y de Retroactividad

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

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), delimitando el contenido del principio de legalidad, tiene declarado lo siguiente:

161. El principio de legalidad, según el cual “[n]adie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable” (artículo 9 de la Convención Americana) constituye uno de los elementos centrales de la persecución penal en una sociedad democrática. La calificación de un hecho como ilícito y la fijación de sus efectos jurídicos deben ser preexistentes a la conducta del sujeto al que se considera infractor pues, de no ser así, las personas no podrían orientar su comportamiento conforme a un orden jurídico vigente y cierto, en el que se expresan el reproche social y las consecuencias de este (énfasis agregado).

162. La elaboración de tipos penales supone una clara definición de la conducta incriminada, que fije sus elementos y permita deslindarla de comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables con medidas no penales. Es necesario que el ámbito de aplicación de cada uno de los tipos esté delimitado de la manera más clara y precisa que sea posible, en forma expresa, precisa, taxativa y previa.

Es evidente que la posición de la Corte IDH se corresponde plenamente con la tradición del derecho codificado, a la que

adscriben los sistemas jurídicos latinoamericanos, reconociendo expresamente y con el mismo lenguaje, la exigencia de taxatividad o *lex certa*, como ya lo había hecho en las sentencias de los casos Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú (1999, párrafo 121) y Lori Berenson Mejía Vs. Perú (2004, párrafo 125); y de la irretroactividad o *lex praevia*, establecida en las sentencias de los casos Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá (2001, párrafo 107), Ricardo Canese Vs. Paraguay (2004, párrafo 177); Lori Berenson Mejía Vs. Perú (2004, párrafo 125); y Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú (1999, párrafo 121).

- 3.19. Ha sido, más bien, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos el que ha desarrollado de manera más amplia el principio de legalidad. Así, ha diferenciado entre derecho escrito y derecho no escrito (TEDH, Caso S.W. contra el Reino Unido, 1995b: p. 35; Caso C.R. contra el Reino Unido, 1995c: p. 33; Caso Streletz, Kessler y Krenz contra Alemania, 2001a, p. 50; Caso K.-H.W contra Alemania, 2001b: p. 45; Caso Korbely contra Hungría, 2008: p. 70; Caso Kononov contra Letonia, 2010: p. 185; Caso Vyerentsov contra Ukraine, 2013a, p. 63; Caso Maktouf y Damjanović contra Bosnia y Herzegovina, 2013b: p. 66, entre otros); y entre ley en sentido formal y jurisprudencia (TEDH, Caso Cantoni contra Francia, 1996: párr. 29; Caso Başkaya y Okçouglu contra Turquía, 1999: p. 36; Caso Coëme y otros contra Bélgica, 2000: p. 145; Caso E. K. contra Turquía, 2002a: p. 51; Caso Achour contra Francia, 2006: p. 42; Caso Jorgic contra Alemania, 2007: p. 100; Caso Scoppola contra Italia (nº2), 2009: p. 99, entre otros). Pero, esencialmente, respecto del principio de legalidad, en el Derecho Internacional, lo redujo a las exigencias de accesibilidad y previsibilidad:

37. La expresión "prescrito por la ley" en el artículo 10, párr. 2 (artículo 10-2) debe interpretarse a la luz de los principios generales relativos a las palabras correspondientes "de conformidad con la ley" en el artículo 8, párr. 2 (art. 8-2) (véase la sentencia Sunday Times v. the United Kingdom (n. 1) de 26 de abril de 1979, Serie A núm. 30, págs. 30 y 31, párrs. 48-49; cf. Malone v. the United Kingdom la sentencia de 2 de agosto de 1984, Serie A núm. 82, p. 31, párr. 66), que se han resumido en Margareta and Roger Andersson v. Sweden Sentencia de 25 de febrero de 1992 (Serie A núm. 226-A, p. 25, párr. 75), de la siguiente manera:

"...la expresión...exige, en primer lugar, que las medidas impugnadas tengan fundamento en el derecho interno. También se refiere a la calidad de la ley en cuestión, **exigiendo que sea accesible a las personas interesadas y formulada con suficiente precisión para permitir ellos - si es necesario, con el asesoramiento legal adecuado- para prever, en un grado que sea razonable en las circunstancias, las consecuencias que una determinada acción puede acarrear** (énfasis agregado). La ley que confiere una discrecionalidad no es en sí misma incompatible con este requisito, siempre que se indique el alcance de la

discrecionalidad y la forma de su ejercicio con suficiente claridad, teniendo en cuenta el fin legítimo de que se trate, para dar la protección individual adecuada contra las injerencias arbitrarias”.

La Corte reitera además que la palabra "ley" abarca no sólo la ley sino también el *common law* (véase la sentencia del Sunday Times antes mencionada, págs. 30, párr. 47).<sup>7</sup>

**3.20.** Cabe resaltar aquí la opinión del profesor británico Geoffrey Robertson<sup>8</sup>, quien adhiere a la línea interpretativa del TEDH, en el sentido de que *la tentación de criminalizar conductas consideradas gravemente antisociales o perturbadoras, pero que no han sido todavía ilegalizadas, ha de ser combatida con firmeza por los jueces nacionales, y más aún por los internacionales, que carecen de legislación para corregirlas o mejorarlas, ya que enfrentan a un sujeto -el Derecho penal internacional- de aparición reciente (en Núremberg)*. Ello en la medida en que *el principio de legalidad exige que el acusado, en el momento de cometer la acción que supuestamente constituye un delito, estuviera en situación de saber, o al menos establecer con facilidad, que tal actividad podía hacerle acreedor de consecuencias penales. La ignorancia de la ley no es un eximente, siempre y cuando sea razonablemente posible cerciorarse de que esa ley existe. El hecho de que la conducta del acusado pueda escandalizar o conmocionar a personas decentes no basta para declararle fuera de la ley en ausencia de una prohibición expresa*. En tal virtud, para que un tribunal internacional reconozca un nuevo delito sin infringir el *nullum crimen nulla poena sine lege* hace falta, en opinión del profesor Robertson:

- a. Los elementos del delito han de ser claros y acordes con los principios fundamentales de la responsabilidad penal;
- b. Ha de ser posible verificar que la conducta en cuestión equivalía a un delito según el Derecho Internacional en el momento en que fue cometido; y
- c. Deben existir, al menos, pruebas que permitan inferir que existe acuerdo general en la comunidad internacional en que la infracción implicaría una responsabilidad penal para los perpetradores, además de la obligación normativa de los estados de prohibir la conducta en cuestión en sus propias leyes internas.

<sup>7</sup> Ver por todas: CASE OF TOLSTOY MILOSLAVSKY v. THE UNITED KINGDOM, (Application no. 18139/91) JUDGMENT, STRASBOURG 13 de Julio de 1995, párrafo 37.

<sup>8</sup> ROBERTSON, Geoffrey, CRÍMENES CONTRA LA HUMANIDAD, La lucha por una justicia global, Madrid, Siglo XXI de España Editores S.A., 2008, pp, 96-98.

- 3.21.** Calificar arbitrariamente un hecho como crimen contra la humanidad sin identificar con precisión la norma consuetudinaria de derecho internacional vigente al tiempo de los hechos vulnera los derechos a la legalidad penal y al plazo razonable. Los tribunales penales ordinarios han seguido la penosa práctica de vaguedad e imprecisión establecida por la Corte Suprema en este tipo de calificaciones, mediante pronunciamientos que han soslayado los debidos procedimientos decisorios en materia de derecho internacional público, género del cual son especies el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el Derecho Internacional Penal y el Derecho Internacional Humanitario, entre otros.
- 3.22.** A partir de la diferencia entre derecho consuetudinario (*customary law*) y derecho convencional (*statutory law*), al analizar la evolución del concepto de crimen contra la humanidad y la aplicabilidad del principio de legalidad en el derecho internacional se sigue que, al tiempo de los hechos (1980-2000), no existía derecho convencional sobre los crímenes contra la humanidad. En primer lugar, la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, según el principio *pacta sunt servanda* y los artículos 101 de la Constitución Política de 1979 y 55 de la Constitución Política de 1993, no formaba parte de nuestro derecho interno, por no haber estado suscrita ni en vigor. En segundo lugar, el proyecto de ECPI ni siquiera había sido propuesto por la comisión especializada de la ONU, lo que lo hace inaplicable en el caso concreto, máxime si éste mismo consagra expresamente la irretroactividad de sus prescripciones. En conclusión, el derecho aplicable es el consuetudinario (*customary law*).
- 3.23.** El artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (ECIJ) establece las fuentes del derecho Internacional con que habrán de ser decididos los asuntos que sean sometidos a la consideración del más alto tribunal de justicia del planeta:

Artículo 38

1. La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar:

a. las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes;

b. la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho;

c. los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas;

d. las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo 59.

2. La presente disposición no restringe la facultad de la Corte para decidir un litigio *ex aequo et bono*, si las partes así lo convinieren.

Desde la disposición del artículo 38 ECIJ se reconstruye una norma jurídica que establece las fuentes normativas del derecho internacional público, dividiéndolas en tres formales, como los tratados, la costumbre y los principios generales del derecho internacional; y una auxiliar, la doctrina jurisprudencial o académica, cuya utilidad es ayudar a determinar las reglas de derecho. No menos importante es señalar que la doctrina de la Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI), que precedió a la Corte Internacional de Justicia (CIJ), definió que la regla general es la independencia de los Estados y, por tanto, la exigibilidad de que exista una manifestación de voluntad expresa o tácita para limitarla:

El derecho internacional gobierna las relaciones entre Estados independientes. Las reglas del derecho que obligan a los Estados emanan, por lo tanto, de su propia voluntad libremente expresada en las convenciones o por los usos generalmente aceptados como expresión de principios de derecho que han sido establecidos con el fin de regular las relaciones entre estas comunidades coexistentes e independientes o con el propósito de conseguir fines comunes. Por lo tanto, no se pueden presumir limitaciones a la independencia de los Estados.<sup>9</sup>

- 3.24.** Los tratados, como fuente de derecho internacional, encuentran su regulación en la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados (1969), según la cual, *se entiende por "tratado" un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular*, lo que hace que la materia resulte algo menos problemática.
- 3.25.** Cosa distinta ocurre con la práctica general aceptada como derecho, que informa el derecho internacional consuetudinario. La doctrina consolidada de la Corte Internacional de Justicia (CIJ) sobre la costumbre internacional, a que se refiere el artículo 38.1.b) ECIJ, exige que, a través del análisis de los medios probatorios, se reconstruya de la manera más precisa posible el contenido y alcance de la norma internacional que rige el asunto sometido a su consideración, a partir de dos factores esenciales: **a)** el elemento

<sup>9</sup> PERMANENT COURT OF INTERNATIONAL JUSTICE (PCIJ), The Case of the S.S. Lotus, France v. Turkey, Judgment, Serie A, nº 10, 1927.

material, compuesto por una asentada práctica de particular significado; y **b)** el elemento espiritual, que es la *opinio iuris*.

- 3.26.** La asentada práctica de particular significado debe determinarse desde la jurisprudencia de los tribunales nacionales, la legislación interna y las opiniones expresadas en el curso del proceso codificador que se pueda haber seguido ante los órganos de Naciones Unidas u otras organizaciones internacionales. La *opinio iuris*, en la definición de la CIJ, se refleja en las afirmaciones que los Estados han hecho frente a otros Estados en relación con el asunto de derecho internacional sometido a su consideración:

55. It follows that the Court must determine, in accordance with Article 38 (1) (b) of its Statute, the existence of “international custom, as evidence of a general practice accepted as law” conferring immunity on States and, if so, what is the scope and extent of that immunity. To do so, it must apply the criteria which it has repeatedly laid down for identifying a rule of customary international law. In particular, as the Court made clear in the North Sea Continental Shelf cases, the existence of a rule of customary international law requires that there be “a settled practice” together with *opinio juris* (North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany/Denmark; Federal Republic of Germany/Netherlands), Judgment, I.C.J. Reports 1969, p. 44, para. 77). Moreover, as the Court has also observed,

“[i]t is of course axiomatic that the material of customary international law is to be looked for primarily in the actual practice and *opinio juris* of States, even though multilateral conventions may have an important role to play in recording and defining rules deriving from custom, or indeed in developing them” (Continental Shelf (Libyan Arab Jama- hiriya/Malta), Judgment, I.C.J. Reports 1985, pp. 29-30, para. 27).

In the present context, State practice of particular significance is to be found in the judgments of national courts faced with the question whether a foreign State is immune, the legislation of those States which have enacted statutes dealing with immunity, the claims to immunity advanced by States before foreign courts and the statements made by States, first in the course of the extensive study of the subject by the International Law Commission and then in the context of the adoption of the United Nations Convention. *Opinio juris* in this context is reflected in particular in the assertion by States claiming immunity that international law accords them a right to such immunity from the jurisdiction of other States; in the acknowledgment, by States granting immunity, that international law imposes upon them an obligation to do so; and, conversely, in the assertion by States in other cases of a right to exercise jurisdiction over foreign States. While it may be true that States sometimes decide to accord an immunity more extensive than that required by international law, for present purposes, the point is that the grant of immunity in such a case is

not accompanied by the requisite *opinio juris* and therefore sheds no light upon the issue currently under consideration by the Court.<sup>10</sup>

- 3.27. Como se ha podido establecer, al momento de analizar la evolución del contexto de los crímenes contra la humanidad en el ETMIN, el ETPIY y el ETPIR, que conforman la práctica generalmente aceptada como derecho hasta antes del ECPI, la costumbre internacional, al tiempo de los hechos (1980-2000), estaba constituida por los principios generales de derecho internacional establecidos por el ETMIN y su sentencia, la cual, como ha sido citado líneas arriba, estableció que:

**Para constituir crímenes de lesa humanidad, los actos invocados antes del estallido de la guerra deben haber ocurrido en ejecución de cualquier crimen de la competencia del Tribunal o en conexión con él.** El Tribunal opina que, por repugnantes y horribles que fueran muchos de estos crímenes, no se ha demostrado satisfactoriamente que se cometieran en ejecución de cualquiera de esos crímenes o en conexión con ellos.

- 3.28. Si tal era la práctica aceptada como derecho, que informa el derecho internacional consuetudinario vigente al tiempo de los hechos, y el pronunciamiento del TMIN, por imperio de la Resolución 95 (i) de la Asamblea General de la ONU de 11 de diciembre de 1946, expresa los principios generales de derecho internacional compartidos por los Estados firmantes de la Carta de San Francisco, que originó la ONU, es evidente que los órganos jurisdiccionales han violado los derechos a la legalidad penal y al plazo razonable de los miembros de las fuerzas armadas y policiales procesados o condenados por hechos calificados como crímenes contra la humanidad, sin haber cumplido con establecer que los hechos ocurrieran **en ejecución de cualquier crimen de la competencia del TMIN o en conexión con él,** y a que, si seguimos la regla jurídica fijada recientemente por el Tribunal Constitucional sobre la aplicación de la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, procesar y condenar delitos con cadena perpetua, en el peor de los casos, se extinguía a los 30 años.
- 3.29. Si bien todos los procesos contra los miembros de las fuerzas armadas y policiales por hechos producidos durante el periodo de lucha contraterrorista en el Perú se rigen por el Antiguo Código de Procedimientos Penales (ACPP), el cual no contempla taxativamente la causal de nulidad por inobservancia del contenido constitucionalmente protegido de un derecho fundamental, no es

<sup>10</sup> INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE (ICJ), Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders, Jurisdictional Immunities of The State (Germany V. Italy: Greece Intervening), Judgment of 3 February 2012, pp. 55-61.

menos cierto que dicha regla se deduce del artículo 51 de la Constitución Política, por aplicación del principio de interpretación desde y conforme con la Ley Fundamental; de lo que, ante el procesamiento, debe precisarse la obligación judicial de identificar la norma de derecho internacional vigente al tiempo de los hechos y la subsunción del caso en ella; y, frente a la condena en violación de los derechos a la legalidad penal y el plazo razonable, se sigue que únicamente debería habilitarse la solicitud de nulidad de la sentencia.

- 3.30.** Para el efecto, bastaría con modificar el artículo 5 ACPP e insertar un numeral adicional en el artículo 285-A del ACPP, a fin de que queden redactados de la siguiente manera:

**Artículo 5.** - Contra la Acción Penal pueden deducirse las Excepciones de Naturaleza de Juicio, Naturaleza de Acción, Cosa Juzgada, Amnistía y Prescripción.

La de Naturaleza de Juicio es deducible cuando se ha dado a la denuncia una sustanciación distinta a la que le corresponde en el proceso penal.

La de Naturaleza de Acción, cuando el hecho denunciado no constituye delito o no es justiciable penalmente.

La Excepción de Cosa Juzgada, cuando el hecho denunciado ha sido objeto de una resolución firme, nacional o extranjera, en el proceso penal seguido contra la misma persona.

La Excepción de Amnistía procede en razón de Ley que se refiera al delito objeto del proceso.

La Excepción de Prescripción podrá deducirse cuando por el transcurso del tiempo, conforme a los plazos señalados por el Código Penal, se extingue la Acción o la Pena. **Tratándose de crímenes internacionales, el Juez solo podrá declarar la imprescriptibilidad si identifica la norma de derecho internacional, consuetudinaria o convencional, vigente al tiempo de los hechos y subsume a éstos en aquélla.**

Las excepciones pueden deducirse en cualquier estado del proceso y pueden ser resueltas de oficio por el Juez. **En todos los casos, la excepción de prescripción se resolverá inmediatamente.** Si se declara fundada la excepción de naturaleza de juicio, se regularizará el procedimiento de acuerdo al trámite que le corresponda. Si se declara fundada cualquiera de las otras excepciones, se dará por fenecido el proceso y se mandará archivar definitivamente la causa.

**Artículo 285-A. - Sentencia y Acusación. Modificación de la calificación penal**

1. La sentencia condenatoria no podrá sobrepasar el hecho y las circunstancias fijadas en la acusación y materia del auto de enjuiciamiento

o, en su caso, en la acusación complementaria a que hace referencia el artículo 283.

2. En la condena, no se podrá modificar la calificación jurídica del hecho objeto de la acusación, salvo que la Sala previamente haya indicado al acusado esta posibilidad y concedido la oportunidad para defenderse, y siempre que la nueva calificación no exceda su propia competencia. El acusado tiene derecho a solicitar la suspensión de la audiencia para preparar su defensa e incluso -si resultara pertinente y necesario- a ofrecer nuevos medios de prueba. El término de suspensión de la audiencia en ambos casos no excederá el fijado por el artículo 267.

**3. Las sentencias sobre crímenes internacionales identificarán la norma de derecho internacional, sea consuetudinaria o convencional, vigente al tiempo de los hechos, satisfaciendo las exigencias de accesibilidad y previsibilidad derivadas del principio de legalidad penal, como mínimo. Está prohibida la aplicación retroactiva de las normas de derecho internacional sobre crímenes internacionales. La sentencia que inobserve esta regla adolece de nulidad absoluta. La persona afectada por dicha infracción podrá deducir la nulidad de la sentencia en cualquier momento.**

4. Se procederá de la misma forma si en el debate se advierten circunstancias modificativas de la responsabilidad penal no incluidas en la acusación, que aumentan la punibilidad o justifiquen la imposición de una medida de seguridad.

5. En la condena, la Sala podrá aplicar al hecho objeto de acusación una sanción más grave que la solicitada por el Fiscal. Esta posibilidad debe motivarse especialmente haciendo mención expresa de los fundamentos en que se sustenta.

Sin perjuicio de ampliar la presente opinión, hago propicia la oportunidad para expresarle los sentimientos de mi más alta y distinguida consideración.

Muy atentamente,



**HUMBERTO ABANTO VERÁSTEGUI**