

“Decenio de las Personas con Discapacidad en el Perú”
“Año de la Integración Nacional y el Reconocimiento de Nuestra Diversidad”

OFICIO N ° -2012-DP

Lima,

Señora Doctora
MALBINA SALDAÑA VILLAVICENCIO
Jueza del Séptimo Juzgado Constitucional
Corte Superior de Justicia de Lima
Presente.—

De mi mayor consideración

Es grato dirigirme a usted para saludarla cordialmente y, a la vez remitirle un informe que contiene el resultado del análisis realizado por la Defensoría del Pueblo respecto de la Sentencia emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia en los casos de Barrios Altos, Campesinos de El Santa y Pedro Yauri, el cual guarda relación con la demanda de amparo que sobre el particular viene conociendo su Despacho (Expediente N° 13857-2012).

De conformidad con el artículo 162° de la Constitución Política del Perú y con el artículo 1° de su Ley Orgánica, Ley N° 26520, la Defensoría del Pueblo es un órgano constitucional autónomo que tiene como mandato constitucional la defensa de los derechos fundamentales y/o constitucionales de las personas, así como la supervisión del cumplimiento de los deberes de la administración estatal y la prestación de los servicios públicos a la ciudadanía.

Para el cumplimiento de dicho mandato constitucional, el tercer párrafo del artículo 17° de la Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo señala que: “*Cuando un mismo hecho violatorio de derechos humanos esté siendo investigado por otra autoridad, funcionario, institución del Estado, el Defensor del Pueblo podrá tener acceso a las informaciones pertinentes. Asimismo, **podrá aportar a las autoridades competentes los elementos provenientes de su propia investigación***”.

En ese sentido, luego del análisis realizado por nuestra institución, cumplo con poner a su consideración el citado Informe, a fin de que los argumentos contenidos en el mismo puedan ser considerados por su judicatura al momento de evaluar el referido caso.

Con la seguridad de que estas líneas merecerán su gentil atención, me valgo de la oportunidad para expresarle las muestras de mi mayor consideración.

Atentamente,

EDUARDO VEGA LUNA
DEFENSOR DEL PUEBLO (e)

**ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DE LA SALA PENAL PERMANENTE DE LA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA SOBRE LOS CRÍMENES
COMETIDOS POR EL DESTACAMENTO MILITAR “COLINA” EN LOS CASOS
BARRIOS ALTOS, LOS CAMPESINOS DEL SANTA Y EL ASESINATO DEL
PERIODISTA PEDRO YAURI**

I. COMPETENCIA DE LA DEFENSORÍA DEL PUEBLO

**II. ARMONIZACIÓN ENTRE EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS
HUMANOS Y EL DERECHO PENAL EN LAS INVESTIGACIONES DE GRAVES
VIOLACIONES A LOS DERECHOS HUMANOS**

- 2.1 Estándares internacionales en materia de investigación y juzgamiento de graves violaciones de derechos humanos
 - a) Control de Convencionalidad
 - b) Idoneidad y efectividad de las investigaciones y procesos
 - c) Inadmisibilidad de excluyentes de responsabilidad penal
- 2.2 Incorporación de estándares internacionales en el ámbito interno
 - 2.2.1. Recepción de los estándares internacionales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano
- 2.3 La ponderación de los valores en juego en casos de graves violaciones a los derechos humanos y crímenes de lesa humanidad

**III. VULNERACIÓN DEL DEBER CONSTITUCIONAL DE MOTIVAR LAS
RESOLUCIONES JUDICIALES**

- 3.1 Los alcances del deber constitucional de los jueces de motivar adecuadamente sus decisiones.
- 3.2 Análisis de la motivación de la Sentencia de la Corte Suprema que resolvió el Recurso de Nulidad N° 4104-2010 LIMA
 - 3.2.1. Sobre la calificación de delitos de lesa humanidad como delitos comunes
 - 3.2.2. Sobre la reducción de penas
 - Sobre la reducción de la pena por presunta vulneración del plazo razonable
 - Sobre la reducción de la pena por la exclusión del delito de asociación ilícita para delinquir
 - 3.2.3. Sobre la prescripción del delito de asociación ilícita para delinquir por no constituir un crimen de lesa humanidad

**IV. VULNERACIÓN DEL DERECHO DE ACCESO A LA JUSTICIA Y DEL DERECHO
A LA VERDAD**

V. RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO PERUANO POR INCUMPLIMIENTO DE SUS OBLIGACIONES INTERNACIONALES

5.1. Implicancias ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

VI. ANEXOS

ANÁLISIS DE LA SENTENCIA EMITIDA POR LA SALA PENAL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA SOBRE LOS CRÍMENES COMETIDOS POR EL DESTACAMENTO MILITAR “COLINA” EN LOS CASOS BARRIOS ALTOS, LOS CAMPESINOS DEL SANTA Y EL ASESINATO DEL PERIODISTA PEDRO YAURI

I.- COMPETENCIA DE LA DEFENSORÍA DEL PUEBLO

De conformidad con el artículo 162° de la Constitución Política y con el artículo 1° de su Ley Orgánica, Ley N° 26520, la Defensoría del Pueblo es un órgano constitucional autónomo que tiene como mandato constitucional la defensa de los derechos fundamentales y constitucionales de las personas, así como la supervisión del cumplimiento de los deberes de la administración estatal y la prestación de los servicios públicos a la ciudadanía.

A partir de dichas normas, el Tribunal Constitucional (TC) ha reconocido en diversas sentencias¹ que la función principal de la Defensoría del Pueblo es defender los derechos constitucionales y fundamentales de la persona y de la comunidad.

En ese contexto, nuestra institución ha desarrollado en los últimos ocho años (2004–2012) un trabajo de supervisión del proceso de judicialización de las graves violaciones a los derechos humanos ocurridas entre los años 1980 y 2000, con la finalidad de formular recomendaciones que permitan superar las dificultades advertidas en este proceso².

Con ocasión de dicha supervisión, hemos efectuado recomendaciones puntuales al Poder Judicial para fortalecer la investigación, juzgamiento y sanción de estos casos. Una de estas recomendaciones ha incidido en la necesidad de que los jueces “(...) valoren adecuadamente los hechos que constituyen violaciones de derechos humanos (...)”,³ y que en la tramitación de los procesos constitucionales se observe, entre otros, el Principio de Dignidad Humana como eje rector en la interpretación y aplicación de las normas.

En ese sentido, se recomendó al Poder Judicial la aprobación de una directiva:

¹ Por ejemplo, la STC EXP. N° 0023-2008-PI, f.j.13.

² Los resultados de la supervisión realizada por nuestra institución se encuentran contenidos en los siguientes documentos: Informe Defensorial N° 86, titulado “A un año de la Comisión de la Verdad y Reconciliación” (2004), Informe Defensorial N° 97, titulado “A dos años de la Comisión de la Verdad y Reconciliación” (2005), Informe Defensorial N° 112, titulado “El difícil camino de la reconciliación. Justicia y reparación para las víctimas de la violencia” (2006), Informe Defensorial N° 128, titulado “El Estado frente a las víctimas de la violencia ¿Hacia dónde vamos en políticas de reparación y justicia?” (2007), el Informe Defensorial N° 139, titulado “A cinco años de los procesos de reparación y justicia en el Perú. Balance y desafíos de una tarea pendiente” (2008) y el Informe de Adjuntía N° 004-2011/DP-ADHPD “La Actuación del Poder Judicial en el marco del proceso de judicialización de graves violaciones a derechos humanos” (2011).

³ Recomendaciones que aparecen en el Informe Defensorial N° 128 “El Estado frente a las víctimas de la violencia. ¿Hacia dónde vamos en políticas de reparación y justicia?” (diciembre 2007) y en el Informe Defensorial N° 139 “A cinco años de los procesos de reparación y justicia en el Perú. Balance y desafíos de una tarea pendiente” (diciembre 2008).

*“(…) que recomiende a los jueces y vocales que, en el conocimiento de una demanda de amparo o hábeas corpus relacionada con un proceso sobre violaciones de derechos humanos, se tome en consideración la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y del Tribunal Constitucional sobre la inadmisibilidad de las disposiciones de prescripción, amnistía u otro excluyente de responsabilidad que pretenda impedir la investigación y sanción de los responsables de estos delitos”.*⁴

En el presente caso, se ha tomado conocimiento de la emisión de la resolución de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia, de fecha 20 de julio del 2012, al resolver el recurso de nulidad N° 4104–2010, que vulneraría determinados derechos fundamentales e incumpliría obligaciones internacionales vinculadas con la judicialización de crímenes de lesa humanidad producidos durante el período 1980–2000,

Asimismo, se ha accedido a la demanda de amparo presentada el 24 de julio de 2012 por el Procurador Público Especializado en Materia Constitucional del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos el 24 de julio del 2012 contra la referida resolución. En dicha demanda se alega la vulneración de los derechos fundamentales a la verdad, a la igualdad en la aplicación de la ley y la debida motivación de las resoluciones judiciales.⁵

Ante las constataciones realizadas por nuestra institución y dado que se estarían afectando derechos constitucionales, hacemos llegar el presente informe al Séptimo Juzgado Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima, que se sustenta en el tercer párrafo del artículo 17° de la Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo, que señala lo siguiente:

*“Cuando un mismo hecho violatorio de derechos humanos esté siendo investigado por otra autoridad, funcionario, institución del Estado, el Defensor del Pueblo **podrá tener acceso** a las informaciones pertinentes. Asimismo, **podrá aportar a las autoridades competentes los elementos provenientes de su propia investigación**”* (el resaltado es nuestro).

II.- ARMONIZACIÓN ENTRE EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS Y EL DERECHO PENAL PERUANO, EN LAS INVESTIGACIONES⁶ DE GRAVES VIOLACIONES A LOS DERECHOS HUMANOS

⁴ La Defensoría del Pueblo ha planteado esta recomendación de manera constante, tal como puede verse en distintos informes presentados al Poder Judicial, entre los que destacan los Informes Defensoriales N° 128 y N° 139. El último de los documentos en el que se reitera esta recomendación es el Informe de Adjuntía N° 004–2011–DP/ADHPD “*La actuación del Poder Judicial en el marco del proceso de judicialización de graves violaciones a derechos humanos*”, de mayo del 2011.

⁵ La demanda aparece publicada en el portal web institucional del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Disponible en: <http://www.minjus.gob.pe/slide-view/presentan-accion-de-amparo-contra-fallo-que-reduce-condena-a-integrantes-del-grupo-colina/>

⁶ Conviene aclarar que el término “investigación” en casos de violaciones de derechos humanos, no se agota con el esclarecimiento de los hechos, sino que comprende el debido juzgamiento y sanción de los que sean encontrados responsables.

2.1. Estándares internacionales en materia de investigación y juzgamiento de graves violaciones de derechos humanos.

Las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos han sido asumidas por el Estado peruano en virtud de la ratificación de diversos tratados, a nivel universal y regional, que consagran y protegen derechos humanos. Asimismo, provienen de la jurisprudencia de los distintos órganos de interpretación de estos instrumentos, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH).⁷

En tal sentido, estos instrumentos y órganos del Sistema Internacional de Protección de los Derechos Humanos (ONU y OEA) han establecido una serie de obligaciones y estándares que en materia de investigación de graves violaciones de derechos humanos los Estados tienen el deber de respetar, garantizar y hacer cumplir. Entre ellos, encontramos los siguientes:

a) Control de convencionalidad

La Corte IDH ha sostenido, de manera uniforme, que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en sus ordenamientos jurídicos. Asimismo, cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), todos sus órganos, incluidos sus jueces, también están sometidos a aquel, lo que les obliga a observar sus disposiciones.

En tal sentido, el Poder Judicial está obligado a garantizar que la aplicación de las normas internas sea compatible con los tratados internacionales, entre ellos la Convención Americana, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. Ello supone, además, que el Poder Judicial deba tener en cuenta la interpretación que de estos tratados realicen los tribunales internacionales, en este caso, la Corte Interamericana de Derechos Humanos.⁸

Por tanto, en los procesos penales por graves violaciones de derechos humanos, los jueces deben incorporar en sus razonamientos y valoraciones las disposiciones de la Convención Americana y los pronunciamientos de la Corte IDH.

b) Idoneidad y efectividad de las investigaciones y procesos

Para la Corte IDH la obligación de investigar debe ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa.⁹ A la luz de ese deber, una vez que las autoridades estatales tengan

⁷ Este tratado fue ratificado por el Perú en julio de 1978.

⁸ Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, Sentencia de 26 de septiembre de 2006, párr. 124; Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) Vs. Brasil. Sentencia de 24 de noviembre de 2010, párr. 106.

⁹ Corte IDH. Caso Fernández Ortega y otros vs. México. Sentencia de 30 de agosto de 2010, párr. 191; Caso Rosendo Cantú vs. México. Sentencia de 31 de agosto de 2010, párr. 175.

conocimiento del hecho, deben iniciar *ex officio* y sin dilación, una investigación seria, imparcial y efectiva.¹⁰ Esta investigación debe ser realizada por todos los medios legales disponibles y orientarse a la determinación de la verdad.¹¹

Por tanto, todo juez está obligado a valorar los hechos adecuadamente y a elegir, interpretar y aplicar las normas que correspondan a su naturaleza, más aún cuando se discuten graves casos de violación a los derechos humanos.

En ese sentido, la Corte Interamericana ha señalado reiteradamente en su jurisprudencia que las investigaciones, para que sean efectivas, “deben ser capaces de producir resultados o respuestas a las violaciones de derechos contemplados en la Convención”.¹² Esto también importa que las sanciones sean ejemplares, drásticas, proporcionales al daño ocasionado a las víctimas, a sus familiares y a la sociedad en su conjunto.

c) Inadmisibilidad de excluyentes de responsabilidad penal

El Estado debe remover todos los obstáculos fácticos y jurídicos que mantengan la impunidad de graves crímenes contra los derechos humanos. Por tanto, no podrá apelar a ninguna ley ni disposición de derecho interno para eximirse de su obligación de investigar y, en su caso, de sancionar debidamente a los responsables.¹³

En igual sentido, el Estado debe garantizar que los procesos internos tendientes a investigar y a sancionar a los responsables de los hechos violatorios surtan sus debidos efectos, así como debe abstenerse de recurrir a figuras como la amnistía, la prescripción o el establecimiento de otras excluyentes de responsabilidad.

La Corte IDH ha establecido de modo contundente que:

*“son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”.*¹⁴

2.2. La incorporación de estándares internacionales en el ámbito interno.

Como ya se ha señalado, no solo la Convención Americana sobre Derechos Humanos tiene carácter vinculante para el Perú. También lo tiene la jurisprudencia emanada de su

¹⁰ Corte IDH. Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia, Sentencia de 31 de enero de 2006, párr. 143; Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia, Sentencia de 1º de septiembre de 2010, párr. 65.

¹¹ Corte IDH. Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil. Sentencia de 24 de noviembre de 2010, párr. 138

¹² Corte IDH. Caso Baldeón García vs. Perú. Sentencia de 6 de abril de 2006, párr. 144

¹³ Corte IDH. Caso La Cantuta vs. Perú. Sentencia de 29 de noviembre de 2006, párr. 226.

¹⁴ Corte IDH. Caso Barrios AltoS vs. Perú. Sentencia de 14 de marzo de 2001, párr. 41.

máximo órgano de interpretación, la Corte Interamericana. Así lo dispone la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Perú:

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

De acuerdo con ello, el Tribunal Constitucional peruano, ha entendido que esta disposición también alcanza a la jurisprudencia de los organismos internacionales:

“De conformidad con la IV Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Perú, los derechos y libertades reconocidos en la Constitución deben interpretarse de conformidad con los tratados internacionales en materia de derechos humanos suscritos por el Estado Peruano. Tal interpretación, conforme con los tratados sobre derechos humanos, contiene, implícitamente, una adhesión a la interpretación que, de los mismos, hayan realizado los órganos supranacionales de protección de los atributos inherentes al ser humano y, en particular, el realizado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, guardián último de los derechos en la Región”¹⁵.

Igualmente, el Tribunal Constitucional ha establecido que en la labor de interpretación de los derechos fundamentales deben desarrollarse conforme al derecho internacional de los derechos humanos, aclarando que:

“El mandato imperativo derivado de la interpretación en derechos humanos implica, entonces, que toda la actividad pública debe considerar la aplicación directa de normas consagradas en tratados internacionales de derechos humanos, así como en la jurisprudencia de las instancias internacionales a las que el Perú se encuentra suscrito”¹⁶.

Esta posición ha sido recogida a nivel legal, en el artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, que señala que:

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

En síntesis, los jueces están obligados a incorporar en sus decisiones – cuando corresponda - la jurisprudencia de la Corte Interamericana.

2.2.1. Recepción de los estándares internacionales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano.

¹⁵ TC. EXP. N° 0217-2002-HC/TC, fundamento 2.

¹⁶ TC. EXP. N° 2798-04-HC/TC, fundamento 8 (subrayado añadido).

El Tribunal Constitucional ha hecho eco de la jurisprudencia de la Corte IDH para destacar el deber de investigar y sancionar las violaciones de derechos humanos.

Así, ha precisado que el acceso a la justicia, o la protección judicial, en casos de esta naturaleza tiene una doble dimensión. De un lado, es consecuencia del “*derecho de las víctimas de violaciones a sus derechos humanos a alcanzar verdad, justicia y reparación como consecuencia de los hechos sufridos*”; y por otro, este derecho “*conlleva explícitamente la obligación de las autoridades jurisdiccionales de desarrollar los procesos judiciales a su cargo, bajo las estrictas medidas de seguridad, y determinando las figuras delictivas aplicables a tenor de las disposiciones del Derecho Internacional que resulten aplicables*”.¹⁷

En este sentido, el Tribunal Constitucional –siguiendo la jurisprudencia de la Corte Interamericana– ha reafirmado que:

*“corresponde al Estado el enjuiciamiento de los responsables de crímenes de lesa humanidad y, si es necesario, la adaptación de normas restrictivas para evitar, por ejemplo, la prescripción de los delitos que violenten gravemente los derechos humanos”*¹⁸.

Adicionalmente, ha afirmado que el deber de investigar tiene su fundamento principal en el derecho a la verdad que tienen las víctimas (dimensión subjetiva) y la sociedad (dimensión objetiva) de conocer las circunstancias de modo, tiempo y lugar bajo las cuales se cometieron las violaciones de derechos humanos, así como el paradero de las víctimas:

*“Tras de esas demandas de acceso e investigación sobre las violaciones a los derechos humanos, desde luego, no sólo están las demandas de justicia con las víctimas y familiares, sino también la exigencia al Estado y la sociedad civil para que adopten medidas necesarias a fin de evitar que en el futuro se repitan tales hechos”*¹⁹.

El ordenamiento penal interno, con base en las premisas referidas, debe cumplir con dichas obligaciones, pues como lo recalca el Tribunal Constitucional, esta “*debe ser asumida como un deber jurídico propio y no como una gestión procesal cualquiera (...)*”, contribuyendo además a la realización de la finalidad señalada en el artículo I del Título Preliminar del Código Penal, esto es, servir como medio protector de la persona humana y la sociedad, disposición que por lo demás orienta al conjunto de las normas sustantivas y procesales y cuya inobservancia resultaría “*(...) un contrasentido si una sociedad democrática tolera la impunidad en nombre de disposiciones adjetivas que tienen otra finalidad*”.²⁰

¹⁷ STC. N 2798-04-HC/TC, f.j. 13 (subrayado añadido).

¹⁸ STC. N 2488-2002-HC/TC, f.j. 23. Ver también: Exp. N.º 2798-04-HC/TC, f.j. 18 y 19.

¹⁹ STC. N 2488-2002-PHC/TC, f. j. 9 y 17.

²⁰ STC. N.º 2798-04-HC/TC, f.j. 20.

De manera que los jueces, en el proceso penal seguido contra el Grupo Colina, deben considerar los criterios desarrollados por la Corte IDH y que han sido acogidos por el Tribunal Constitucional peruano.

2.3. La ponderación de los valores en juego en casos de graves violaciones a los derechos humanos y de delitos de lesa humanidad.

La judicialización de las graves violaciones a los derechos humanos ha implicado una relación frecuentemente tensa entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho penal.

Por un lado, como hemos visto, existe la exigencia de investigar, procesar y sancionar de manera efectiva a quienes perpetraron dichas violaciones. Por el otro, el derecho penal impone determinadas garantías que amparan a toda persona antes y durante un proceso penal como, por ejemplo, el cumplimiento de las reglas de prescripción, *ne bis in idem*, tipificación previa de delitos, irretroactividad, entre otros, como mecanismos tendientes a garantizar seguridad jurídica, pero que ciertamente pueden imposibilitar la investigación, juzgamiento y sanción de dichos crímenes.²¹

Frente a este “*conflicto irreductible*” entre los valores justicia y seguridad jurídica, a nivel del derecho internacional se ha aceptado la tesis de la ponderación de los valores en juego, según la cual cuando estamos ante crímenes graves contra los derechos humanos, el valor justicia debe imponerse frente a la reducción de algunas garantías del derecho penal clásico, siempre que no afecten principios sustanciales como el derecho de defensa, entre otros. Así, se considera que en estos casos deben primar, mediante el ejercicio de ponderación, “*los valores éticos y de justicia material que militan a favor de la represión de crímenes tan graves*”.²²

Al respecto, el Tribunal de Nuremberg apeló a este criterio señalando que el principio *nullum crimen sine lege* debía ceder cuando representara una inmoralidad mayor dejar sin castigo determinadas conductas especialmente atroces.²³ En la misma sentencia en que este argumento es citado, los jueces españoles valoraron que, en relación con los crímenes contra la humanidad: “*el principio nullum crimen sine lege, es, se trata, de un principio de justicia superior. Expresa ante todo un principio de justicia y no puede haber mayor injusticia que llevar a cabo interpretaciones estrictas conducentes a la impunidad del sujeto*”.²⁴

La Corte IDH ha afirmado de manera sostenida que los Estado no pueden apelar a la “*prescripción, irretroactividad de la ley penal, cosa juzgada, ni el principio non bis in*

²¹ Román, Marlene. *Cuando la Justicia Penal es cuestión de Seguridad Jurídica. La imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad y su presunta colisión con instituciones clásicas del derecho penal*. Fondo Editorial USMP, 2011, Lima, p. 17

²² Fernández, Xavier. “El principio de legalidad penal y la incriminación internacional del individuo”. En *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, No. 5, Madrid, 2002, pp 6 y 7. URL disponible en: <http://www.reei.org/reei5/XFdez.pdf>.

²³ Citado en: Audiencia Nacional de España. Sección Tercera de la Sala de lo Penal. Sentencia num.16/2005. Caso Adolfo Scilingo, p. 97. Disponible en: <http://www.derechos.org/nizkor/espana/juicial/doc/sentencia.html>.

²⁴ Audiencia Nacional de España. Sentencia del Caso Scilingo, ob. cit, pág. 99

*idem [...] o cualquier excluyente similar de responsabilidad, para excusarse de su deber de investigar y sancionar a los responsables*²⁵.

Por su lado, el Comité de Derechos Humanos ha justificado la exención de la irretroactividad en casos de graves violaciones a derechos humanos o delitos de lesa humanidad:

“Las violaciones graves de los derechos civiles y políticos durante el gobierno militar deben ser perseguibles durante todo el tiempo necesario y con toda la retroactividad necesaria para lograr el enjuiciamiento de sus autores”.²⁶

A nivel del derecho comparado, por ejemplo, la Corte Constitucional de Colombia ha afirmado de manera categórica que:

*“En los casos de impunidad de graves violaciones a los derechos humanos o al derecho internacional humanitario, la búsqueda de un orden justo y los derechos de las víctimas desplazan la protección de la seguridad jurídica”*²⁷.

Por su parte, la Primera Sala Penal Especial de la Corte Superior de Lima sostuvo en un caso de lesa humanidad que:

“si bien el instituto de la prescripción se funda en la primacía del valor seguridad jurídica frente al valor justicia, en el caso de delitos como los instruidos (por su especial gravedad y naturaleza) tal primacía se invierte a favor de la justicia y por ende el Estado se halla obligado a ejercer los mecanismos y procedimientos legales destinados a la investigación y sanción de los que resultaren responsables de tales delitos, así como a garantizar la reparación a las víctimas; de ahí que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos afirme el principio de la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad y los crímenes de guerra”.²⁸

En síntesis, cuando estamos frente a crímenes de lesa humanidad o ante graves violaciones a los derechos humanos, como los del Grupo Colina, los jueces tienen el deber de ponderar los valores en juego y los criterios que han sido desarrollados por la Corte IDH y que han sido acogidos por el Tribunal Constitucional peruano.

III. VULNERACIÓN DEL DEBER CONSTITUCIONAL DE MOTIVAR LAS RESOLUCIONES JUDICIALES

²⁵ Corte IDH. Caso La Cantuta vs. Perú. Sentencia de 29 de noviembre de 2006, párr. 226

²⁶ ONU. Comité de Derechos Humanos. Observaciones finales sobre Argentina, 3 de noviembre 2000. UN Doc. CCPR/CO/70/ARG, párr. 9. URL disponible en:

[http://huachen.org/english/bodies/hrc/docs/publications/HRC-Compilacion\(1977-2004\).pdf](http://huachen.org/english/bodies/hrc/docs/publications/HRC-Compilacion(1977-2004).pdf)

²⁷ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-004 de 20 de enero de 2003, párr. 30. URL disponible en: <http://www.cajpe.org.pe/rij/bases/juris-nac/c-004.PDF>.

²⁸ Corte Superior de Lima. Sala Penal Especial. Expediente 028-2001. Cuaderno de excepción de prescripción deducida por la procesada Shirley Rojas Castro., f. 1069

3.1. Los alcances del deber constitucional de los jueces de motivar adecuadamente sus decisiones.

De acuerdo con la Constitución Política, la motivación adecuada de las resoluciones judiciales constituye una obligación para todos los jueces y un derecho ciudadano que forma parte de la garantía constitucional a un debido proceso. En efecto, el numeral 5) del artículo 139 establece que:

“Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

La motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hechos en que se sustentan.” –el resaltado es nuestro–.

El mandato de motivación de las sentencias también se encuentra contenido en el artículo 12 del TUO de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Asimismo, la Ley de la Carrera Judicial establece que los jueces deben impartir justicia con respeto al debido proceso (artículo 34.1), constituyendo falta muy grave no motivar las resoluciones judiciales o inobservar inexcusablemente el cumplimiento de los deberes judiciales (artículo 48.13).

Además, el Tribunal Constitucional ha establecido que:

*“El derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales es una garantía del justiciable frente a la arbitrariedad judicial y garantiza que las resoluciones no se encuentren justificadas en el mero capricho de los magistrados, sino en datos objetivos que proporciona el ordenamiento jurídico o los que se derivan del caso”.*²⁹

En sentido similar, para la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el deber de motivación es una garantía vinculada con la correcta administración de justicia, que protege el derecho de los ciudadanos a ser juzgados por las razones que el derecho suministra, y otorga credibilidad a las decisiones jurídicas en el marco de una sociedad democrática³⁰. Además, el deber de motivación es una de las garantías incluidas para salvaguardar el derecho a un debido proceso.

Como se analizará a continuación, la Ejecutoria Suprema contiene serias deficiencias en su fundamentación, por lo que –conforme a lo señalado por el Tribunal Constitucional– el proceso de amparo es una herramienta idónea y eficaz para revertir esta situación, tal como lo dispone el Código Procesal Constitucional.³¹

A este respecto, en el caso Medina Vela, el Tribunal Constitucional sostiene que:

²⁹ STC EXP. N. ° 00728-2008-PHC, f.j.7

³⁰ Véase al respecto: Corte IDH. Caso Chocrón vs. Venezuela. Sentencia del 1 de julio del 2011, párr. 118; Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela. Sentencia de 5 de agosto de 2008, párr. 77 y 78; y Caso Escher y otros vs. Brasil. Sentencia de 6 de julio de 2009, párr. 208.

³¹ STC EXP. N. 5374-2005-PA/TC, f.j. 6 y 7.

“(…) La debida motivación debe estar presente en toda resolución que se emita en un proceso. Este derecho implica que cualquier decisión cuente con un razonamiento que no sea aparente o defectuoso, sino que exponga de manera clara, lógica y jurídica los fundamentos de hecho y de derecho que la justifican, de manera tal que los destinatarios, a partir de conocer las razones por las cuales se decidió en un sentido o en otro, estén en la aptitud de realizar los actos necesarios para la defensa de su derecho. El derecho a la motivación es un presupuesto fundamental para el adecuado y constitucional ejercicio del derecho a la tutela procesal efectiva.”³² -el resaltado es nuestro-

Posteriormente, en cuanto a la motivación de una resolución judicial y al control que debe realizar la justicia constitucional, el citado Tribunal ha expresado con claridad lo siguiente:

“El derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales importa que los jueces, al resolver las causas, expresen las razones o justificaciones objetivas que los llevan a tomar una decisión. Esas razones, por lo demás, pueden y deben provenir no sólo del ordenamiento jurídico vigente y aplicable al caso, sino de los propios hechos debidamente acreditados en el trámite del proceso. (...)”³³ -el resaltado es nuestro-

Por consiguiente, a la justicia constitucional le corresponde:

*“[e]l análisis externo de la resolución, a efectos de **constatar si ésta es el resultado de un juicio racional y objetivo** donde el Juez ha puesto en evidencia su independencia e imparcialidad en la solución de un determinado conflicto, **sin caer ni en la arbitrariedad en la interpretación y aplicación del derecho, ni en subjetividades o inconsistencias en la valoración de los hechos.**”³⁴ -el resaltado es nuestro-*

En atención a lo expuesto, la Defensoría del Pueblo considera que la justicia constitucional es la competente para analizar si la decisión emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia garantiza el derecho a obtener una resolución ajustada al Derecho y, con el fin de contribuir con esta labor, ponemos a su disposición las consideraciones expuestas en este informe.

3.2. Análisis de la motivación de la Sentencia de la Corte Suprema que resolvió el Recurso de Nulidad N° 4104-2010 LIMA

La sentencia de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema declaró la nulidad de algunos extremos de la sentencia emitida por la Primera Sala Penal Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima, del 1º de octubre del 2010 y, específicamente:

³² STC EXP. N° 6712-2005-HC/TC, f.j. 10.

³³ STC EXP. N° 01480-2006-AA/TC, f.j. 2.

³⁴ *Ibíd.*

- (i) Declaró que los ilícitos cometidos por el autodenominado destacamento “Colina” no constituyen delitos de lesa humanidad
- (ii) Redujo la penas –entre tres y cinco años– por “compensación”, atendiendo a la presunta vulneración del plazo razonable y a la exclusión del delito de asociación ilícita.
- (iii) Determinó que el delito de asociación ilícita para delinquir no puede ser sancionado porque no fue materia de denuncia (en el caso de algunos sentenciados).
- (iv) Determinó que el delito de asociación ilícita para delinquir no puede ser sancionado por haber prescrito la acción penal (en el caso de algunos sentenciados).

3.2.1. Sobre la calificación de delitos de lesa humanidad como delitos comunes.

La Sala Penal Permanente de la Corte Suprema aborda la calificación jurídica de los hechos como delito de lesa humanidad en el ítem 3.4 del apartado “III. Fundamentos del Tribunal Supremo” (párrafos 133–180), y además en los párrafos 10–16 y 23-32 de los fundamentos adicionales de tres jueces supremos, así como en el punto 2 de la “aclaración de los fundamentos adicionales” que con posterioridad emitieron los mismos jueces.³⁵

En lo que concierne a este acápite, la Sala Penal Permanente ha señalado que **los hechos por los cuales se condenó a los integrantes del Grupo Colina no pueden ser calificados como delitos de lesa humanidad**. Los señores jueces supremos arribaron a esta conclusión a partir de dos argumentos distintos:

i. Argumento de los jueces Villa Stein y Pariona Pastrana

Los jueces Villa Stein y Pariona Pastrana sustentaron su conclusión de que los ilícitos cometidos por el Grupo Colina no configuran delitos de lesa humanidad porque, si bien tales actos fueron perpetrados, planificados y realizados en forma organizada y sistemática por miembros de las Fuerzas Armadas, las víctimas “*no formaban parte de la población civil*”, puesto que “*esta política de Estado estaba dirigida a la eliminación física de los mandos militares del Partido Comunista Peruano - Sendero Luminoso, y delincuentes terroristas*”, aplicando para ello el artículo 4, literal a) del Convenio III de Ginebra.

Es decir, los jueces supremos consideraron que las víctimas no eran población civil, basándose **únicamente** en la consideración de que el Grupo Colina tenía por finalidad la eliminación física de delincuentes terroristas. Este razonamiento no ha tenido en cuenta ni ha sido contrastado debidamente con las siguientes situaciones relevantes para la solución del caso:

Primero: que a la fecha de la emisión de la sentencia no se había determinado si las víctimas pertenecían a una organización terrorista. Por tanto, **la premisa de la cual**

³⁵ Dicha aclaración fue emitida el 24 de julio del 2012 y publicada en la página web institucional del Poder Judicial. Ver el link <http://historico.pj.gob.pe/imagen/noticias/noticias.asp?opcion=detalle&codigo=19772>

parten los jueces supremos para negar la condición de población civil a las víctimas, carece de sustento.

Segundo: no se ha tenido en cuenta que en el presente caso no es de aplicación el Convenio III de Ginebra del 12 de agosto de 1949, pues este regula la protección de las personas civiles en tiempos de conflicto armado internacional, cuya vulneración configura crímenes de guerra.

Tercero: no se ha tenido en cuenta que en el presente caso, todas las víctimas de Barrios Altos, El Santa y Pedro Yauri, conforme se logró determinar en el proceso penal (028-2001, a cargo de la Sala Penal Especial de la Corte Superior de Lima), se encontraban en sus viviendas, desarmadas y en estado de indefensión frente a los agentes del Grupo “Colina”.

Este hecho debió ser valorado por los jueces supremos para el análisis de la categoría “población civil”, toda vez que lo importante es el rol efectivo que se tiene al momento de la comisión del hecho delictivo y no su estatus jurídico. De lo que se trata es de proteger a las víctimas por su estado de indefensión.³⁶

Cuarto: no se tomó en cuenta la existencia de **pronunciamientos emitidos por el Tribunal Constitucional**, que han señalado que los crímenes cometidos por el Grupo Colina configuran delitos de lesa humanidad.

En efecto, desde el año 2004, el Tribunal Constitucional, al resolver demandas de habeas corpus interpuestas por algunos de los encausados, afirmó la condición de lesa humanidad de los crímenes cometidos por el Grupo “Colina”:

*“(…) Esas circunstancias se relacionan con la existencia de un plan sistemático para promover la impunidad en materia de violación de derechos humanos y **crímenes de lesa humanidad**, particularmente de los actos cometidos por los del Grupo Colina, al cual se vincula al recurrente”³⁷. (el resaltado es nuestro)*

En similar sentido, en el Caso Vera Navarrete sostuvo:

*“(…) cuando este hecho es cometido como parte de una estrategia general o representa sólo un ejemplo de un conjunto de conductas ilícitas similares, estamos frente a la existencia de un patrón de violaciones, lo que las convierte en **crimen de lesa humanidad**. Al respecto, el informe final de la Comisión de la Verdad y Reconciliación constató que los hechos atribuibles al autodenominado grupo Colina representaron un patrón sistemático y generalizado de violaciones a los derechos humanos, expresado en hechos como las desapariciones de La Cantuta, la del periodista Pedro Yauri, los asesinatos de estudiantes en la Universidad Nacional del Centro y la masacre de Barrios Altos”³⁸ (el resaltado es nuestro).*

³⁶ Barbero, Natalia. “Crímenes de lesa humanidad”. Disponible en: <http://www.donnabarbero.com.ar/en/articulos/69-crimenes-de-lesa-humanidad.html>.

³⁷ STC EXP. N.º 4587-2004-AA/TC, f.j. 81.b (Santiago Martín Rivas). En igual sentido, EXP. N.º 679-2005-PA/TC, f.j. 57, EXP. N.º 03938-2007-PA/TC, f.j. 48.b (Julio Salazar Monroe)

³⁸ STC. EXP. N.º 2798-2004-HC/TC, f.j. 25

Quinto: no se tomó en cuenta la existencia de **pronunciamientos emitidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos**, que han señalado que los crímenes cometidos por el Grupo “Colina” configuran delitos de lesa humanidad. Por ejemplo, en el caso “La Cantuta”, este Tribunal Internacional señaló:

“(…) El Grupo Colina cumplía una política de Estado consistente en la identificación, el control y la eliminación de aquellas personas que se sospechaba pertenecían a los grupos insurgentes o contrarias al régimen del ex Presidente Alberto Fujimori, mediante acciones sistemáticas de ejecuciones extrajudiciales indiscriminadas, asesinatos selectivos, desapariciones forzadas y torturas (...). En tal sentido, es oportuno insistir en que los hechos de La Cantuta, cometidos contra las víctimas ejecutadas extrajudicialmente o desaparecidas forzosamente, constituyen crímenes contra la humanidad que no pueden quedar impunes, son imprescriptibles y no pueden ser comprendidos dentro de una amnistía.”³⁹

En opinión de la Defensoría del Pueblo, la conclusión a la que arriban los jueces supremos Villa Stein y Pariona Pastrana, se sustenta en razones que no han sido debidamente justificadas, habiéndose omitido un conjunto de circunstancias relevantes para la determinación de la condición de las víctimas.

ii. Argumento de los jueces supremos Salas Arenas, Miranda Molina y Morales Parraguez

Los citados magistrados supremos sostienen, en sus “Fundamentos adicionales” a la Sentencia del 20 de julio de 2012, que:

*“los delitos cometidos por los aquí acusados en el caso Barrios Altos, El Santa y Pedro Yauri Bustamante, **se encuadran dentro de un delito de lesa humanidad** de conformidad al artículo séptimo del Estatuto de Roma; **sin embargo, al inexistir cargo fiscal** por tan específico motivo (no fueron procesados, acusados, menos juzgados por delito de lesa humanidad, como debieron serlo al calor de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos), **no es factible considerar como argumento para su condena dicha especificidad (lesa humanidad)**, en cumplimiento de los marcos de la Convención respecto al debido proceso y en concreto al principio acusatorio, para evitar el fallo sorpresivo (objeto de otra decisión ya glosada, emitida por la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos)”.*

Posteriormente, el 24 de julio de 2012, los jueces supremos Salas Arenas, Miranda Molina y Morales Parraguez emitieron una aclaración indicando:

*“la **acusación fiscal** referida en los párrafos “31” y “32” de nuestros fundamentos **solo contiene una mención genérica a la calificación de lesa humanidad** que resulta incompatible con el recto ejercicio de las pretensiones punitiva y acusatoria escritas por la Constitución y el ordenamiento procesal para el cabal ejercicio de las atribuciones del Ministerio Público. Se trata de una*

³⁹ Corte IDH. Caso La Cantuta vs. Perú. Sentencia de 29 de noviembre de 2006, párr. 80.18 y 225.

mención que no constituye motivación suficiente de una acusación”, y que, por tanto, se afectó el principio acusatorio y el derecho de defensa⁴⁰.

Es decir, los tres magistrados consideran que todos los elementos configurativos de crímenes de lesa humanidad se verifican en la presente causa. No obstante, al **no haber sido establecidos específicamente por la Fiscalía** y, en consecuencia, **haberse privado a los encausados de la posibilidad de defenderse** en relación a esa imputación, solo es posible que su condena sea por los delitos comunes.

Este razonamiento no ha tenido en cuenta ni se ha contrastado debidamente con las siguientes situaciones relevantes para la solución del caso:

Primero, en los Fundamentos Adicionales se parte de un hecho que contradice el mérito de lo actuado en el proceso penal porque en el dictamen acusatorio, de mayo del 2005 sí se imputó que los hechos constituían crímenes de lesa humanidad:

“Este Ministerio considera que en autos ha quedado demostrada la comisión de crímenes de Lesa Humanidad, habiéndose determinado un concurso real de los siguientes delitos tipificados en el Código Penal: Homicidio Calificado, previsto y sancionado por el artículo 108º, Asociación Ilícita para Delinquir prevista y sancionada en el Art. 317º; Secuestro Agravado, previsto y sancionado por el art. 152º; y, Desaparición Forzada de Personas, previsto y sancionado por el art. 1 del D.ley 25592, hoy 320º del Código Penal.” (el resaltado es nuestro)

Además, en la sentencia de la Primera Sala Penal Especial, en su página 156, se transcribe parte de la acusación oral en la que el Fiscal señaló:

*“Efectivamente, no se está acusando a las Fuerzas Armadas ni al Ejército, se está acusando a algunos de sus integrantes, que (...) cometieron delitos que están siendo materia de juicio y que constituyen Crímenes de Lesa Humanidad, **conforme en su acusación escrita planteó la Fiscalía** (...) Los hechos probados, comprenden a su vez determinados puntos; el primero de ellos el contexto en el que se desarrollaron estos hechos, el siguiente la política de Estado Contrasubversiva, que implementó el Gobierno (...).” (el resaltado es nuestro)*

Segundo, los encausados sí tuvieron la oportunidad de ejercer su derecho de defensa respecto de la calificación de lesa humanidad desde que tomaron conocimiento del dictamen acusatorio y durante todo el debate en el juicio oral, tal como la propia defensa lo resumió en sus alegatos finales.

Por ejemplo, la defensa de los procesados Héctor Alvarado Salinas, Edgar Cubas Zapata, Nelson Rogelio Carbajal García y Ángel Arturo Pino Díaz (en Sesión doscientos treinta y uno) argumentó lo siguiente:

⁴⁰ Los jueces Villa Stein y Pariona Pastrana, en el fundamento jurídico 164 de la Ejecutoria Suprema, sostienen que la alegación sobre la naturaleza de lesa humanidad “no fue materia de denuncia, ni instrucción, siendo recién en la acusación en la que se consignó, afectando con ello el derecho de defensa”.

“(…) En cuanto a que sostiene la Fiscalía y la Parte Civil que se están juzgando crímenes de LESA HUMANIDAD, esto no es cierto, en el Perú, hasta el año dos mil tres, es imposible, jurídicamente hablando que se hayan cometidos delitos o crímenes de LESA HUMANIDAD o CRIMENES DE GUERRA. Esto está sustentado no solo en lo que nuestra Constitución tiene vertido en su artículo ciento tres en la segunda parte, sino en el mismo Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, en su artículo veinticuatro, así como en la misma Convención de Imprescriptibilidad de Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad, documentos, el primero vigente a partir del año dos mil uno, y la Imprescriptibilidad a partir del dos mil tres, en noviembre (…)”.

Por su parte, la defensa del procesado Alberto Segundo Pinto Cárdenas (en Sesión doscientos cuarenta y seis y doscientos cuarenta y siete) indicó:

“(…) señoras Magistradas, el Perú se adhiere en el dos mil tres, a una Convención del año sesenta y ocho, y qué dice esta Resolución Legislativa que es parte del sustento, de la condición que pone el Estado Peruano, para los crímenes [de lesa humanidad] que consideran cometidos con posterioridad, a su entrada en vigor para el Perú, o sea, la imprescriptibilidad que se viene aplicando ahora en muchos procesos, solamente entró en vigor, de acuerdo a este Tratado Internacional, a partir del depósito que fue el once de agosto del año dos mil tres, fecha en que se adhirió el Estado Peruano, y encierra también el principio de retroactividad benigna (…)”.

A su turno, la defensa de Wilmer Yarlequé Ordinola (Sesión doscientos sesenta y tres) sustentó:

“(…) Que acá se cometieron delitos, o crímenes de lesa humanidad. Lo expuse en mi primer alegato y serían los mismos argumentos jurídicos, salvo algunos que adicionaré, que en el Perú hasta la fecha no han ocurrido delitos o crímenes de lesa humanidad; y para eso si bien es cierto en alguna sentencia que ha mencionado un colega, que se ha emitido en base a un autor, pero más allá de lo que los autores puedan decir, porque también tengo acá otro autor que dice lo contrario, está el principio de legalidad, que ya nos impuso el Estatuto Penal de la Corte Internacional de Roma, de conformidad con su artículo veinticuatro y el artículo sétimo y esto es: Que para que hayan crímenes de lesa humanidad, el agraviado tiene que ser una población civil y hasta ahora nos preguntamos: Cuál es la población civil que de parte de los militares, o de los policías, o de los ronderos ha sufrido una agresión para desaparecerla (…)”.

Cabe puntualizar que ninguno de los imputados cuestionó que exista una indebida motivación de la calificación de lesa humanidad en el dictamen acusatorio. Por el contrario, indicaron argumentos de fondo para desvirtuar dicha imputación.

Tercero, la naturaleza de los hechos como crímenes de lesa humanidad **fue evidenciada desde el año 2002** en los incidentes de excepción de prescripción que

algunos procesados dedujeron, y frente a lo cual éstos tuvieron la oportunidad de ejercer su derecho de defensa.

Así, en abril de 2002, el Fiscal Richard Saavedra Luján, de la Fiscalía Provincial Especializada, opinó que la excepción de prescripción deducida por la procesada Shirley Rojas Castro debía ser declarada infundada, en atención a que los hechos por los que se le procesaba constituían delitos de lesa humanidad, frente a los cuales la Corte Interamericana de Derechos Humanos había impuesto la obligación de no dejarlos impunes, declarando inadmisibles, *inter alia*, las disposiciones de prescripción⁴¹.

Asimismo, el representante del Ministerio Público consideró que la calificación de lesa humanidad a tales hechos no transgredía el principio de legalidad:

“(...) puesto que en la época en que se cometieron estos delitos de lesa humanidad (como el que es materia de la presente investigación), nuestro orden legal consideró las prohibiciones penales dirigidas a tutelar los bienes jurídicos elementales (...) constituyendo tipos ‘comunes’ válidos para subsumir los hechos y determinar la pena aplicable (...), y, si bien ninguno de estos tipos valora en toda su extensión las características especiales de estos hechos, sin embargo son estas mismas particularidades las que hacen que los hechos revistan especial gravedad y se constituyan en delitos de ‘lesa humanidad’. Por consiguiente esta subsunción en tipos penales vigentes al momento de la comisión de los hechos, de ningún modo contraría ni elimina el carácter de delitos contra la humanidad de las conductas.”⁴²

Finalmente, arguyó que dada la gravedad e implicancias que para la humanidad tienen estas conductas:

“las condiciones de punibilidad deben ser valoradas de conformidad con las disposiciones del derecho internacional, aún sobre el derecho interno, específicamente en cuanto a los mecanismos legales que pueden ser utilizados para limitar la acción persecutoria y lograr la impunidad de estas conductas”⁴³.

A su turno, el Fiscal Superior Pablo Sánchez, de la Primera Fiscalía Superior Penal Especializada, pronunciándose a favor de confirmar la resolución impugnada que declaró infundada la referida excepción, sostuvo que la sentencia de la Corte IDH por la cual se vienen investigando los hechos:

“contiene una obligación internacional, pero además de jerarquía constitucional que como tal se superpone a cualquier obstáculo dentro de la normativa interna de menor jerarquía que pudiera impedir su cumplimiento (...). Más aún en el entendido que también constitucionalmente el Estado peruano tiene el deber

⁴¹ Corte Superior de Lima. Primera Sala Penal Especial. Expediente 028-2001. Cuaderno de excepción de prescripción deducida por la procesada Shirley Rojas Castro. Dictamen de 16 de abril de 2002.

⁴² *Idem.*

⁴³ *Idem.*

*primordial de defender y garantizar los derechos humanos, obligación para cuyo cumplimiento se requiere en muchos casos adoptar medidas excepcionales*⁴⁴.

En mayo de 2005, la Sala Penal Especial confirmó la resolución apelada señalando que no era oponible la prescripción dado que la naturaleza de los delitos instruidos respondía a la “violación de derechos fundamentales”, y que:

“si bien el instituto de la prescripción se funda en la primacía del valor seguridad jurídica frente al valor justicia, en el caso de delitos como los instruidos (por su especial gravedad y naturaleza) tal primacía se invierte a favor de la justicia y por ende el Estado se halla obligado a ejercer los mecanismos y procedimientos legales destinados a la investigación y sanción de los que resultaren responsables de tales delitos, así como a garantizar la reparación a las víctimas; de ahí que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos afirme el principio de la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad y los crímenes de guerra”.⁴⁵

En igual sentido, en la excepción de prescripción deducida por el procesado Marco Flores Albán en octubre de 2002, el Fiscal Héctor Villar Huamán, de la Fiscalía Provincial Especializada opinó, en su dictamen del 1° de octubre de 2003, que debía declararse infundada la referida excepción atendiendo a la naturaleza imprescriptible de los hechos, dado su carácter de delito de lesa humanidad⁴⁶.

Agregó que, si bien los delitos de lesa humanidad, como tipos específicos, no se encontraban vigentes en la fecha en que se suscitaron los hechos:

*“ello de ninguna manera puede constituir un obstáculo para investigar y eventualmente sancionar la comisión de actos considerados gravemente violatorios de los derechos humanos puesto que en la época en que se cometieron estos delitos (...) nuestro orden legal consideró las prohibiciones penales dirigidas a tutelar los bienes jurídicos elementales [como la vida e integridad], de modo tal que las conductas llevadas a cabo (...) estaban prohibidas por las normas penales vigentes en esa época, constituyendo tipos comunes válidos para subsumir los hechos y determinar la pena aplicable a los autores y partícipes en los mismos, por tanto es posible las reglas y consecuencias jurídicas que les corresponden”*⁴⁷.

Es decir, desde el año 2002 –en que se deducen las excepciones de prescripción, a partir de las cuales, los fiscales y jueces se pronunciaron sobre la naturaleza de los delitos instruidos– los procesados tuvieron conocimiento de que estos ilícitos configuraban delitos de lesa humanidad y, como tal, pudieron ejercer su derecho de defensa.

⁴⁴ *Ibíd.*, fs. 716 – 717

⁴⁵ *Ibíd.*, f. 1068-a y 1069

⁴⁶ *Ibíd.*, fs. 377 – 380

⁴⁷ Corte Superior de Lima. Primera Sala Penal Especial. Expediente 028-01. Cuaderno de Excepción de prescripción deducida por el procesado Marco Flores Albán.

En síntesis, en el proceso objeto de análisis, se ha determinado que sí existió una imputación sobre la calificación de lesa humanidad de los hechos y que los encausados tuvieron la oportunidad de ejercer su derecho constitucional de defensa, tal como efectivamente algunos de ellos lo hicieron.

3.2.2. Sobre la reducción de penas.

- **Sobre la reducción de la pena por presunta vulneración del plazo razonable.**

La sentencia emitida por la Sala Permanente de la Corte Suprema, en lo que se refiere a la determinación de la pena (parágrafos 324 y siguientes) señala, entre otros argumentos, que:

328. “(...)otra variante que posibilita la flexibilización del límite punitivo mínimo, fijado para un tipo penal, se encuentra en la compensación con reducción de pena como consecuencia de la afectación al derecho de ser juzgado en un plazo razonable, conforme se evidenció en la sentencia del Tribunal Supremo Alemán para el “caso Metzger” –treinta y uno de mayo de dos mil uno-, “solución compensatoria que fue vista con agrado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos”⁴⁸, con precedente en la sentencia del mismo Tribunal Supremo Alemán, del quince de agosto de mil novecientos ochenta y dos, caso Eckle; precisando que la lesión sufrida en el derecho fundamental puede ser compensada con una atención de pena”.

De igual forma, la sentencia sostiene que la concepción de la compensación de penas es aceptada a nivel de la doctrina, y en base a dichos argumentos determina que:

332. (...) si bien la pena para los procesados Rodríguez Zabalbeascoa y Federico Augusto Navarro Pérez, ha sido la mínima que corresponde al delito que se les imputa (...) respecto a la atenuación de la pena, como consecuencia del menoscabo al derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable, se debe compensar dicha demora –más de una década-, con un atenuación prudencial de la pena para los referidos procesados. Además, al haberse decretado la nulidad de la sentencia, en el extremo que se condenó a los imputados por el delito de Asociación Ilícita, ello también constituye una razón para que se les rebaje la pena.

Finalmente, atendiendo al principio general del derecho, los vocales de la Corte Suprema sostienen que: “a igual razón, igual derecho”, y por ello indica que cabe **extrapolar dicho fundamento a los demás procesados**, argumentando que en conjunto se han visto perjudicados con una demora excesiva en la solución del conflicto jurídico al cual han estado vinculados (parágrafo 334).

⁴⁸ Pastor, Daniel R. “Acercas del Derecho Fundamental al Plazo Razonable de duración del Proceso Penal”, en Revista de Estudios de la Justicia, número cuatro, 2004, p.58.

De lo expuesto, se puede deducir que para aplicar la reducción de la pena señalada en la resolución judicial impugnada ante la Corte Suprema, se utilizaron básicamente dos argumentos:

- La afectación del derecho a ser juzgado en un plazo razonable y, como consecuencia de ello, la aplicación de una medida compensatoria de reducción de la pena originalmente impuesta.
- El que uno de los delitos por el que se sentenció a los procesados (asociación ilícita), no puede ser materia de sanción, por lo que resultaba proporcional realizar una reducción de la pena impuesta por la Sala Superior.

Este razonamiento no ha tenido en cuenta ni ha sido contrastado debidamente con lo que se expone a continuación y que es relevante para la solución del caso:

La Ejecutoria Suprema objeto de análisis afirma que existe una violación del plazo razonable, pero no analiza la presencia o ausencia de cada uno de los requisitos para la determinación de su vulneración ni individualiza la situación de cada uno de los procesados.

En ese sentido, en reiterada jurisprudencia⁴⁹, el Tribunal Constitucional ha establecido que para determinar la existencia de una dilación indebida que comporte la vulneración de este derecho, deben evaluarse los criterios adoptados por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁵⁰ y por la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁵¹. Dichos criterios son los siguientes:

- *La actividad del procesado*, que puede resultar relevante para la duración del proceso, si es que ésta fue dilatoria u obstruccionista a través del uso innecesario de recursos que demuestren su mala fe procesal.
- *La actividad de las autoridades judiciales*, para lo cual deben verificarse la existencia de tribunales, y si los diversos actos procesales realizados contribuyeron o no a la dilación del proceso.
- *La complejidad del caso o asunto*, en atención a la naturaleza y gravedad del delito, los hechos investigados, la actividad probatoria desplegada, la cantidad de agraviados e imputados, u otro elemento que de manera objetiva permita catalogar de “difícil o complicada” la investigación y el juzgamiento.
- *Afectación en la situación jurídica del imputado*⁵², si la demora del proceso genera una afectación trascendente psicológica y/o económica hacia el procesado.

⁴⁹ STC EXP. N°. 3509-2009-PHC/TC, f.j. 20-27; STC EXP N°. 5350-2009-PHC/TC, f.j. 19-23.

⁵⁰ Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Asunto Ruiz-Mateos c. España. Sentencia de 23 de junio de 1993. Párr. 39-53.

⁵¹ Corte IDH. Caso Genie Lacayo vs. Nicaragua. Sentencia de 29 de enero de 1997, párr. 77; Caso Kawas Fernández vs. Honduras. Sentencia de 3 de abril de 2009, párr. 112.

⁵² Supuesto introducida por primera vez en: Corte IDH. Caso Valle Jaramillo y otros vs. Colombia. Sentencia de 27 de noviembre de 2008, párr. 112.

Asimismo, para el análisis global del proceso, es necesario establecer los extremos en los que discurre su duración, es decir, desde su inicio hasta su término, con la emisión de una sentencia firme y ejecutoriada⁵³.

Como se aprecia, el paso del tiempo sin existir una sentencia condenatoria firme puede constituir una afectación del derecho a ser procesado en un plazo razonable, pero no se puede afirmar que, en todos los casos, ello implique dicha vulneración.

En efecto, antes de debatir respecto del efecto jurídico de la vulneración del plazo razonable es labor de la autoridad jurisdiccional señalar que dicha vulneración se ha efectuado, debiendo para ello considerar los criterios señalados. **Esta labor, como se aprecia en la Ejecutoria Suprema, no se ha realizado.**

Adicionalmente a ello, considerando que en el presente caso se está ante una pluralidad de procesados, de hechos y delitos imputados, dicha labor de fundamentación debe realizarse para cada situación en concreto, es decir, debió existir un análisis para cada procesado.

Así por ejemplo, si un procesado desarrolló maniobras obstruccionistas durante todo el proceso, él debe ser responsabilizado por la vulneración de los plazos procesales, no pudiendo afirmarse que el Estado (mediante el Poder Judicial) ha violado su derecho. Por ende tampoco podría ser beneficiado con alguna compensación o reparación.

Al respecto, cabe recordar lo señalado por el Tribunal Constitucional en el caso Chacón Málaga⁵⁴:

*“Habiéndose planteado en el presente caso, la eventual violación del derecho al plazo razonable del proceso o, lo que es lo mismo, que éste no sufra dilaciones indebidas, la determinación de si se violó o no su contenido constitucionalmente protegido es un tema que solo puede obtenerse a partir del análisis de los siguientes criterios: **a)** la actividad procesal del interesado; **b)** la conducta de las autoridades judiciales, y **c)** la complejidad del asunto (...) Tales elementos permitirán apreciar si el retraso o dilación es indebido (que es la segunda condición para que opere este derecho), **lo que debe realizarse caso por caso** y según las circunstancias”* (el resaltado es nuestro).

El mismo análisis se realizó en el caso Salazar Monroe:

*“con relación al derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable, la Corte IDH tiene y mantiene la doctrina del no plazo, es decir, que la razonabilidad del plazo no se mide en función de días, meses o años establecidos en forma fija y abstracta, sino **caso por caso**, en función al análisis global del proceso penal y de los tres o cuatro elementos precisados por ella misma para evaluar la razonabilidad del plazo⁵⁵”* (el resaltado es nuestro)

⁵³ STC EXP N°. 4144-2011-PHC/TC, f.j. 11

⁵⁴ STC EXP. N°. 3509-2009-PHC/TC, f.j. 20

⁵⁵ STC EXP. N°. 05350-2009-PHC/TC, f.j. 32.

En síntesis, para determinar si hubo o no violación del derecho a un plazo razonable, debió evaluarse, caso por caso, la conducta del procesado, así como otros aspectos que pudiesen determinar a quién o a quiénes les es imputable la dilación indebida del proceso.

- **Sobre la reducción de la pena por la exclusión del delito de asociación ilícita para delinquir**

La Ejecutoria Suprema señaló, en el párrafo 334:

“(...) sumado a que respecto al delito de Asociación Ilícita; los encausados señalados en el acápite setenta y tres de la presente Ejecutoria Suprema, éstos fueron objeto de proceso por el delito de Asociación Ilícita, sin que exista denuncia fiscal; fundamentos por los cuales, este Supremo Tribunal considera necesario que se disminuya la sanción penal impuesta por el Tribunal Superior”,

La redacción es poco clara, ya que podría ser interpretada de dos maneras:

- Que la supuesta afectación al principio acusatorio tiene como consecuencia la disminución de la pena y,
- Que al sentenciarse únicamente por dos delitos, y no por tres como lo hizo la sentencia impugnada, debe conllevar la disminución de la pena.

Sobre el primer supuesto, queda claro que no existe sustento legal alguno que indique que la supuesta vulneración del principio acusatorio tenga como efecto la reducción de una pena.

En relación con el segundo supuesto⁵⁶, como se recuerda, la condena impugnada correspondía inicialmente a tres delitos: homicidio calificado, secuestro agravado y asociación ilícita para delinquir. El que uno de ellos fuera descartado (por la prescripción de la misma o por la afectación del principio acusatorio), no puede originar una disminución de la pena.

En la versión original del Código Penal de 1991 (vigente al momento de la comisión de los hechos juzgados), se establecía que si se juzgaban varios delitos, el Juez debería de fijar como pena un *quantum* que varía entre los límites señalados para el delito de mayor gravedad. Así, el artículo 50° disponía lo siguiente:

“Cuando concurren varios hechos punibles que deben considerarse como otros tantos delitos independientes, se impondrá la pena del delito más grave, debiendo el Juez tener en cuenta los otros, de conformidad con el artículo 48.”

⁵⁶ Si bien esto no se desprende tan claramente del texto de la sentencia, en las diversas entrevistas públicas el Magistrado Javier Villa Stein ha sostenido de manera uniforme que la reducción de un delito, en este caso asociación ilícita, conlleva necesariamente a la reducción de la pena.

Es claro que en este modelo la existencia de otros delitos no implica, como en la actualidad, una sumatoria de penas sino únicamente determinar o individualizar la misma dentro de los márgenes de la pena del delito mayor.

Ahora bien, cabe preguntarse si la no consideración de un delito (de los tres sentenciados originalmente), implica necesariamente la disminución de la pena. Ello, en el presente caso, no ha sido sustentado y por el contrario, desconoce que el delito de mayor gravedad no era asociación ilícita sino homicidio calificado, con lo cual nuevamente la Ejecutoria Suprema presenta una seria deficiencia en su fundamentación.

Adicionalmente, se debe precisar que la imposición de la pena máxima no sólo puede originarse en el hecho de existir un concurso real de delitos, ya que incluso en el caso de haberse cometido un solo delito, debido a las circunstancias y forma de su comisión, como el contexto y daño infligido a las víctimas, el Juez puede imponer el máximo de la pena, conforme a los artículos 45º y 46º del Código Penal.

En consecuencia, resultaría errado sostener que la no existencia de un delito origina automáticamente una reducción de la pena, debiendo la Ejecutoria, si se optó por ese criterio fundamentar adecuadamente su razonamiento. Nuevamente nos encontramos aquí bajo una falta de motivación, en un aspecto de especial relevancia como es la determinación de la pena en casos de delitos de lesa humanidad o de graves violaciones de derechos humanos.

3.2.3. Sobre la exclusión del delito de asociación ilícita para delinquir por no haber sido considerado en la denuncia fiscal

Según la Ejecutoria Suprema analizada, en la tramitación del proceso se ha vulnerado el principio acusatorio en lo que respecta al delito de asociación ilícita para delinquir, por lo que debe ser excluido del contenido de la sentencia condenatoria.

Al respecto se debe de realizar, en primer lugar, una revisión de la forma en la que se llevó el proceso en relación con el citado delito:

- El 7 de abril de 1995 se formalizó la denuncia penal en el caso Barrios Altos, contra: Julio Salazar Monroe, Santiago Martin Rivas, Nelson Carbajal García, Juan Sosa Saavedra o Jesús Antonio Sosa Saavedra o Juan Sosa Flores y Hugo Coral Goycochea, por los delitos de Homicidio Calificado y Lesiones Graves.
- Posteriormente, el 6 de abril de 2001, el Ministerio Público formuló una denuncia ampliatoria contra otros 15 imputados, por los delitos de Homicidio Calificado y Lesiones Graves.⁵⁷

⁵⁷ Vladimiro Montesinos Torres, Juan Nolberto Rivero Lazo, Nicolás de Bari Hermoza Ríos, Federico Augusto Navarro Pérez, Fernando Rodríguez Zabalbeascoa, Julio Chuqui Aguirre, Wilmer Yarlequé Ordinola, Juan Pampa Quilla (cómplice), Carlos Eliseo Pichilingue Guevara, Miguel o José Pino Díaz, Fernando Lecca Esquén, Pedro Guillermo o Juan Suppo Sánchez, Gabriel Orlando Vera Navarrete, Shirley Rojas Castro y César Héctor Alvarado Salinas.

- Una vez recibida la denuncia fiscal, el 7 de abril de 2001, la Jueza Penal dictó la ampliación del auto de apertura de instrucción, comprendiendo a los procesados antes referidos por los ilícitos contenidos en el artículo 108° y 121°, tal como se solicitó en la ampliación de denuncia fiscal. Además, la Jueza Penal, argumentando que le corresponde definir la tipificación específica de los hechos denunciados por el Ministerio Público (artículo 77° del Código de Procedimientos Penales), amplió la instrucción por el delito contra la Tranquilidad Pública – Agrupación Ilícita.
- El 10 de abril de 2001, la Fiscal Provincial emitió una resolución dando cuenta de la notificación del auto apertorio de instrucción y de, manera expresa, señaló en el punto 1, que:

“Es de verse del auto en mención que vuestra Judicatura ha dispuesto abrir instrucción a los procesados objeto de nuestra denuncia ampliatoria, por delito de Asociación Ilícita; sin embargo no se ha comprendido a las personas inicialmente procesadas, quienes por su participación en los hechos, se encuentran también involucrados en la comisión del referido ilícito; por tanto, solicito a su Judicatura se AMPLÍE el Auto Apertorio de Instrucción, a fin de comprender a los procesados Julio Salazar Monroe, Santiago Martín Rivas, Nelson Carbajal García, Juan Sosa Saavedra o Jesús Antonio Sosa Saavedra o Juan Sosa Flores y Hugo Coral Goycochea, por delito de Asociación Ilícita – en agravio de la Sociedad”. (subrayado nuestro)

- El 29 de abril de 2001, se amplió el auto apertorio de instrucción para comprender a Julio Salazar Monroe, Santiago Martín Rivas, Nelson Carbajal García, Juan Sosa Saavedra y Hugo Coral Goycochea, como presuntos autores del delito contra la Tranquilidad Pública – Agrupación Ilícita en agravio de la Sociedad y el Estado.
- Con Dictamen N° 118-2004, del 26 de febrero de 2004, la Primera Fiscalía Superior Penal Especializada, señaló que:

“con el auto apertorio de instrucción de fs. 2884, se ha iniciado proceso por Asociación Ilícita sin que el Ministerio Público, que constitucionalmente ostenta la titularidad de la acción penal, haya formulado denuncia por este delito, por lo que, tratándose de un vicio insalvable deberá resolverse la nulidad del auto apertorio en dicho extremo y disponerse la remisión de los actuados al Fiscal Provincial a fin de que se pronuncie con respecto a este ilícito”.

- Mediante Resolución del 10 de marzo del 2004, la Sala Penal Especial resolvió declarar improcedente el pedido de nulidad del Fiscal Superior, por considerar que el auto apertorio de instrucción, de fecha siete de abril del 2001, adquirió firmeza (*consentida*), al no haber sido impugnado por la Fiscal Provincial. Asimismo, dicha Sala señaló que ello no constituye un vicio de naturaleza insubsanable al

considerar que durante todo la instrucción se ha verificado la observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional, además del cumplimiento de garantías para el procesado.

- Con relación a este delito, la Ejecutoria Suprema expedida por la Sala Permanente de la Corte Suprema, expuso lo siguiente:

61. *La defensa del encausado Vladimiro Montesinos Torres en su recurso de nulidad sostiene como agravio la vulneración del principio acusatorio al haber sido condenado por delito de asociación para delinquir, sin que exista denuncia fiscal; en consecuencia, este Supremo Tribunal procederá a desarrollar la importancia de este principio para el proceso penal.*

(...)

67. *Que, recibida la denuncia fiscal, la Juez Penal dictó la ampliación del auto apertorio de instrucción, el siete de abril de dos mil uno, comprendiendo a los procesados antes referidos por los ilícitos contenidos en el artículo ciento ocho y ciento veintiuno, tal como se señaló en la ampliación de denuncia fiscal – así como amplió instrucción por delito contra la Tranquilidad Pública – **Agrupación Ilícita** - en agravio de la Sociedad, contenido en el artículo trescientos diecisiete del Código Penal, sin que exista para ello una formulación de denuncia previa (sic).*

- En los párrafos 68 al 72, el Tribunal Supremo sostuvo que se produjo una grave irregularidad que fue advertida por el Fiscal Superior, en su dictamen acusatorio, solicitando la nulidad del auto apertorio en el extremo referido al delito de Asociación Ilícita. No obstante ello, la Sala Penal Superior declaró improcedente dicho pedido, pese a tratarse – según ellos - de un vicio insubsanable.

73. *En consecuencia, conforme a la definición realizada líneas arriba, al haber emitido una sentencia condenatoria por delito de Asociación Ilícita sin que exista una formalización de denuncia por dicho ilícito, aún cuando se abrió instrucción; pues como consecuencia de ello se llevó a cabo un proceso penal sin observar dichas garantías constitucionales, razón por la cual, este procedimiento deviene en nulo; toda vez que partiendo de los lineamientos establecidos en el principio acusatorio, ese acto procesal generó no sólo que la condena emitida contra el encausado Montesinos Torres sea nula – respecto del delito de Asociación Ilícita-, sino también, ello se hace extensivo a quienes de igual manera se les abrió instrucción por un delito que no fue materia de denuncia fiscal, esto es, contra: **Juan Nolberto Rivero Lazo, Nicolás De Bari Hermoza Ríos, Federico Augusto Navarro Pérez, Fernando Rodríguez Zabalbeascoa, Wilmer Yarlequé Ordinola, Carlos Elíseo Pichilingue Guevara, Miguel o José Pino Díaz, Fernando Lecca Esquén, Gabirel Orlando Vera Navarrete y César Héctor Alvarado Salinas**, deviniendo en nulo todo lo actuado en relación al delito de asociación ilícita para delinquir respecto de los encausados antes mencionados, así como el extremo de la sentencia que los condenó por*

el referido delito, aunque no hayan recurrido dicho extremo de la condena.

- **La supuesta ausencia de la denuncia fiscal por asociación ilícita para delinquir como vicio insubsanable.**

A criterio de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema la falta de imputación respecto del delito de asociación ilícita en la denuncia fiscal deviene en nulidad insubsanable porque afecta el principio acusatorio y el derecho a la defensa, y en consecuencia, no puede ser objeto de sanción.

Dicha Sala Penal Suprema arribó a esta conclusión sin tomar en cuenta que, para determinar si existió vicio insubsanable y por lo tanto, declarar la nulidad de lo actuado en este extremo, se debió analizar si se afectó o no el derecho de defensa por la omisión de imputar en la denuncia penal el cargo por asociación ilícita.

En el caso materia de análisis, la Fiscal Provincial expresó su conformidad con el contenido del auto apertorio de la Jueza Penal e incluso solicitó que se ampliara la investigación por el delito de Asociación Ilícita en contra de los procesados que inicialmente no comprendió la denuncia fiscal del 7 de abril de 1995. Es decir, que el Ministerio Público mostró su aceptación tácita a la decisión del Poder Judicial.

Este es un acto relevante pues a partir de ahí se puede determinar si en realidad la *falta de denuncia*, constituye un vicio insubsanable o no. Al respecto, el artículo 289° del Código de Procedimientos Penales establece que constituyen causales de nulidad:

1. *Cuando en la sustanciación de la instrucción, o en la del proceso de juzgamiento, se hubiera incurrido en graves irregularidades u omisiones de trámite o garantías establecidas por la Ley Procesal Penal;*
2. *Si el Juez que instruyó o el Tribunal que juzgó no era competente;*
3. *Si se ha condenado por un delito que no fuera materia de la instrucción o del Juicio Oral, o que se haya omitido instruir o juzgar un delito que aparece de la denuncia, de la instrucción o de la acusación.*

No procede declarar nulidad tratándose de vicios procesales susceptibles de ser subsanados; o que no afecten el sentido de la resolución. Los jueces y Tribunales están facultados para completar e integrar en lo accesorio, incidental o subsidiario, los fallos o resoluciones judiciales (...).

El recurso de nulidad es un medio impugnatorio de especial relevancia en el proceso penal por sus propios efectos⁵⁸ y, por ende, la determinación de una nulidad procesal dependerá de la violación o afectación de garantías constitucionales de la partes, especialmente de las del imputado. En esa medida, como señala César San Martín:

⁵⁸ García Rada, Domingo. *Manual de Derecho Procesal Penal*, EDDILI, Lima, 1984. p. 329

*“La nulidad no se declarará tratándose de vicios procesales susceptibles de ser subsanados o que no afecten el sentido de la resolución (principio de conservación de los actos procesales). Obviamente, no cabe subsanación de nulidades absolutas, cuando exista manifiesta falta de competencia del tribunal de instancia, cuando se realicen actos procesales bajo violencia o intimidación o cuando se prescinda de modo grave de las normas esenciales del procedimiento o con infracción de los principios de audiencia, asistencia y defensa, **siempre que se haya producido efectiva indefensión**”⁵⁹. –el resaltado es nuestro–.*

Así, la nulidad absoluta es aquella que viola formas procesales que están directamente vinculadas o que reglamentan garantías procesales indisponibles por los particulares, como por ejemplo, la prohibición de declarar contra sí mismo, el juez natural, la imparcialidad, el derecho a ser oído, entre otras. Es decir, aquellas que interesan al orden público, como las formas sustanciales del proceso penal.

No toda irregularidad es de tal magnitud que impida al acto cumplir con las finalidades para el cual fue establecido en orden al derecho o garantía que se dice violado. Es por demás conocido la no aceptación de la nulidad por la nulidad misma, ella sólo puede ser pronunciada cuando el incumplimiento de las formas se traduce en un efectivo menoscabo a los intereses de la defensa.⁶⁰

En consecuencia, lo que se debe analizar es si la actuación de la Fiscal Provincial (al no formular denuncia) conllevó a una vulneración del derecho a la defensa. Solo así se puede concluir que, en efecto, se trató de un vicio insubsanable.

En tal sentido, la nulidad sólo puede operar cuando la forma en que ha sido introducida la calificación jurídica al proceso (en el auto apertorio) convierte a la sentencia en una de carácter sorpresivo, y por tanto, los imputados no han tenido la oportunidad de defenderse.

En el presente caso, la calificación por asociación ilícita estuvo presente en el auto apertorio de instrucción, así como en la acusación y en el auto de enjuiciamiento. Por ende no se puede alegar indefensión.

En efecto, todos los acusados tuvieron conocimiento de la imputación por el delito de asociación ilícita durante la instrucción. Y no solo ello, sino también que se defendieron de dicha imputación. Al respecto se plantearon excepciones que fueron declaradas improcedentes mediante la sentencia del 1° de octubre del 2010. Así, la Primera Sala Penal Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima señaló:

“1.19 Con el voto singular de la señora Hilda Piedra Rojas: Excepción de prescripción de la acción penal por delito contra la tranquilidad pública –asociación ilícita para delinquir–, deducidas por las defensas de los procesados Alvarado Salinas, Cubas Zapata, Carbajal García y Pino Díaz (Sesión 231), Pinto Cárdenas

⁵⁹ San Martín Castro, César. *Derecho Procesal Penal*, Volumen II, GRIJLEY, 1999, p.747

⁶⁰ Juárez, Juana. “Nulidades en el Proceso Penal”, 2008, p. 5. Ensayo publicado en: http://www.unsta.edu.ar/unsta/derecho/Materias/DER_PROC_GRAL_PENAL/Nulidad%20en%20el%20proceso%20Penal/Nulidad%20en%20el%20Proceso%20Penal.pdf

(Sesión 246 y 247); Rodríguez Zabalbeascoa (Sesión 251); por Sosa Saavedra (Sesión 257 y 258); Yarlequé Ordinola (Sesión 263); y Montesinos Torres (Sesión 271). Se trata de derechos que han sido materia de anterior pronunciamiento”.

En el presente caso, desde el 2001, los imputados tomaron conocimiento de la decisión mediante la cual se les inició proceso por el delito de asociación ilícita, lo que les permitió conocer de la imputación y ejercer su derecho de defensa. Por ende, no se puede concluir que hubo una irregularidad que conlleve a un vicio insalvable lesivo del derecho de defensa.

Cabe señalar además que el caso Barrios Altos fue acumulado al Expediente 044-2002 (Caso Pedro Yauri), en el mismo que desde un inicio se imputó a los procesados el delito de Asociación Ilícita, habiendo tenido también la oportunidad de ejercer su defensa.

3.2.4. Sobre la prescripción del delito de asociación ilícita para delinquir por no constituir un crimen de lesa humanidad

Respecto a otros procesados, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema declaró “prescrita” la acción penal por el delito de Asociación Ilícita, tomando en consideración que “se está ante delitos comunes”.

Al respecto, cabe sostener que -como se ha indicado - el denominado grupo “Colina” fue una agrupación destinada a la eliminación física de personas, mediante la desaparición, tortura o ejecución extrajudicial de manera sistemática. En tanto que los crímenes que cometieron constituyen delitos de lesa humanidad, el delito de asociación ilícita para delinquir debe recibir las mismas consecuencias jurídicas; es decir, este delito también deviene en un crimen de lesa humanidad.

Al respecto, por ejemplo, la Corte Suprema de Argentina ha sostenido, en un caso donde se cuestionaba que el delito de asociación ilícita para delinquir constituya lesa humanidad, que:

“no podría sostenerse que si los homicidios, la tortura y los tormentos, la desaparición forzada de personas, son delitos contra la humanidad, el formar parte de una asociación destinada a cometerlos no lo sea, pues constituiría un contrasentido tal afirmación, toda vez que este último sería un acto preparatorio punible de los otros (...) Así, por ejemplo lo estatuyen los arts. 2, y 3 inc. b de la Convención para Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, que incluye dentro de los actos castigados la “asociación para cometer genocidio”⁶¹.

⁶¹ Corte Suprema de Argentina. Causa N° 259. Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/ homicidio calificado y asociación ilícita y otros. Sentencia de 24 de agosto de 2004, f.j. 13. Disponible en: <http://www.mpf.gov.ar/Institucional/UnidadesFE/Arancibia-Clavel-CSJN.pdf>

En consecuencia, la Corte Suprema de Argentina concluye que, “dentro de la clasificación de los crímenes contra la humanidad, también se incluye el formar parte de una organización destinada a cometerlos, con conocimiento de ello”⁶².

Asimismo, debe tomarse en consideración que el artículo II de la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, dispone que:

“Si se cometiere alguno de los crímenes mencionados en el artículo I, las disposiciones de la presente Convención se aplicarán a los representantes de la autoridad del Estado y a los particulares que participen como autores o cómplices o que inciten directamente a la perpetración de alguno de esos crímenes, o que conspiren para cometerlos, cualquiera sea su grado de desarrollo, así como a los representantes de la autoridad del Estado que toleren su perpetración”⁶³.

En suma, el formar parte de una organización destinada a cometer crímenes de lesa humanidad, también resulta un delito imprescriptible. Por tanto, la decisión de la Sala de declarar la prescripción de este delito va en contra de lo establecido por la Corte Interamericana y por el propio Tribunal Constitucional, que prohíben la admisibilidad de disposiciones de prescripción y otros para graves violaciones de derechos humanos.

IV. VULNERACIÓN DEL DERECHO DE ACCESO A LA JUSTICIA Y DEL DERECHO A LA VERDAD.

En el presente caso, la decisión de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema ha incumplido con garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva, amparado por el artículo 139, inciso 3, de la Constitución Política del Perú.

Al respecto, el Tribunal Constitucional ha afirmado que:

“el derecho de acceso a la justicia—que forma parte del contenido del derecho de tutela judicial efectiva— no se agota en prever mecanismos de tutela, en abstracto, sino que supone posibilitar al justiciable la obtención de un resultado óptimo”⁶⁴.

En relación con esta obligación frente a violaciones graves a los derechos humanos, conforme se ha desarrollado en la primera parte de este informe⁶⁵, el máximo intérprete de la Constitución ha establecido que el acceso a la justicia importa también la

⁶² Corte Suprema de Argentina. Op. cit, f.j. 17

⁶³ Sobre la vigencia de la referida Convención sobre Imprescriptibilidad, si bien el Perú al momento de ratificarla, en el año 2003, estableció que su adhesión regiría sólo “para los crímenes que consagra la Convención, cometidos con posterioridad a su entrada en vigor para el Perú” (Decreto Supremo N° 080-2003-RE, de 25 de junio de 2003. Artículo Único), esta reserva carece de validez y eficacia jurídica pues contradice el objeto y fin del Tratado: el que los delitos de lesa humanidad no prescriban “cualquiera sea la fecha de su comisión” (artículo 1). Así lo estipula la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, en su artículo 19.c: “Un Estado podrá formular una reserva (...) a menos que (...) la reserva sea incompatible con el objeto y fin de tratado”. En ese sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional en la STC N° 0024-2010-PI/TC, f.j. 42.

⁶⁴ STC EXP. N°. 01087-2004-PA/TC, f.j. 3-4.

⁶⁵ Capítulo I, acápite 2.2

obligación de los jueces de tramitar los procesos judiciales de manera idónea y efectiva, “*determinando las figuras delictivas aplicables a tenor de las disposiciones del Derecho Internacional que resulten aplicables*”⁶⁶, además de la imposibilidad de recurrir a disposiciones como prescripción, amnistía o cualquier otro mecanismo que busque generar impunidad en estos casos.

Por otro lado, el derecho a la verdad está íntimamente vinculado con el derecho de acceso a la justicia, pues mediante éste el Estado debe garantizar a los familiares de víctimas de graves violaciones de derechos humanos conocer “*las circunstancias en que se cometieron las violaciones de los derechos humanos y, en caso de fallecimiento o desaparición, del destino que corrió la víctima*”. En tal sentido, “*por su propia naturaleza, el derecho a la verdad es de carácter imprescriptible*”.⁶⁷

Este derecho constituye un medio importante de reparación para la víctima y sus familiares y da lugar a una expectativa que el Estado debe satisfacer. De otro lado, el conocer la verdad facilita a la sociedad la búsqueda de formas de prevenir este tipo de violaciones en el futuro⁶⁸.

En el presente caso, los jueces han incurrido en la vulneración de los derechos a la tutela judicial efectiva (acceso a la justicia) y a la verdad por las siguientes consideraciones:

Primero, no han cumplido con aplicar a los delitos perpetrados por el Grupo “Colina” las figuras delictivas conforme al derecho internacional de los derechos humanos que, en este caso, corresponde a la calificación de lesa humanidad, conforme lo ha establecido la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Constitucional peruano.

Esto genera no solo la relativización de la magnitud y la gravedad de los hechos de Barrios Altos, El Santa y Pedro Yauri, sino también la posibilidad de que –al ser calificados de meros delitos comunes– su impunidad sea tolerada, dejándose de lado la prohibición de disposiciones de amnistía, prescripción y el establecimiento de otras excluyentes de responsabilidad proscritos para los crímenes de lesa humanidad.

Segundo, el hecho que para la Corte Suprema estos ilícitos no configuren crímenes de lesa humanidad, conllevó a la anulación de la condena por asociación ilícita, amparándose en la prescripción de la acción penal. Igualmente, sirvió de base para

⁶⁶ STC. EXP. N° 2798-04-HC/TC, f.j. 13

⁶⁷ STC. EXP. N° 2488-2002-PHC/TC, f.j. 8

⁶⁸ Corte IDH. Caso Blanco Romero y otros vs. Venezuela. Sentencia de 25 de noviembre de 2008, párr. 95 y 96.

fundamentar –entre otros– una rebaja de penas de entre tres y cinco años. Es decir, se generó impunidad en un delito, y se benefició a los responsables de estos ilícitos internacionales.

Tercero, el desconocimiento de la naturaleza de lesa humanidad de los delitos cometidos por el Grupo Colina implicó negar la forma y circunstancias en las que verdaderamente ocurrieron los hechos. Por ejemplo, la exclusión del delito de asociación ilícita como consecuencia de dicho desconocimiento, supuso negar la existencia de una organización criminal destinada a perpetrar asesinatos y desapariciones de manera sistemática, y que ésta actuaba dentro de una política de Estado.

Por tanto, los magistrados de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema han vulnerado los derechos de acceso a la justicia y a la verdad que ampara a las víctimas y sus familiares, y además –en el caso del último– a la sociedad en su conjunto.

V.- RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO PERUANO POR EL INCUMPLIMIENTO DE SUS OBLIGACIONES INTERNACIONALES.

En el derecho internacional de los derechos humanos, el incumplimiento de las obligaciones en materia de derechos humanos por parte de un Estado acarrea la comisión de un hecho internacionalmente ilícito que genera responsabilidad internacional.

Las consecuencias jurídicas para un Estado que incurre en responsabilidad internacional son diversas. En primer lugar, el Estado debe poner fin a la violación y garantizar mediante medidas concretas que ésta no se repetirá. Igualmente, debe reparar integralmente el perjuicio moral y material ocasionado. Además, existe una sanción moral internacional hacia el Estado, de parte de la comunidad internacional.

De igual forma, implica un desconocimiento a los compromisos asumidos ante los órganos de Naciones Unidas, a través del Examen Periódico Universal (EPU 2008) en el cual, acogiendo las recomendaciones de diversos Estados, el Perú se comprometió al cumplimiento de las recomendaciones formuladas por la Comisión de la Verdad y Reconciliación, en lo que respecta a los temas de justicia, reparación y reformas institucionales⁶⁹.

5.1. Implicancias ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

En atención a estas consideraciones, son dos las consecuencias prácticas para el Estado peruano ante el Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos:

⁶⁹ Al respecto, ver: <http://www.politicaspUBLICAS.net/panel/onudh/informes-ddhh/285-ddhh-pe/614-epu-2008-peru.html>

Primero: en el marco de la sentencia en el caso “Barrios Altos”, al desconocer la obligación expresa de juzgar y sancionar *debidamente* las graves violaciones de derechos humanos o delitos de lesa humanidad perpetrados por el Grupo “Colina”, el Estado peruano continuaría incumpliendo con su obligación de garantizar a las víctimas su derecho de acceso a la justicia.

Ello porque el deber de investigar no se agota con el trámite formal del proceso penal, sino que debe ser capaz de garantizar un efectivo acceso a la justicia de las víctimas y sus familiares, a través de una sentencia que refleje la naturaleza y dimensión real de los hechos y que establezca sanciones proporcionales a la gravedad de los mismos. Lo que en el presente caso no ha sucedido.

De igual modo, el hecho que en la sentencia de la Corte Interamericana sobre el caso Barrios Altos no se mencione explícitamente “delitos de lesa humanidad” sino “graves violaciones de derechos humanos”, no impide desconocer que posteriormente este Tribunal determinó, en su sentencia sobre el caso La Cantuta (2006), que los crímenes del grupo Colina fueron parte de un ataque sistemático dirigido contra sectores especiales de la población civil y por tanto los calificaron de lesa humanidad. En atención a ello, y atendiendo que los Estados se encuentran vinculados por toda la jurisprudencia emanada por la Corte IDH, los jueces supremos debieron tomarlo en consideración.

Segundo: El Estado peruano ha incumplido con las obligaciones derivadas de los artículos 1.1., 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en perjuicio de los familiares de los desaparecidos de El Santa y del periodista Pedro Yauri. En tal medida, de agotarse los recursos internos sin que se les haya garantizado efectivamente su derecho de acceso a la justicia, conforme a los estándares internacionales ya desarrollados, tendrían la vía expedita para acudir al Sistema Interamericano de Derechos Humanos por el incumplimiento de sus obligaciones internacionales.

VII. ANEXOS

1. Resolución de fecha 7 de abril del 2001, mediante la cual la Juez Penal Titular Especial, doctora Victoria Sánchez Espinoza abre instrucción contra 15 implicados del Grupo Colina, por los delitos de homicidio calificado, lesiones graves y agrupación ilícita (asociación ilícita). (7 folios)
2. Denuncia fiscal ampliatoria del 10 de abril del 2001, mediante la cual la Fiscal Provincial Especializada, Flor de María Alba López, solicita la ampliación del auto apertorio de instrucción a fin de comprender a otros 5 implicados por el delito de asociación ilícita. (2 folios)
3. Resolución del 29 de abril del 2001, mediante la cual la Juez Penal Titular Especial amplía el auto apertorio de instrucción contra los denunciados por el delito de agrupación ilícita. (4 folios)
4. Dictamen de fecha 26 de febrero del 2004, mediante el cual el Fiscal Superior Titular de la Primera Fiscalía Superior Penal Especializada, Pablo Sánchez Velarde solicita la nulidad del auto apertorio de instrucción de fecha 7 de abril del 2001. (2 folios)
5. Resolución de fecha 10 de marzo del 2004, mediante el cual la Sala Penal Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima resuelve el pedido del Fiscal Superior Penal declarando improcedente el pedido de nulidad. (6 folios)
6. Partes pertinentes del Dictamen Fiscal de fecha 11 de mayo del 2005, mediante el cual la Primera Fiscalía Superior Penal Especializada haber mérito para pasar a juicio oral por los delitos de homicidio calificado, **asociación ilícita para delinquir**, secuestro agravado y desaparición forzada de personas (4 folios).
7. Resolución aclaratoria de fecha 24 de julio, emitida por los Señores Vocales Supremos, Salas Arenas, Miranda Molina y Morales Parraguez, sobre el principio acusatorio, calificación del delito contra la humanidad o lesa humanidad y el respeto al derecho a la defensa. (1 folio)
8. Partes pertinentes de la transcripción del Acta de la Sesión N° 231, llevada a cabo el 17 de junio del 2009, en la cual la defensa de los procesados Alvarado Salinas, Cubas Zapata, Carbajal García y Pino Díaz formula sus alegatos en relación a la calificación de los delitos como delitos de lesa humanidad (6 folios).
9. Partes pertinentes de la Transcripción del Acta de la Sesión N° 246, llevada a cabo el 31 de agosto del 2009, en la cual la defensa del procesado Pinto Cárdenas presenta una excepción de naturaleza de acción respecto al delito de asociación ilícita para delinquir y se refiere también a la no aplicación de la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad (17 folios).
10. Partes pertinentes de la Transcripción del Acta de la Sesión N° 247, llevada a cabo el 2 de septiembre del 2009, en la cual la defensa del procesado Pinto Cárdenas oraliza sus alegatos respecto a la excepción de naturaleza de acción del delito de

asociación ilícita y la prescripción del citado ilícito argumentando la irretroactividad en la aplicación de la Convención sobre la imprescriptibilidad de delitos de lesa humanidad y el Estatuto de Roma. Igualmente, se refiere a los delitos de lesa humanidad (16 folios).

11. Partes pertinentes de la Transcripción del Acta de la Sesión N° 263, llevada a cabo el 18 de noviembre del 2009, en la cual la defensa del procesado Yarlequé Ordinola deduce excepción de prescripción por el delito de asociación ilícita por no tener la condición de delito de lesa humanidad (5 folios).
12. Partes pertinentes de la Transcripción del Acta de la Sesión N° 266, llevada a cabo el 9 de diciembre del 2009, en la cual la defensa del procesado Montesinos Torres oraliza su pedido de excepción de cosa juzgada por el delito de asociación ilícita y a la vez sustenta deduce la nulidad del juicio oral por graves omisiones incurridas en la tramitación del proceso debido a la inclusión en el mismo del delito de asociación ilícita para delinquir (33 folios).

Lima, agosto de 2012

EDUARDO VEGA LUNA
DEFENSOR DEL PUEBLO (e)

GISELLA VIGNOLO HUAMANÍ
ADJUNTA PARA LOS DERECHOS HUMANOS
Y LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

FERNANDO CASTAÑEDA PORTOCARRERO
ADJUNTO EN ASUNTOS CONSTITUCIONALES (e)