

LA PERSECUCIÓN PENAL DE LOS CRÍMENES DE GUERRA EN PERÚ

The criminal persecution of war crimes in Peru

JOSEFINA MIRÓ QUESADA GAYOSO
josefina.miro.quesada@gmail.com

RESUMEN

El Informe final de la Comisión de la Verdad y Reconciliación reconoció que durante el conflicto armado interno ocurrido en el Perú (1980-2000) se cometieron graves violaciones al artículo 3 común de los Convenios de Ginebra de 1949. Pese a ello, no existe sentencia alguna que haya reconocido estos crímenes de guerra. Dada la falta de implementación normativa, procesarlos como tal implicaría una vulneración al principio de legalidad. A partir de un análisis de las fuentes de derecho que criminalizan estos actos, de las que obligan al Estado a perseguirlos y de una interpretación alternativa del principio de legalidad, este artículo sostiene que es posible calificar legalmente como crímenes de guerra los actos que materialmente califican como tal.

Palabras clave: Crímenes de guerra / Derecho penal internacional / Principio de legalidad.

ABSTRACT

The Final Report of the Truth and Reconciliation Commission recognized that, during the internal armed conflict in Peru (1980-2000), serious violations to common article 3 of the 1949 Geneva Conventions were committed. Despite this, there is no sentence that has recognized these war crimes. Given the lack of legal implementation, prosecuting them as such would apparently breach the principle of legality. Based on the analysis of sources of international law that criminalize these acts and compel the Peruvian State to persecute them, plus an alternative interpretation of the principle of legality, this article argues that acts materially described as war crimes can be legally qualified as such.

Keywords: *war crimes / international criminal law / principle of legality.*

INTRODUCCIÓN

“Los hechos examinados (...) no pueden sino explicarse a través de un conflicto armado regido sin duda por el artículo 3 común (CVR, 2003)”. Con esas palabras, el Informe final de la Comisión de la Verdad y Reconciliación de 2003 (CVR) reconoció al periodo de violencia política entre 1980 y 2000 como un conflicto armado no internacional (CANI) a regirse por el Derecho Internacional Humanitario (DIH). Con ello, afirmaba que las reglas de juego que debieron regular las hostilidades desplegadas en ese escenario debieron ser distintas a las que rigen en tiempos de paz, cuando se emplea la fuerza pública para hacer frente a motines, tensiones, disturbios internos, y análogos. Ahí, donde el único válido objetivo era debilitar la capacidad militar del adversario, los partícipes estaban obligados a respetar mínimos inderogables de protección del ser humano (Miró Quesada, 2018). Pero no ocurrió así.

En sus conclusiones generales, la CVR destacó que los miembros de Sendero Luminoso (PCP-SL) cometieron “*graves infracciones a los Convenios de Ginebra*¹, cuyo

respeto era obligatorio para todos los participantes en las hostilidades”. Sobre el Movimiento Revolucionario Túpac Amaru (MRTA), concluye, por su parte, que, si bien sus integrantes usaban distintivos para diferenciarse de la población civil, incurrieron también en acciones criminales, como asesinatos, toma de rehenes, secuestros y “crímenes que violan no sólo la libertad de las personas sino el *derecho internacional humanitario* que el MRTA afirmaba respetar”². En el caso de las Fuerzas Armadas, habiendo reconocido la “*esforzada y sacrificada labor*” que realizaron durante los años de violencia³, la CVR sostuvo, sin embargo, que, en ciertos lugares y momentos del conflicto, la actuación de sus miembros

actuó el PCP-SL en el terreno, escudándose en la población civil, evitando el uso de distintivos y atacando a traición, entre otros métodos similares como el recurso a acciones terroristas, constituyó un calculado mecanismo que buscaba provocar reacciones brutales de las fuerzas del orden contra la población civil, con lo que se incrementaron en una forma extraordinaria los sufrimientos de las comunidades en cuyos territorios se llevaban a cabo las hostilidades.

1 Informe final de la CVR, Tomo VIII, p. 319, párrafo 28: La CVR señala que, por la generalidad y sistematicidad de estas prácticas, miembros del PCP-SL, y en especial su dirección nacional y su denominada jefatura, tienen directa responsabilidad en la comisión de crímenes de lesa humanidad en el marco de ataques armados contra la población civil, cometidos a gran escala o bien como parte de una estrategia general o planes específicos. Del mismo modo, estas conductas constituyen, a juicio de la CVR, graves infracciones a los Convenios de Ginebra, cuyo respeto era obligatorio para todos los participantes en las hostilidades. La perfidia con la que

2 Informe final de la CVR, Tomo VIII, p. 320, párrafo 34: [...] el MRTA incurrió también en acciones criminales, recurrió a asesinatos, como en el caso del general Enrique López Albújar, a la toma de rehenes y a la práctica sistemática del secuestro, crímenes que violan no sólo la libertad de las personas sino el derecho internacional humanitario que el MRTA afirmaba respetar. Cabe resaltar también que el MRTA asesinó a disidentes de sus propias filas.

3 Informe final de la CVR, Tomo VIII, p. 323, párrafo 53: La CVR reconoce la esforzada y sacrificada labor que los miembros de las Fuerzas Armadas realizaron durante los años de violencia y rinde su más sentido homenaje a los más de un millar de valerosos agentes militares que perdieron la vida o quedaron discapacitados en cumplimiento de su deber.

involucró “transgresiones de normas del Derecho Internacional Humanitario”⁴.

En otras palabras, y dada la naturaleza de los actos reportados, reconoce que los actores, obligados a respetar las normas mínimas de humanidad del Derecho Internacional Humanitario (DIH), cometieron crímenes de guerra. A pesar de este reconocimiento, no existe, al día de hoy, ninguna sentencia condenatoria que haya calificado y sancionado los hechos perpetrados como tal, en el marco del conflicto armado no internacional (CANI). La razón principal radica en que tales crímenes no estaban –ni lo están hoy– previstos en la ley penal vigente al momento de los hechos. Imputarles estos delitos habría aparentemente contravenido el principio de legalidad en materia penal, en virtud de lo cual, para que una persona pueda ser prohibida de realizar ciertos actos, y sea sancionada por ello, antes debe estar establecido como tal en una ley penal previa, estricta, escrita y cierta⁵.

En esa línea, este artículo tiene como propósito analizar, en primer lugar, el desarrollo de los crímenes de guerra como crímenes

internacionales, así como las fuentes de derecho internacional que respaldan su prohibición de cara a las obligaciones que tiene el Estado peruano en reprimir y sancionar estas conductas. Esto me permitirá, en segundo lugar, explorar si, a pesar de la falta de implementación normativa, existe una alternativa que permita aplicar directamente las disposiciones incriminatorias del Derecho Penal Internacional (DPI) y del Derecho Internacional Humanitario (DIH) para procesar como crímenes de guerra conductas que materialmente lo fueron durante el CANI en Perú.

1. CRÍMENES DE GUERRA

1.1. Definición y recorrido histórico

Los crímenes de guerra constituyen graves violaciones del DIH cometidos en un CAI (conflicto armado internacional) o CANI, perpetrados por individuos que intervienen en las hostilidades, sean miembros de las Fuerzas Armadas o integrantes de un grupo armado no estatal (Burneo, 2018). Necesariamente estos actos deben tener una conexión con el conflicto, pues mientras dura este período, varios delitos pueden perpetrarse sin estar vinculados a ello⁶. De hecho, cuando un integrante de un grupo armado se levanta en armas contra un gobierno legalmente constituido, comete desde ya delito de rebelión o sedición, pero no es *per se* un crimen de guerra. La calificación

4 Informe final de la CVR, Tomo VIII, p. 323, párrafo 55: La CVR afirma que en ciertos lugares y momentos del conflicto la actuación de miembros de las fuerzas armadas no sólo involucró algunos excesos individuales de oficiales o personal de tropa, sino también prácticas generalizadas y/o sistemáticas de violaciones de los derechos humanos, que constituyen crímenes de lesa humanidad; así como transgresiones de normas del Derecho Internacional Humanitario.”

5 Tribunal Constitucional. Exp. N.010-2002-AI/TC Párrafo 46. Exp. N.08646-2005-PHC/TC Párrafo 1.

6 Prosecutor vs. Tadic, case No. IT-94-1-AR72, Decision on the defense motion for interlocutory appeal on jurisdiction, 2 October 1995.

penal de actos como delitos, según el derecho interno coexiste, con la que resulta del DIH⁷.

Los crímenes de guerra son crímenes internacionales, y como tal, son conductas individuales contrarias a normas del derecho internacional público (Salmón, 2014; p. 22) que ponen en riesgo los bienes jurídicos más trascendentales protegidos por el orden público internacional (Barboza, 2008; p. 680), cuya comisión genera responsabilidad penal individual. Este es, a su vez, el crimen internacional más antiguo (Cassese, 2003; p.16). Los tratados de la Haya de 1899 o 1907, relativa a las leyes y costumbres de la guerra terrestre en los CAI, prohibían desde ya a los Estados a incurrir en tales actos, aunque no se trataba de una incriminación directa del derecho penal internacional. Los primeros visos de hacer efectiva la responsabilidad penal internacional de un individuo por estas violaciones llegaron con el Tratado de Versalles⁸ de junio de 1919, que puso fin a la Primera Guerra Mundial.

Aunque en ese caso no hubo juicio alguno, dado que el Kaiser Guillermo II huyó a Holanda y se le dio asilo como “perseguido político” en 1920, los intentos de sancionar penalmente estos actos no fueron en vano. Los precedentes sirvieron para reforzar la necesidad de la

comunidad internacional de prohibir estos actos. Pero, no fue hasta la Segunda Guerra Mundial cuando se reafirmó la idea de que los crímenes de guerra, así como otros crímenes internacionales, no podían quedar impunes. En 1945 y 1946, los Estatutos de los Tribunales Militares Internacionales (TMI) de Núremberg y de Tokio reconocieron, además de estos, los crímenes contra la humanidad y crímenes contra la paz. De los 19 condenados por el TMI de Núremberg, 16 fueron condenados, entre otros cargos, por crímenes de guerra (Burneo, 2018; p. 308).

Tras los juicios de Núremberg, la Asamblea General de las Naciones Unidas (AGNU) en su Resolución 95 (I) en 1946 confirmó un conjunto de principios generales que luego formarían las bases del DPI. Dos de ellos son los siguientes:

- Principio I: Toda persona que cometa un acto que constituya delito de derecho internacional es responsable de él y está sujeta a sanción.
- Principio II: El hecho de que el derecho interno no imponga pena alguna por un acto que constituya delito de derecho internacional no exime de responsabilidad en derecho internacional a quien lo haya cometido.

En otras palabras, la persona que comete un crimen de guerra es responsable de ello, aun si la legislación interna no lo reconoce y sanciona como tal.

7 El artículo 3 común de los Convenios de Ginebra de 1949 señala que la aplicación de estas normas no cambia el estatuto jurídico de las partes, según el derecho interno.

8 Tratado de Versalles. Ver: Artículo 227.

Recién con los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, que son a su vez costumbre internacional (Salmón, 2012; p. 39), expresamente se prohíben los crímenes de guerra a los que el tratado llamó “infracciones graves a los Convenios de Ginebra⁹”. Estos incluían el homicidio intencional, la tortura o tratos inhumanos, los experimentos biológicos, el causar deliberadamente grandes sufrimientos, atentar gravemente contra la integridad física o la salud, y otros, en el marco de un CAI (Artículo 50)¹⁰.

Con la vigencia del Protocolo Adicional I de los Convenios de Ginebra de 1977 aplicable a los CAI, estos delitos pasan a llamarse “crímenes de guerra” en vez de “infracciones graves¹¹”. Aunque estos, inicialmente, se limitan al contexto de un CAI, los Convenios de Ginebra de 1949 fueron pensados para estos escenarios (salvo el artículo 3 común). Hoy hay

consenso de que pueden cometerse también en un CANI. Así lo interpretó el Tribunal de Apelaciones del Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia (TPIY) en el caso Tadic¹² al decir que no había razones para no reconocer estos crímenes en un escenario igual (o más) violento y también el Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR) en el caso Akayesu¹³.

Producto de una tendencia unificadora de ambos regímenes se amplían los crímenes de guerra a los CANI, calificándolos como “violaciones graves al artículo 3 común”. Hoy, el Estatuto de Roma (ER) que crea la Corte Penal Internacional (CPI) de 1998 reconoce que estos delitos pueden cometerse en ambos contextos (aunque el universo de supuestos sea más amplio en los 34 supuestos de un CAI que en los 19 de un CANI¹⁴). También lo reconocen así, las normas 151 y 156 de las reglas de derecho consuetudinario que trabajó el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) y publicó

9 Véase el Convenio de Ginebra 1: artículo 49 y 50; CG2: artículos 50 y 51; CG3: artículos 129 y 130; CG4: 146. y 147.

10 Se impuso, además, a los Estados parte la obligación de tomar medidas legislativas para determinar las sanciones penales que se han de aplicar a las personas a los infractores; así como el deber de buscar a las personas acusadas de haberlos cometido y hacerlas comparecer ante los propios tribunales, sea cual fuera su nacionalidad (artículo 49).

11 Entre las graves infracciones sancionadas en un CAI están: homicidio intencional, causar deliberadamente grandes sufrimientos o atentar gravemente contra la integridad física o la salud, la destrucción y apropiación de bienes no justificadas por necesidades militares y realizadas a gran escala de modo ilícito y arbitrario, entre otros (artículos 50, 51, 130 y 147 de los cuatro Convenios de Ginebra).

12 TPIY. *Prosecutor vs. Tadic*, Caso IT-94-AR72, Cámara de Apelación, sentencia sobre excepciones preliminares del 2 de octubre de 1995.

13 TPIR. *Prosecutor vs. Akayesu*. Caso ICTR-96-4-T, sentencia de primera instancia del 2 de setiembre de 1998.

14 El Estatuto de Roma los divide entre infracciones graves de los Cuatro Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 (artículo 8.2), referidas exclusivamente a los CAI y otras violaciones graves de las leyes y usos aplicables en los CAI (artículo 8.2.b); así como las violaciones graves del artículo 3 común para los CANI (artículo 8.2.c) y otras violaciones graves de las leyes y usos aplicables a los CANI (artículo 8.2.e).

en 2005¹⁵. El desarrollo, entonces, de los crímenes de guerra revela así que estos preexisten al ER y que las fuentes que los prohíben se remontan a la costumbre internacional y a tratados como los de La Haya de inicios del siglo XX, aunque son los de Ginebra de 1949 que decide criminalizarlos durante los CAI y luego, en los CANI.

1.2 DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL

Para entender los crímenes de guerra, primero hay que comprender en qué consiste el DIH. Esto es, el conjunto de normas que 1) busca proteger a la población civil, a los heridos, enfermos o enemigos fuera de combate y, a su vez, 2) limitar los medios y métodos de combate en el desarrollo de las hostilidades, en el contexto de un CAI o CANI. Ahí donde existe una grave infracción de estas reglas, entrará a tallar el DPI, pues se habrá perpetrado un crimen de guerra. Esto es, un crimen internacional, lo que implica atribuir responsabilidad penal individual a quien los comete.

La comisión de estos crímenes dependerá de la regulación del DIH que le da contenido al crimen de guerra. Y el DPI será la rama encargada de sancionar a quien lo comete. Para ambos, el DPI es el sistema penal de la comunidad internacional, que vincula los conceptos de

15 Norma 151: "Norma 151. Las personas que cometen crímenes de guerra son penalmente responsables de ellos. [CAI/CANI]; Norma 156. Las violaciones graves del derecho internacional humanitario constituyen crímenes de guerra. [CAI/CANI]".

aplicabilidad universal de las normas (propias del Derecho Internacional Público), y a la vez, los conceptos de responsabilidad penal individual (propios del derecho penal). De manera tal que "la conducta respectiva queda sujeta a una punibilidad internacional autónoma (principio de responsabilidad penal directa del individuo según el Derecho Internacional Público)" (Ambos, 2004; p. 47).

Las bases del DPI están, pues, estrechamente vinculadas con el DIH. Fue Gustav Moynier, fundador del CICR, quien planteó crear un corte penal internacional que sancionara a los individuos que violasen los Convenios de Ginebra de fines del siglo XIX (Derecho de la Haya¹⁶). Pero, recién en 1945, la idea se materializó con los TMI de Núremberg y Tokio. Como dice Gutiérrez (2006), la adopción de sus estatutos impulsó sustancialmente la codificación del DIH, pues:

[...] comportó la primera reglamentación convencional que definió una serie de infracciones penales como imputables a los individuos a la par que instituyó una jurisdicción que efectivamente actuó,

16 Históricamente se ha distinguido en el DIH, el 'derecho de Ginebra' dirigido a la protección de la población civil; así como de combatientes que dejan de participar en las hostilidades (heridos, enfermos, prisioneros de guerra, etcétera), mientras que el 'derecho de La Haya' está dirigido a regular el comportamiento de los beligerantes en la conducción de las hostilidades; así como el tipo de armas o medios a ser utilizados. El nombre viene de las ciudades donde se realizaron las primeras conferencias internacionales sobre la materia, pero hoy la distinción de ambas ramas está superada. Ver más: BURNEO, José. Op. Cit. p.280.

enunciándose una serie de principios que son universalmente reconocidos (p.3).

Esto último refiere a los Principios de Núremberg aprobados por la AGNU.

En las postrimerías del siglo XX, las graves violaciones al DIH en la ex Yugoslavia impulsaron la creación de un tribunal *ad hoc* en 1993 para juzgar a los criminales de guerra bajo el derecho internacional, por decisión del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas (ONU). Meses después, esta situación se repitió con Ruanda (TPIR). El resultado de estos esfuerzos desembocó en 1998 con una CPI autónoma y permanente que conociera, entre otros, crímenes de guerra: “en particular cuando se cometan como parte de un plan o política” o “en gran escala”.

Definir los crímenes de guerra exige tomar en cuenta las disposiciones del DIH. Si bien el Estatuto de Roma se ha encargado hoy de codificarlos y definir expresamente tales conductas en el artículo 8, este tratado no es retroactivo para ser aplicado a hechos anteriores a la vigencia de su comisión (artículo 24). Lo que no quiere decir que no pueda ser un marco de referencia importante para que los tribunales nacionales delimiten la conducta sancionada perpetrada con anterioridad a su entrada en vigencia, en base a fuentes extra convencionales, que el tratado declara, mas no crea (Simbeye, 2017; p. 33). Esto, debido a que los crímenes internacionales han sido progresivamente definidos e incriminados. Primero,

por el derecho internacional consuetudinario y, luego, por el convencional (Bassiouni, 1984; p.68).

1.3 FUENTES DE REPRESIÓN

El problema detrás de la persecución de estos crímenes en países como el Perú, es que aún no están implementados en la legislación penal interna¹⁷. Ello, a pesar de que el ER desde el 2002, exige al Estado peruano que se adecúe a ello, con lo cual, se encuentra en una situación de incumplimiento de una obligación internacional¹⁸. Hasta fines de febrero de 2020, se sabe que la Comisión Nacional de Estudio y Aplicación del Derecho Internacional Humanitario (CONADIH) entregó la versión final del anteproyecto de esta ley al Ministerio de Justicia, para que sea discutido y revisado durante el 2020. Sin embargo, a dos meses de culminar el año, aún no hay señales de su aprobación.

17 Se intentaron implementar las graves infracciones al DIH reconocidas en los Convenios de Ginebra y los Protocolos adicionales I y II de 1977, vigentes desde el 15 de agosto de 1956 y 14 de enero de 1990, respectivamente; pero, fueron incorporados en el Código de Justicia Militar Policial (Decreto Legislativo N.º 961) no siendo delitos de función, sino delitos comunes (dado los bienes jurídicos protegidos). Por eso, en el 2006 el Tribunal Constitucional declaró inconstitucionales varios artículos del cuerpo normativo bajo el argumento de que este protegía bienes jurídicos castrenses.

18 La implementación exige una obligación de los Estados para adoptar las medidas legislativas, ejecutivas, judiciales y de otra naturaleza que haga que su orden interno se adecúe a los compromisos internacionales que asumieron al ser parte. Su no cumplimiento genera, por tanto, un hecho ilícito imputable a un Estado que no cumple sus deberes internacionales. Ver más: SALMÓN, Elizabeth. Curso de Derecho Internacional Público. Fondo Editorial PUCP. Lima, 2014, p.284

Este vacío, sin embargo, no debiera impedir que quien ha cometido crímenes de guerra sea perseguido como tal, acorde a lo indicado por el principio II de Núremberg, en virtud del cual, quien comete estos crímenes es responsable penal internacional, aun por encima del derecho interno. Que no haya una ley interna, no exime a uno de dicha responsabilidad. En materia de crímenes internacionales, el principio de legalidad bajo el derecho internacional tiene otra dimensión. El artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP); así como el artículo 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH)¹⁹, precisa que la conducta sancionada debe estar antes prevista como tal en el derecho “nacional o internacional”, antes que en la ley.

Dado que, los crímenes de guerra están prohibidos por el DIH y criminalizados por el DPI, las fuentes que han de analizarse se circunscriben a las del artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (CIJ): tratados, costumbre internacional, principios generales del derecho, jurisprudencia y doctrina (Salmón, 2007; p. 174). A ello, se suman los actos unilaterales, reconocidos por la jurisprudencia y las resoluciones del Consejo de Seguridad de la ONU que vinculan a todos los Estados miembros (artículo 25 Carta de la ONU) (Carrillo Salcedo, 1991; p. 86).

19 La DUDH de 1948 está vigente en el Perú desde 1959, y es, además, derecho consuetudinario. Por su parte, el PIDCP de 1966 entró en vigor a partir de 1978.

Así, la fuente de derecho para recriminar tales actos será determinante para definir si la conducta estuvo penalmente prohibida o no al momento de cometerse y si puede sancionarse como crimen de guerra. Siendo el PIDCP, un tratado de derechos humanos, sus disposiciones no solo se integran al derecho interno, sino que tienen rango constitucional²⁰. El principio de legalidad penal puede y debe, en estos casos, donde la fuente de criminalización recae en el DPI, antes que, en el DP nacional, por su gravedad, ser interpretado a la luz del derecho internacional. Cómo resolver la atingencia entre el contenido del principio de legalidad bajo el derecho nacional (ley escrita, estricta, cierta y previa) y el reconocido por el derecho internacional para la persecución de crímenes de guerra, será abordado en los siguientes acápitales.

Por ahora, es importante que quede claro que los crímenes de guerra no sólo tienen una fuente de represión convencional, sino consuetudinaria. En el caso de los tratados, está el Estatuto del TMI para Núremberg, basado en las convenciones de La Haya de 1989 y 1907 y en la Convención de Ginebra de 1929 (Novak, 2001; p.27). Pero, son los Convenios de Ginebra

20 Esta disposición indica que las ‘normas relativas a los derechos y libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la DUDH y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú.’ Junto con el artículo 3, que tiene una cláusula abierta de derechos, el TC ha interpretado que efectivamente los tratados sobre derechos humanos tienen rango constitucional. Mientras que los tratados que no versan sobre esta materia tienen rango legal.

de 1949 los que expresamente prohíben estas graves infracciones.

A ello se suma, en 1968, la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad que, confirmó a través de su preámbulo que estos crímenes “figuran entre los delitos de derecho internacional más graves”. Para 1977, el Protocolo Adicional I reconoce expresamente los ‘crímenes de guerra’ en un CAI, y años después, lo hacen los TPIY y TPIR para los CANI. Y es que, no hay razón legal o moral para separar aquellos perpetrados en un CAI de un CANI (Ambos, 1999, p. 250). Finalmente, está el ER que, bajo el principio de complementariedad, deposita la responsabilidad primaria de perseguir tales crímenes al Estado y, en caso este no pueda o no quiera alcanzarlo, recién ingresará la CPI.

En lo que respecta a la costumbre (esto es, la práctica de los Estados constante en el tiempo y uniforme en el espacio, y la convicción de obligatoriedad jurídica de esta), las reglas sistematizadas por el CICR reconocen que tales crímenes ocurren en cualquiera de los dos escenarios (reglas 156-161)²¹. Esto fue luego convalidado por la resolución 3074 (VVIII), aprobada por la AGNU el 3 de diciembre de 1973, en el que declara que los crímenes de guerra:

[...] dondequiera y cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido, serán objeto de una investigación, y las

personas contra las que existen pruebas de culpabilidad en la comisión de tales crímenes serán buscadas, detenidas, enjuiciadas y, en caso de ser declaradas culpables, castigadas²².

La creación del TPIY, sustentado en un informe del secretario general de la ONU de mayo de 1993, ratifica el carácter consuetudinario de los crímenes de guerra sobre los que el tribunal ejerció jurisdicción (Burneo, 2018; p.220). Como dice Salmón (2000), los tribunales *ad hoc* y el Estatuto de Roma, permiten definir de manera sistemática los principales crímenes internacionales antes dispersos en diversos instrumentos e incluso, si nunca se lograra el número necesario de ratificaciones para entrar en vigor, el texto del Estatuto “tiene como efecto la cristalización de un conjunto de normas consuetudinarias en la materia” (p.21).

Esto es, consolida una costumbre en formación (Salmón, 2014; p. 243). Hay que recordar que la costumbre y los principios pueden ser también derivados o inferidos de la jurisprudencia, tanto de cortes nacionales como internacionales (Cassese, 2003; p.28). El TPIY, por ejemplo, reconoció en el caso Furundzija que la prohibición de la violencia sexual en conflictos armados había evolucionado hasta convertirse en derecho consuetudinario²³.

21 Listado de normas del derecho consuetudinario elaborado por el Comité Internacional de la Cruz Roja.

22 Resolución 3074 (XXVIII), aprobada por la AGNU, 3 de diciembre de 1973.

23 TPIY. Case Prosecutor vs. Furundzija. Párr. 168. En: <http://www.icty.org/x/cases/furundzija/tjug/en/>

Finalmente, si bien no es una fuente adicional de derecho internacional, las normas *ius cogens* son una clasificación importante para determinar su fuerza vinculante. Ningún tratado puede contravenirlas²⁴ al ser normas imperativas²⁵.

Para Malekian (1999; 211), las obligaciones ‘erga omnes’ y las normas ‘ius cogens’ son las dos caras de la misma moneda. Es decir, todas las personas están obligadas a no perpetrar, en todas las circunstancias, actos prohibidos por una norma ‘ius cogens’. Así, menciona ejemplos en el DPI como el genocidio, el apartheid, la esclavitud, la tortura o los crímenes de guerra (Malekian, 1999; p. 210). Estas fuentes de represión permiten identificar las conductas prohibidas y sancionadas como crímenes de guerra, en un CAI o CANI.

2. DEBERES DE PENALIZAR: EL CASO PERUANO

2.1. Obligaciones del Estado de cumplir deberes de penalización

Los deberes de penalización son actos

impulsados por un Estado para sancionar un delito bajo su jurisdicción, como investigaciones penales, acciones, sentencia, ejecución de la pena y pago de reparaciones (Ambos, 1999; p.221). En materia de crímenes de guerra, el artículo 49 de los Convenios de Ginebra de 1949 –que es a su vez derecho consuetudinario–²⁶, establece el deber de sancionar penalmente a los responsables de cometer “graves infracciones” al DIH. Este deber alcanza también a los CANI. Así lo reconoció la CIJ en el caso Nicaragua²⁷, al decir que el artículo 1 común a los Convenios de Ginebra sobre la obligación de los Estados Parte de “respetar y hacer respetar” el tratado se aplica también para los CANI. Ello deriva también de los principios generales del DIH²⁸.

Los estatutos de los TPIY y TPIR reconocieron, asimismo, el carácter consuetudinario del deber de penalización (Ambos, 1999; p.250). En el caso peruano, el Estado es parte de los 4 Convenios de Ginebra de 1949 y de los Protocolos adicionales I y II de 1977²⁹. Y el preámbulo del ER reitera que “es deber de todo Estado ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales” (párrafo 6).

24 CVDT. Artículo 53. Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter.

25 CVDT. Artículo 64. Si surge una nueva norma imperativa de derecho internacional general, todo tratado existente que esté en oposición con esa norma se convertirá en nulo y terminará.

26 CIJ. Opinión Consultiva sobre la legalidad de la amenaza o uso de las armas nucleares.

27 ICJ Reports, 1986. Párrafo 255 y 219.

28 ICJ Reports. Parr.220.

29 Resolución Legislativa N. N. 25029 de 23 de mayo de 1989.

Por ello, esta obligación también le alcanza. En materia de tratados de derechos humanos que vinculan al Perú, como la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) o el PIDCP, si bien no dicen expresamente que este último tiene un deber de penalización frente a crímenes internacionales sobre los que tenga jurisdicción nacional, la Corte IDH ha establecido que las víctimas de estos crímenes tienen un derecho –que el Estado debe garantizar– de exigir la investigación, persecución y sanción de tales hechos³⁰. Este derecho, implica también, la prohibición de aplicar cualquier excluyente de responsabilidad penal que pueda truncarlo.

Por su parte, la regla 158 y 161 de la lista de normas consuetudinarias del CICR, señala que es deber de todos los Estados investigar los crímenes de guerra, presuntamente cometidos por sus ciudadanos o fuerzas armadas y encauzar a los imputados, si procede; así como cooperar entre ellos para facilitar la investigación y enjuiciamiento de los imputados.

Asimismo, la CIJ en su fallo sobre Actividades Paramilitares en Nicaragua dijo que la obligación de “respetar y hacer respetar” del artículo 1 incluía la represión penal (Cassese, 2003). En otras palabras, el Estado peruano, en tanto Estado parte de los Convenios de Ginebra debe reprimir y perseguir los crímenes de guerra,

incluso en CANI, ocurrido en su territorio, no sólo en base a las obligaciones del tratado, sino de la costumbre. La siguiente pregunta es: ¿cómo debe hacerlo y quién?

2.2. Jurisdicción para sancionar

Dado que este artículo se circunscribe a la persecución de crímenes de guerra a nivel nacional perpetrados en el Perú, no se desarrollará la jurisdicción internacional, que es aquella ejercida por tribunales penales internacionales (Burneo, 2018; p.49) o la universal, donde no existen elementos de conexión (léase, lugar, victimario o víctima). Sobre la jurisdicción nacional, esta abarca el poder de administrar justicia de los tribunales internos, sea a través de una aplicación territorial o extraterritorial de la ley penal para perseguir hechos cometidos dentro o fuera de su territorio, siempre que exista un elemento de conexión.

Así, los Estados suelen traer a los presuntos responsables de crímenes internacionales ante sus tribunales sobre la base de tres supuestos: 1) principio de territorialidad (si la ofensa se llevó a cabo en el territorio del Estado), 2) nacionalidad pasiva (cuando la víctima es nacional del Estado que persigue) y 3) nacionalidad activa (cuando el presunto responsable es nacional del Estado que persigue) (Cassese, 2003; p. 277). El primer criterio es la regla: la territorialidad. Si no hay un vínculo territorial, operan los dos últimos. En el caso de los crímenes ocurridos durante el CANI, se cumplen todos los criterios.

30 Sala Penal Nacional. Exp. N. 00649-2011-0-5001-JR -PE-03. Lima, 9 de febrero de 2018 (Inaplicación del derecho de gracia en caso Pativilca).

Estando, entonces, el Estado peruano obligado a reprimir y sancionar los crímenes de guerra perpetrados en el Perú y teniendo las herramientas del derecho internacional para calificar los hechos como tal, esto no se ha realizado en conformidad con esta calificación. La razón radica en que estos crímenes, a pesar del reconocimiento extendido de fuentes convencionales y extra convencionales, no se encuentran recogidos en una ley penal interna. El juez o fiscal que optase por ello se enfrentaría al aparente obstáculo del principio de legalidad estricta en materia penal. ¿Cómo superar esta barrera? Veamos.

2.3 Ausencia de implementación: la barrera del principio de legalidad

El principio de legalidad penal estricto recogido en el artículo 2.24 d) de la Constitución del Perú de 1993 y el artículo II del Título Preliminar del Código Penal de 1991, impide procesar o sancionar a una persona por un acto no previsto en la ley penal antes de que se cometa³¹. El Tribunal Constitucional no sólo ha recogido las sub-garantías que le definen (ley previa y prohibición de retroactividad, ley estricta y prohibición de la costumbre, ley estricta y mandato de determinación

y ley cierta y prohibición de analogía), sino que ha destacado que es un derecho subjetivo constitucional de las y los ciudadanos³², pues los protege de los márgenes de actuación del Poder Legislativo al comunicar qué conductas estarán prohibidas, pero también del Poder Judicial, al determinar por cuáles serán sancionados. En el caso de los crímenes de guerra, ya sostuvimos, hasta el día de hoy, no hay ley penal interna que los desarrolle.

Desde una perspectiva formal, dada la ausencia de implementación normativa, sería un imposible jurídico procesar tales hechos bajo dicha calificación, pese a que estos se encuentran prohibidos desde hace décadas por el DIH y criminalizados por el DPI. Considerar que las graves transgresiones al DIH identificadas por la CVR no pueden ser procesadas como crímenes de guerra resulta también de la idea de que, si bien las normas de derecho internacional público vinculantes al Estado se integran al derecho interno automáticamente, acorde a la tesis más extendida de la teoría monista del derecho internacional, las normas del DPI al ser incriminatorias serían de naturaleza no auto-aplicativa (o 'self executing'), por ende, exigirían una previa adecuación interna (Sagues, 2003) (Salmón & Novak, 2000; p. 103) (Montoya, 2007; p. 41).

31 Las objeciones principales derivan de las subgarantías del principio de legalidad reconocidas en doctrina y la jurisprudencia peruana, esto es, la ley previa (o la prohibición de retroactividad), la ley estricta (o la prohibición de la analogía penal), la ley escrita (o la prohibición del uso de la costumbre como fuente de represión) y la ley cierta (como mandato de determinación). La costumbre como fuente del DPI entraría en directa colisión con este postulado.

32 Tribunal Constitucional. Exp. N. 08886-2006-PHC/TC. Fundamento: Párrafo 4.

Si a ello le sumamos los deberes del Estado de perseguir los crímenes de guerra, cuanto menos de los Convenios de Ginebra y el Estatuto de Roma de 1998, podríamos afirmar, sin embargo, que, el principio de legalidad visto desde una mirada formal podría constituirse en una ‘razón de derecho interno’ –prohibido por el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (CVDT)– que impide al Estado cumplir debidamente sus deberes de persecución y sanción.

El diagnóstico de esta problemática lo describe bien el profesor Ferdinandusse:

National formulations of the principle of legality are generally stricter than the international principle of legality. In many cases, they form a decisive obstacle to the prosecution of international crimes which are not fully implemented in national law, as they block prosecution directly on the basis of, at least customary, international law. National principles of legality can thus collide with State's international obligations. In general, States are free to adopt a stricter principle of legality than that under international law, as long as it does not interfere with their duty to criminalize and prosecute the core crimes. But when they fail in this duty, the stricter national principle becomes problematic. Of course, the State in such a case violates its duties not solely through its national principle of legality but rather through the combination of its lack of implementation and its inability to directly

*apply international law*³³
(2006; p. 266).

En el peor escenario, cuando los Estados no han implementado crímenes internacionales en su legislación penal, el principio de legalidad estricta ha operado como un obstáculo en la persecución de estos hechos (Comisión Internacional de Juristas, 2014; p. 411). Solo una vez la Corte Suprema, ha recurrido al método de aplicación concurrente de usar tipos penales ordinarios y una calificación internacional simultánea de crimen internacional en la condena por homicidio y lesiones graves, calificados en la parte resolutive de crímenes de lesa humanidad del caso Barrios Altos y La Cantuta contra el ex presidente Alberto Fujimori.

En el resto de casos, la respuesta ha sido buscar alternativas para evitar que estos delitos

33 Traducción libre:

Las formulaciones nacionales del principio de legalidad son generalmente más estrictas que el principio internacional de legalidad. En muchos casos, constituyen un obstáculo decisivo para el enjuiciamiento de crímenes internacionales que no están plenamente implementados en la legislación nacional, ya que bloquean el enjuiciamiento directamente sobre la base de, al menos, el derecho internacional consuetudinario. Los principios nacionales de legalidad pueden chocar con las obligaciones internacionales del Estado. En general, los Estados son libres de adoptar un principio de legalidad más estricto que el del derecho internacional, siempre y cuando no interfiera con su deber de criminalizar y procesar los delitos fundamentales. Pero cuando fallan en este deber, el principio nacional más estricto se vuelve problemático. Por supuesto, el Estado en tal caso viola sus deberes no solo a través de su principio nacional de legalidad sino más bien por la combinación de su falta de implementación y su incapacidad para aplicar directamente el derecho internacional.

queden impunes, sancionándolos bajo tipos penales ordinarios, como el homicidio, lesiones, violación sexual y otros delitos que no reflejan el real desvalor de la conducta inculpada. Por respetar la acepción estricta y positivista del principio de legalidad, no se ha optado por aplicar directamente los injustos penales reconocidos por el DPI como crímenes de guerra.

Para poner algunos ejemplos, el atentado de Tarata por parte de integrantes de la cúpula del PCP-SL, que dejó 25 fallecidos y 155 heridos, fue calificado como delito de terrorismo, a pesar de que el fallo reconoce que este grupo perpetró:

[...] miles de asesinatos en contra de la población civil, (...) violando derechos fundamentales previstos en la Constitución, normas penales internacionales y humanitarias, constituyendo por ello delito de terrorismo –incluso la Comisión considera como crímenes de lesa humanidad y graves transgresiones del Derecho Internacional Humanitario–³⁴.

Los hechos pudieron haber sido calificados como crímenes de guerra por el objetivo militar atacado –civiles que no participan de hostilidades³⁵–, así como por el uso de métodos

y medios prohibidos –explosivos con efectos indiscriminados, actos o amenazas con el objeto de difundir terror entre civiles³⁶–. La misma CVR reconoce que esta acción fue “una violación a las normas del DIH, específicamente, a lo dispuesto en el Artículo 3 Común a los Convenios de Ginebra” (CVR, 2003; p. 668), pero la judicatura no lo reconoció como tal en su parte resolutive.

Otro ejemplo son las violaciones sexuales cometidas por agentes estatales, así como integrantes de los grupos armados terroristas –aunque en menor medida (CVR, 2003; p. 277)³⁷– contra la población civil, especialmente, las mujeres más excluidas y desprotegidas del país. En el caso de los primeros, según la CVR, hubo “graves transgresiones al DIH, específicamente a las normas mínimas de humanidad recogidas en el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra” (CVR, 2003^a; p. 303). En otras palabras, cuanto menos, se cometieron crímenes de guerra. Y lo mismo ocurre con relación a la violencia sexual perpetrada por actores estatales. Pese a este reconocimiento, no hay condena alguna por violencia sexual ocurrida durante el CANI (la única es la de MMB que, aunque fue un caso de violación,

34 Sala Penal Nacional. Colegiado A. Exp. N. 00334-2013-0-5001-JR. 11, septiembre, 2018. P.48

35 Norma 1. Las partes en conflicto deberán distinguir en todo momento entre personas civiles y combatientes. Los ataques sólo podrán dirigirse contra combatientes. Los civiles no deben ser atacados. [CAI/CANI].

36 Norma 2. Quedan prohibidos los actos o las amenazas de violencia cuya finalidad principal sea aterrorizar a la población civil. [CAI/CANI].

37 Las violaciones sexuales fueron parte de una práctica “en algunos casos generalizada y en otros, sistemática” imputables a agentes estatales (83%), y en menor medida, a miembros de los grupos terroristas, PC-SL y el MRTA (11%).

fue sancionado por secuestro agravado), y menos aún, por la calificación de ‘crimen de guerra’. Una de las razones por las que estos expedientes fueron cerrados fue por la definición deficiente del crimen (Boesten, 2016; p. 203).

Asimismo, en estos tipo de delitos, resulta fundamental entender la importancia de calificar estos actos como crímenes internacionales. No solo es una cuestión de etiquetas o de reflejar el real desvalor de la conducta y, por tanto, del respeto al principio de proporcionalidad³⁸, sino que este reconocimiento despliega efectos jurídicos, entre los cuales está la imprescriptibilidad de los delitos, la amnistía, el indulto y cualquier excluyente de responsabilidad penal que impida la investigación y sanción de los perpetradores³⁹. Es decir, sí tiene consecuencias jurídicas en la persecución de casos donde el tiempo es una variable importante que puede constituirse en una vía de impunidad dada la prescriptibilidad de los delitos.

En la práctica, la salida que ha utilizado la jurisprudencia frente a hechos que constituyen materialmente crímenes de guerra de evitar utilizar los injustos penales recogidos por la costumbre internacional, ocurre a pesar de que ninguno de los tratados ratificados por el Perú que protegen el principio de legalidad habla de ‘ley’, sino de derecho nacional o internacional,

como la fuente de criminalización previa del delito.

Salvo la garantía de no retroactividad, las subgarantías de ley estricta, escrita y cierta no están recogidas en la costumbre internacional⁴⁰, sino que son el resultado de la doctrina y jurisprudencia nacional y continental, que, además, se construye a partir de una interpretación positivista e insuficiente de cara a la evolución que ha sufrido el principio de legalidad, donde hoy es el contenido material, antes que el formal, lo que ha de primar en la legitimidad de prohibir penalmente conductas que únicamente representan riesgos intolerables para la salvaguarda de bienes jurídicos indispensables para el libre desarrollo de la persona humana, lo que finalmente justifica el concepto material de delito (Meini, 2014; p. 49).

Como dice Yacobucci (2005; p. 648), la legalidad de hoy en día, “no pretende primariamente coaccionar sino particularmente restablecer comunicativamente la validez y vigencia del orden jurídico de la convivencia”. Se trata, por tanto, de una legalidad material con contenidos valorativos y fines relevantes donde la ley no es solo un instrumento, cuya fuerza coactiva deriva del poder de la autoridad, sino de principios axiológicos nacidos de valores superiores que derivan del orden constitucional e internacional. Y es precisamente este

38 Corte Interamericana. Caso Masacre de la Rochella vs. Colombia, Párrafo 196.

39 Corte IDH. Caso Barrios Altos vs. Perú. Sentencia del 14 de marzo de 2001.

40 Ver más en: The Principle of Legality in International and Common Law. Cambridge, 2009.

derecho internacional, la fuente última y válida de represión de los crímenes de guerra⁴¹.

El principio de legalidad, tomando en cuenta su razón de ser de garantizar a los individuos la seguridad de saber cuáles son los límites de su libertad para ser advertidos de cuándo su conducta pueda ser un riesgo para terceros, pasible de ser sancionado, al tratarse de las conductas más lesivas que la comunidad internacional reprocha, debe ser capaz de abarcarlas, aún si la ley penal interna no lo hace porque no existe. Esto no supone pasar por alto el principio de legalidad, sino darle un contenido alternativo de cara a la naturaleza y gravedad de la conducta que ha de ser sancionada penalmente, cuando el Estado ha incumplido su deber de implementación normativa.

Que ciertos tratados obliguen al Estado a adecuar su normativa interna no excluye la criminalización directa bajo el DPI (Ferdinandusse, 2006; p. 260). Siendo así, existen maneras de reducir los riesgos de discrecionalidad de los operadores del derecho que podrían derivar de aplicar esta aproximación material e internacional del principio de legalidad a fin de calificar directamente los crímenes de guerra sancionados por el DPI.

41 Ha de recordarse que, frente a vacío o deficiencia de la ley, asimismo, los jueces no pueden dejar de administrar justicia, añadiendo que “en todo caso deben aplicarse los principios generales del derecho y el derecho consuetudinario”, conforme al artículo 138.9 de la Constitución.

3. ALTERNATIVAS PARA SUPERAR LA BARRERA

Durante los juicios de Núremberg, el TMI interpretó que el principio de “nullum crimen sine lege” debía entenderse como un principio de justicia (“nullum crimen sine iure”), que exigía no dejar impunes conductas que habían dañado inmensamente a la sociedad internacional (Gallant, 2009; p.1). Esta aproximación, criticada en su momento, sufrió una transformación en las siguientes décadas hasta ser entendido hoy bajo el DPI como un derecho subjetivo individual, como lo recoge el TC peruano:

- Fue reconocido en 1948 con la DUDH que prohibió en su artículo 11 la retroactividad penal, en función del “derecho” vigente, sea nacional o internacional.
- También por el artículo 15 del PIDCP que positivizó este principio al recoger que este protege a individuos sindicados de cometer conductas que no fueran delito según el “derecho nacional e internacional”.
- El artículo 7 de la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH) en 1950, que recogía un fraseo similar⁴².
- Luego, por el artículo 9 de la CADH de 1969, que precisó que el principio de legalidad debía atenerse al “derecho aplicable”.

42 f Artículo 7 de la Convención Europea de Derechos Humanos.

- Finalmente, por los artículos 99⁴³ del Tercer Convenio de Ginebra, artículo 76 del Cuarto Convenio de Ginebra⁴⁴, artículo 75.4⁴⁵ del Protocolo Adicional I de 1977 y artículo 6.2⁴⁶ del Protocolo Adicional II. Todos estos hablan de derecho, antes que de ley penal⁴⁷.

Con este reconocimiento, el individuo como sujeto de derecho internacional podía, a partir de entonces, bajo las fuentes del artículo 38⁴⁸

43 Artículo 99. Ningún prisionero de guerra podrá ser juzgado o condenado por un acto que no esté expresamente prohibido en la legislación de la Potencia detenedora o en el derecho internacional vigentes cuando se haya cometido dicho acto.

44 Artículo 76. Los tribunales solo podrán aplicar las disposiciones legales anteriores a la infracción y conformes a los principios generales del derecho.

45 Artículo 75.4.c. PAI. Nadie será acusado por actos u omisiones que no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional que le fuera aplicable en el momento de cometerse.

46 Artículo 6.2.c. PAII. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho.

47 Si bien el ER recoge el principio de legalidad en sus artículos 22, 23 y 24, el propósito no es determinar el contenido del 'nullum crimen sine lege' bajo el derecho internacional, sino delimitar la jurisdicción de los delitos sobre los que el tribunal puede pronunciarse. Tanto, que el artículo 22, inciso 3 precisa que "[N]ada de lo dispuesto en el presente artículo afectará a la tipificación de una conducta como crimen de derecho internacional independientemente del presente Estatuto".

48 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

del Estatuto de la CIJ ser responsable penal de incurrir en crímenes de guerra. El principio de legalidad se constituía así en una garantía contra investigaciones, enjuiciamientos y condenas arbitrarias, siendo irrelevante si la criminalización de la conducta se dio por medio del Derecho nacional o el internacional, con tal de que esta fuere delito al momento de llevarse a cabo (Olásolo, 2013; p. 26).

Así lo han demostrado sentencias de tribunales *ad hoc* que impartieron justicia en base a la costumbre internacional, donde, por ejemplo, el TPIY confirma en el caso Prosecutor vs. Hadzihasanovic, que basta que el potencial perpetrador haya sabido que su conducta era punible cuando la cometió para responder penalmente por ello⁴⁹. Igualmente, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) al interpretar los alcances del principio de legalidad de la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH), recoge una aproximación material de la antijuricidad y señala que este se cumple si se respeta: 1) la accesibilidad del imputado a la norma nacional o internacional que haga punible su conducta al momento de llevarse a cabo el acto, y 2) la previsibilidad del

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."

49 TPIY. In the Trial Chamber, The Prosecutor v. Enver Hadzihasanovic Mehmed Alagic Amir Kubura. 12 november, 2002. Par. 62. En: http://www.icty.org/x/cases/hadzihasanovic_kubura/tdec/en/021112.pdf

imputado de llevar a cabo su conducta según este derecho aplicable⁵⁰.

En lo que respecta al sistema interamericano, si bien los estándares de la Corte IDH al interpretar el artículo 9, recogen una aproximación continental más rígida⁵¹, aún no ha llegado a manos del tribunal un caso donde se alegue la vulneración de este principio por la criminalización directa de hechos como crímenes internacionales en base al DPI. Al margen de ello, importa precisar que el informe de la CADH comentado destaca que la frase del artículo 9 fue interpretada por el presidente de la Comité I en 1969 en el sentido de incluir el derecho nacional e internacional (Steiner et Uribe, 2014; p. 256).

Así, ha de identificarse la fuente convencional o extraconvencional de represión que prohíbe tal acto, y a efectos de respetar el principio de legalidad, deberá verificarse si se cumplen los criterios de accesibilidad y previsibilidad desarrollados por la jurisprudencia penal internacional y el sistema europeo y universal de derechos humanos. Al analizar la accesibilidad,

basta que el Estado haya puesto a disposición o alcance el contenido de esta, pero incluso, si eso no se cumple, en la práctica, al no aceptar como defensa el desconocimiento de la ley, este requisito no es más que un paso en la evaluación del criterio de previsibilidad (Ferdinandusse, 2006; p. 241).

De esta manera, lo que importa será que el acto haya sido previsible por el sujeto y esto se verifica si se cumplen dos factores: 1) el acto es de una manifiesta ilegalidad y 2) existe una mayor exigibilidad en la conducta del funcionario (Ferdinandusse, 2006, 246). En el caso de los más graves crímenes internacionales –como los crímenes de guerra– la manifiesta ilegalidad del crimen y la mayor exigibilidad en la conducta de funcionarios (en crímenes avalados por el Estado) contribuye así, a asegurar la previsibilidad (y accesibilidad) de estas conductas y con ello, el contenido material del principio de legalidad. Desde los juicios de Núremberg y Tokio, la comunidad internacional ha asumido la prohibición de que estos crímenes son de común conocimiento (Ferdinandusse, 2006; p.245).

Sin duda, estos criterios son una herramienta importante para determinar si es posible aplicar directamente las modalidades de crímenes de guerra recogidos en el DPI, respetando el principio de legalidad. Esto, sin embargo, deberá ser analizado caso por caso, dado que no todas las conductas suponen la misma gravedad. No es igual de reprochable

50 TEDH, Caso Kononov c. Letonia, cit, párr.185, TEDH, Caso Korbely, C.Hungría, cit, párr.67-71; TEDH, Caso Jorgic c. Alemania cit, párr 101-109, TEDH Caso Stretz, Kessler y Krenz C., cit, párr.50.

51 Reconociendo la tradición civilista de los países latinoamericanos, ha ratificado la exigencia de taxatividad, certeza e irretroactividad de la ley penal en los casos Lori Berenson frente a Perú (2004), Castillo Petruzzi frente a Perú (1999), García Asto y Ramírez Rojas frente a Perú (2005), De la Cruz Flores frente a Perú (2004) y Fermín Ramírez frente a Guatemala (2005).

usar indebidamente el emblema de la Cruz Roja, que emprender una política de violación indiscriminada contra civiles (ambos actos prohibidos como crímenes de guerra). El mismo Estatuto de Roma, en su artículo 33, 2, reconoce esta naturaleza difusa cuando precisa sobre las “órdenes superiores” que siempre las órdenes, sea de cometer genocidio o crímenes de lesa humanidad, son “manifiestamente ilícitas”, pero obvia pronunciarse de igual manera para los crímenes de guerra.

Al analizar la “manifiesta ilicitud”, asimismo, no es necesario que el imputado conozca la ley que sanciona el acto calificado como crimen de guerra, sino que haya conocido que la conducta puede ser penalmente sancionada. Y es que, no es la ley la que justifica la prohibición de retroactividad penal, sino los valores socio culturales que subyacen a ella (Hassmer, 1997), producto de un proceso de socialización previo (Bacigalupo, 1999; p. 47), más aun tratándose de los más graves crímenes reprochados. Esto tiene sentido, especialmente cuando se trata de actos que ponen en riesgo los más trascendentales valores y bienes de la comunidad internacional, donde el conocimiento de la ilicitud discurre por vías extralegales.

CONCLUSIONES

Que los crímenes de guerra perpetrados en el Perú durante el CANI no hayan sido reconocidos como tal en la jurisprudencia penal peruana no quita que estos hayan ocurrido y que deban llamárseles como tal. Aunque no se

nombre, existen. La aproximación tradicional del principio de legalidad condujo a priorizar el vacío del texto legal por sobre otras fuentes de derecho incriminatorio que, en este caso, recaen en el DPI y que pueden ser igualmente aplicables.

Hay herramientas jurídicas que permiten, además, reducir el nivel de discrecionalidad que podrían tener los operadores del derecho al aplicar fuentes consuetudinarias a fin de garantizar el contenido esencial del principio de legalidad que se basa en limitar la arbitrariedad del poder punitivo y garantizar la previsibilidad de la conducta recriminada. Reconocer los hechos como crímenes de guerra no solo es una cuestión de rótulos, pues dicha calificación jurídica tiene efectos jurídicos que permiten y refuerzan la persecución de estos delitos e impiden que queden impunes, además de reflejar el real desvalor sociojurídico de crímenes reprochados por la comunidad internacional entera.

Si bien este artículo aborda la legalidad en materia de la norma de represión, es importante precisar que, por una limitación de espacio, no ha sido posible ampliar el análisis a la legalidad en materia de la sanción penal, esto es, la pena. Será motivo para abordar esta investigación en otro artículo.

SIGLAS UTILIZADAS

- Asamblea General de las Naciones Unidas (AGNU)
- Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR)
- Conflicto Armado Internacional (CAI)
- Conflicto Armado No Internacional (CANI)
- Convención Americana de Derechos Humanos (CADH)
- Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH)
- Comisión de la Verdad y Reconciliación (CVR)
- Corte Internacional de Justicia (CIJ)
- Corte Penal Internacional (CPI)
- Derecho Internacional Humanitario (DIH)
- Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH)
- Derecho Penal Internacional (DPI)
- Estatuto de Roma (ER)
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)
- Tribunales Militares Internacionales (TMI)
- Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia (TPIY)
- Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR)

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Ambos, K.

(1999). *Impunidad y Derecho Penal Internacional*. Publicado por Ad Hoc (Buenos Aires) en cooperación con Konrad Adenauer Stiftung/ Ciedla, Revista de Ciencias Penales de Uruguay y Coordinadora Nacional de Derechos Humanos del Perú.

(2004). *El Nuevo Derecho Penal Internacional*. Lima: ARA Editores.

Bacigalupo, E.

(1999). Principios Constitucionales del Derecho Penal. Buenos Aires: Editorial Hammurabi S.R.L.

Barboza, J.

(2008). *El Derecho Internacional Público*. Buenos Aires: Zavalía Editor.

Bassiouni, C.

(1984). *Derecho Penal Internacional: Proyecto de Código Penal Internacional*. Madrid: Tecnos.

Boesten, J.

(2016). *Violencia sexual en la guerra y en la paz: Género, poder y justicia posconflicto en el Perú*. Lima: Biblioteca Nacional del Perú.

Burneo, J.

(2018). *Derecho Penal Internacional. Genealogía de los crímenes internacionales más graves*. Lima: Fondo Editorial PUCP.

Carrillo, J.

(1991). *Curso de Derecho Internacional Público: Introducción a su estructura, dinámica y funciones*. Madrid: Tecnos.

Cassese, A.

(2003). *International Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press.

Comisión de la Verdad y Reconciliación

(2003). *Informe Final de la CVR*. Tomo VI, Sección

Cuarta: Los crímenes y violaciones de los derechos humanos. Lima: CVR.

(2003). *Informe Final de la CVR*. Tomo VII. 2.6 Los Asesinatos y Lesiones Graves producidos en el Atentado de Tarata (1992). Lima: CVR.

(2003). *Informe Final de la CVR*. Tomo VII. 2.9 Desapariciones, torturas y ejecuciones extrajudiciales en la base militar de los Cabitos (1983-1985). Lima: CVR.

(2003). *Informe Final de la CVR*. Tomo VI. 1.5 Violencia sexual contra la mujer. Lima: CVR.

Comisión Internacional de Juristas

(2014). Derecho Internacional y lucha contra la impunidad.: Vol. Cap. XI Principio de legalidad de los delitos y retroactividad de la ley penal.

Ferdinandusse, W.

(2006). *Direct application of International criminal law in national courts*. University of Amsterdam. Den Haag: T.M.C. Asser Press.

Gallant, K.

(2009) . The Principle of Legality in International and Comparative Criminal Law Chapter 3: Nuremberg and Tokyo. Cambridge University Press.

Gutiérrez, H.

(2006). La relación entre el derecho internacional humanitario y los tribunales penales internacionales. En: International Review of the Red Cross. Marzo, N. 861 de la versión original.

Hassemer, W.

(1997). *Crítica al Derecho Penal de Hoy*. Colombia: Universidad Externado de Colombia.

Malekian, F.

(1999). International Criminal Responsibility. En: International Criminal Law 1. Compiler: Cheriff M.Bassiouni.

Meini, I.

(2014). *Lecciones de Derecho Penal - Parte General: Teoría Jurídica del Delito*. Lima: Fondo Editorial PUCP.

Miró Quesada, J.

(2018). Falsos Dilemas en torno al conflicto armado interno en el Perú. En: Portal Jurídico Polemos. Recuperado el 12 de noviembre de 2020: http://polemos.pe/falsos-dilemas-en-torno-al-conflicto-armado-interno-en-el-peru/#_ftn9

Montoya, Y.

(2007). El derecho internacional y los delitos. En F. Macedo (coord), *Los Caminos de la Justicia Penal y los derechos humanos. Primera Edición*. Lima: IDEHPUCP.

Novak, F.

(2001). Antecedentes Históricos del Estatuto de Roma. En E. Salmón, *La Corte Penal Internacional y las medidas para su implementación en el Perú*. Lima: Fondo Editorial PUCP.

Olásolo, H.

(2013). El principio nullum crimen sin iure en Derecho Internacional Contemporáneo. Anuario iberoamericano de Derecho Internacional Penal, ANIDIP, vol.1.

Sagues, N.

(2003). Mecanismos de incorporación de los tratados internacionales sobre Derechos Humanos al Derecho interno. En *Retos de la judicialización en el proceso de verdad, justicia, reparación y reconciliación*. Lima: Coordinadora nacional de los Derechos Humanos.

Salmón, E. y García, G.

(2000). Los Tribunales Internacionales que juzgan individuos: El caso de los Tribunales AD-HOC para la Ex-Yugoslavia y Ruanda y el Tribunal Penal Internacional como manifestaciones institucionales de la Subjetividad Internacional del ser humano.

Derecho & Sociedad, (15), 9-28. Recuperado a partir de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/17115>

Salmón, E.

(2007). El Derecho internacional humanitario y su relación con el derecho interno de los estados. Palestra. Recuperado el 11 de julio, 2020.

<http://vlex.com/source/derecho-internacional-humanitario-derecho-interno-estados-4871>

(2012). *Introducción al Derecho Internacional Humanitario*. Lima: CICR.

(2014). *Curso de Derecho Internacional Público*. Lima: Fondo Editorial PUCP.

Salmón, E. y Novak, F.

(2000). *Las obligaciones internacionales del Perú en materia de derechos humanos*. Lima: Fondo Editorial PUCP.

Simbeye, Y.

(2017). Immunity and International Criminal Law, Hants/ Burlington: Ashgate. En: <http://www.myilibrary.com?id=997389>

Steiner, C. y Uribe, P.

(2014). Convención Americana sobre Derechos Humanos: Comentada. México, Suprema Corte de Justicia, & Programa Estado de Derecho para Latinoamérica.

Yacobucci, G.

(2005). La transformación de la legalidad penal como desafío del nuevo siglo. En *Los desafíos del Derecho Penal en el Siglo XXI. Libro Homenaje al Profesor Dr. Günther Jakobs*. Lima: ARA Editores E.I.R.L.

JURISPRUDENCIA

Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH)

(2007). Caso Masacre de Rochela vs. Colombia. Sentencia del 11 de mayo, 2007.

(2001). Caso Barrios Altos vs. Perú. Sentencia de fecha 14 de marzo de 2001.

(1998). Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Sentencia de fecha 29 de julio de 1998.

(1997). Caso Castillo Páez vs. Perú. Sentencia de fecha 3 de noviembre, 1997.

Corte Internacional de Justicia (CIJ)

(1986). Caso relativo a las actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua. ICJ Reports de 27 de junio.

Tribunal Constitucional del Perú (TC)

(2004). Sentencia recaída en el Expediente. N. 2758-2004 HC/TC: principio de legalidad. Fecha: 23 de noviembre de 2004.

(2012). Sentencia recaída en el Expediente. N. 00156-2012 PHC/TC. Principio de legalidad y derecho administrativo sancionador (Caso Tineo Cabrera). Fecha: 8 de agosto, 2012.

Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia (TPIY)

(2000). Sala de Apelaciones. The Prosecutor v. Zlatko Aleksovski. Decisión del 24 de marzo.

(1998). Sala de Primera Instancia. El Fiscal c. Furundzija. Causa IT-95-17/1-T. Decisión del 10 de diciembre.

(1995). Sala de Apelaciones. The Prosecutor v. Dusko Tadic, cit. Decisión del 2 Octubre