
LA PENA DE MUERTE EN LA CONSTITUCIÓN DE 1993

Carolina Loayza Tamayo

Profesora de Derecho Internacional Público en la Universidad de Lima. Investigadora en temas del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos. Miembro de la Comisión de Derechos Humanos del Colegio de Abogados de Lima

1. INTRODUCCIÓN

La Constitución de 1993 introdujo múltiples cambios, en algunos casos de redacción, relacionados con la celebración de tratados¹, política exterior, etc.; y, en otros casos, afectó derechos fundamentales de la persona humana, como el derecho a la vida², a las garantías judiciales³, etc., violando sus obligaciones internacionales en esta materia.

Si bien nuestro país se encuentra inmerso en diversos sistemas de protección internacional de los derechos humanos⁴, está

1 Nos referimos principalmente al artículo 55 de la Constitución, que respecto al artículo 101 de la Carta Magna de 1979, suprime la jerarquía superior del tratado frente a la ley en caso de conflicto. Asimismo, al artículo 56, que convierte en regla general la celebración de los tratados sin la exigencia de la aprobación legislativa y como regla excepcional dicha aprobación en los casos establecidos taxativamente por la norma constitucional. Finalmente, nos referimos a la supresión de las normas contenidas en los artículos 105 y 106 de la Constitución de 1979, que consagraba la jerarquía constitucional a los preceptos contenidos en los tratados de derechos humanos, así como a la jerarquía superior de los tratados de integración.

2 El artículo 140 de la Constitución de 1993 amplió las causales de pena de muerte, a los delitos de terrorismo y traición a la Patria, en manifiesta contravención con sus obligaciones internacionales asumidas por el Perú, específicamente del artículo 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de la que nuestro país es Estado parte.

3 La Constitución de 1993, al permitir el juzgamiento de personas civiles por la jurisdicción militar, los desvió de su juez natural.

4 Nuestro país participa en los sistemas universal y regional de protección de los derechos humanos. En las Naciones Unidas (NN UU), el sistema puede ser institucional y convencional. De este modo las personas que consideren violados los derechos consagrados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos pueden

íntimamente vinculado al sistema interamericano de derechos humanos, en virtud de que la mayoría de denuncias por violación de derechos humanos se han dirigido a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos —en adelante la Comisión—, el Perú ha sido demandado diez veces ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos —en adelante la Corte— habiéndosele encontrado responsable en siete oportunidades: el caso Neyra Alegría y otros, más conocido como “Caso Frontón”⁵, Castillo Páez⁶, Loayza Tamayo⁷, Castillo Petrucci y

otros⁸, Cantoral Benavides⁹, Ugarte y otro¹⁰, Cesti Hurtado¹¹. Dos casos se encuentran en trámite, el de los magistrados

presentar peticiones que contengan denuncias a la Comisión de Derechos Humanos de NNUU; o al Comité de Derechos Humanos, al Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial o al Comité contra la Tortura, si sus respectivos países han ratificado los tratados correspondientes y aceptado la competencia de dichos órganos. El Perú no ha aceptado la competencia del Comité contra la Tortura. En el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, al haber ratificado nuestro país la Convención Americana sobre Derechos Humanos y aceptado la competencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para los casos de denuncias de estados contra estados, así como la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, toda persona, grupo de personas, u organización no gubernamental reconocido en uno de los estados, podrá presentar denuncias individuales alegando violación de los derechos que consagra la Convención, pudiendo la Comisión llevar su caso a la Corte Interamericana.

- 5 Por la desaparición de las víctimas con ocasión del debelamiento del motín en el penal San Juan Bautista (El Frontón), ocurrido el 18 de junio de 1986. Las víctimas se encontraban detenidas, acusadas del delito de terrorismo.
- 6 Referido a la desaparición del estudiante universitario Luis Ernesto Castillo Páez, de 22 años de edad, el 21 de octubre de 1990, luego de que fuera detenido por miembros de la Policía Nacional del Perú.
- 7 El caso se vincula con la detención de la profesora María Elena Loayza por agentes de la Dirección Nacional contra el Terrorismo, por la sola sindicación de una terrorista y sin cumplir la investigación exigida por la ley. La señora Loayza fue incomunicada, sometida a tratos inhumanos, humillantes y degradantes; y procesada por el fuero militar, que la absolvió. Fue juzgada por el fuero civil basándose en los mismos

hechos de los que ya había sido absuelta, en contravención del principio *Non bis in idem* (artículo 8.4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos).

- 8 Se trata de cuatro ciudadanos chilenos que fueron detenidos, acusados de vinculación con la organización terrorista Movimiento Revolucionario Túpac Amaru, incomunicados, procesados y condenados por el fuero militar por el delito de traición a la patria, en aplicación de la legislación antiterrorista que viola el debido proceso.
- 9 Luis Alberto Cantoral Benavides, estudiante universitario, fue detenido y sometido a tratos inhumanos, humillantes y degradantes por agentes de seguridad de la Dirección Nacional contra el Terrorismo de la Policía Nacional. Procesado por el fuero castrense, fue absuelto por el Consejo de Justicia Militar, disponiéndose su libertad, la que no se ejecutó por haberse dispuesto erróneamente la libertad de su hermano, quien había sido condenado a 25 años de pena privativa de la libertad. El fiscal militar supremo formuló recurso de revisión, y el Consejo Supremo de Justicia lo absolvió del delito de traición a la patria, y dispuso que fuera puesto a disposición del fuero ordinario “por encontrar indicios de delito de terrorismo”. En el fuero civil, el señor Cantoral fue condenado a 20 años de privación de la libertad.
- 10 Se trata de hechos similares al caso Neyra Alegría y otros.
- 11 El señor Gustavo A. Cesti Hurtado, capitán del Ejército peruano, en retiro desde 1984. Al momento de producirse los hechos, era gerente general de Top Security S.A., que tenía celebrado un contrato de asesoría en materia de seguros con el Comando Logístico del Ejército peruano. En noviembre de 1996 se le inició proceso ante el fuero militar, acusado de los delitos de fraude, negligencia, desobediencia y delitos contra el deber y dignidad de la función, ordenándose en enero de 1997 su detención. Interpuesto un recurso de hábeas corpus a su favor, por considerar no competente el fuero militar para juzgarlo en razón de su condición de civil, fue declarado procedente por la Sala Especializada de Derecho Público de la Corte Superior de Lima, la cual ordenó que se sustrajera al señor Cesti del procedimiento en el fuero militar y que se dejara sin efecto la orden de detención. El 26 de febrero de 1997, el Consejo Supremo de Justicia Militar desconoció la citada resolución y dispuso la inmediata ejecución de la orden de detención, la que se materializó el 28 de febrero de 1997, posteriormente fue condenado a cuatro años de detención efectiva.

destituidos del Tribunal Constitucional¹² y el de Baruch Ivcher¹³. Sólo en un caso la Corte archivó una denuncia contra el Perú, el de Cayara¹⁴ al declarar fundadas las excepciones planteadas¹⁵.

2. EL VALOR DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

La jurisprudencia de un tribunal internacional en general, y en particular de la Corte, constituida por sus sentencias y opinio-

nes consultivas¹⁶, no sólo sirve para resolver cuestiones jurídicas planteadas en un caso concreto, sino también para esclarecer y desarrollar el sentido de las normas del tratado en aprecio y de contribuir de ese modo a su observancia por los estados partes¹⁷.

La Corte ha afirmado que la labor interpretativa que debe cumplir en el ejercicio de su competencia consultiva

... no sólo debe desentrañar el sentido, propósito y razón de las normas internacionales sobre derechos humanos sino, sobre todo, asesorar y ayudar a los Estados miembros y a los órganos de la OEA para que cumplan de manera cabal y efectiva sus obligaciones internacionales en la materia¹⁸.

Es en esta perspectiva que los estados partes en la Convención deben valorar las opiniones de la Corte. Considerando que una parte importante de su jurisprudencia se relaciona con el derecho peruano, la actuación de sus órganos jurisdiccionales —legislativo, ejecutivo, electoral, etc.— debe tenerse en cuenta para una futura adecuación de la legislación peruana a la Convención Americana sobre Derechos Humanos —en adelante la Convención—. De esta forma, se garantizará que nuestro país

12 Los magistrados del Tribunal Constitucional fueron cesados al rechazar una acción que permitiría la reelección del ex presidente Alberto Fujimori.

13 El caso Baruch Ivcher se inicia con la cancelación de su título de naturalización por autoridades del Ministerio del Interior. De los cinco casos, la Corte ha rechazado las excepciones preliminares planteadas por el gobierno peruano para impedir su pronunciamiento en los casos Cantoral Benavides y Cesti Hurtado, estando pendiente de resolver excepciones similares en los tres restantes.

14 Los hechos relacionados con el caso Cayara tuvieron como antecedente, una emboscada a un convoy militar del Ejército peruano el 17 de noviembre de 1988 por miembros del grupo terrorista Sendero Luminoso, en Erusco, anexo del distrito de Cayara, provincia de Víctor Fajardo, departamento de Ayacucho. El hecho produjo la muerte de un capitán del Ejército y de tres soldados, así como de cuatro senderistas. Al día siguiente, tropas militares ingresaron en el poblado de Cayara y asesinaron al primer habitante que encontraron; luego, llegaron a la Iglesia del poblado donde hallaron a cinco hombres y los fusilaron en el acto. En la tarde, mataron a los varones de la población que regresaban del campo. Los soldados enterraron a los muertos en un lugar cercano. En total fueron asesinadas entre 28 y 31 personas. Posteriormente, testigos de los hechos fueron arrestados y desaparecieron.

15 La Corte Interamericana declaró fundadas las excepciones planteadas por el gobierno peruano por haberse presentado la demanda contra el Perú por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, fuera del plazo establecido en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 51.1).

16 La función consultiva tiene como fin coadyuvar al cumplimiento de las obligaciones internacionales de los estados americanos en lo que concierne a la protección de los derechos humanos, así como al cumplimiento de las funciones que, en ese ámbito, tienen los distintos órganos de la OEA. Dichas opiniones no resuelven casos litigiosos, sino que establecen criterios de interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos.

17 CANÇADO TRINDADE, Antonio. CorteIDH. Caso Castillo Petruzzi y otros. Excepciones preliminares. Sentencia de 4 de setiembre de 1998, Voto concurrente, p. 2.

18 CorteIDH. Opinión consultiva OC-1 "Otros Tratados" de 24 de setiembre de 1992, párr. 25.

cumpla sus obligaciones internacionales, especialmente en el marco del citado tratado, y por ende garantice el respeto y vigencia de los derechos humanos en nuestro país, lo que constituye el fin supremo de la Carta Magna (véanse los artículos 1 y 44 de la Constitución de 1993).

3. LA PENA DE MUERTE EN EL PERÚ

La pena de muerte es la sanción que se ha aplicado desde tiempos muy remotos y continúa aplicándose en algunos países¹⁹, aunque en los dos últimos siglos ha surgido con fuerza una corriente abolicionista, que tiene en el marqués de Beccaria a uno de sus más importantes precursores²⁰.

La tendencia abolicionista ha sido explicada por Fernando de Trazegnies en el horror a la muerte que siente el hombre moderno, al afirmar

19 Según informe de Amnistía Internacional, en la actualidad 35 estados han abolido la pena de muerte para todos los delitos; 18 países sólo la mantienen para casos excepcionales, como ciertos delitos en tiempo de conflicto armado. Otros 27 estados y territorios no llevan a cabo ejecuciones. Es decir, aproximadamente 80 países —más del 40 por ciento de todas las naciones del mundo— han abolido la pena de muerte o no la aplican en la práctica.

20 El marqués de Beccaria, a través de su obra *De los delitos y de las penas* (1764), coadyuvó a que las penas se humanizaran. Asimismo, a que la tortura, la mutilación, la castración y otras penas similares fueran abandonadas, y que la pena de muerte se aplicara cada vez menos frecuentemente hasta casi desaparecer. Esta tendencia abolicionista se ha manifestado a través de la celebración de tratados: el 8 de junio de 1990 se aprobó, en Paraguay, el Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos relativo a la abolición de la pena de muerte, teniendo como estados signatarios a Costa Rica, Ecuador, Nicaragua, Panamá, Uruguay y Venezuela, de los cuales sólo han ratificado dicho instrumento Panamá y Venezuela el 28 de agosto de 1991 y el 6 de octubre de 1993, respectivamente. En el seno de NN UU, el 15 de diciembre de 1989, la Asamblea General aprobó

... todos somos abolicionistas. Aun los partidarios de la pena de muerte —salvo casos excepcionales— tienen la tendencia a pensar de esta manera: "La pena de muerte es indispensable para mantener la salud social. Pero que la apliquen otros. Yo sólo quiero enterarme por periódico"²¹.

Si bien a la fecha no se ha logrado la abolición definitiva de la pena de muerte en todos los estados, las normas internacionales —en materia de derechos humanos— han establecido las siguientes condiciones para su aplicación²²:

- Sólo podrá ser aplicada por "los delitos más graves", es decir, aquéllos con consecuencias mortales o extremadamente graves.
- Sólo podrá ser aplicada observándose las debidas garantías judiciales; en consecuencia: a) la pena de muerte sólo puede ser aplicada de conformidad con leyes que estén en vigor en el momento de la comisión de los hechos materia de juzgamiento, *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*; b) se debe respetar el derecho de toda persona condenada a muerte a apelar ante un tribunal de jurisdicción superior; y, c) sólo puede ser aplicada en cumplimiento de sentencia definitiva de tribunal competente.

el Segundo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, destinado a abolir la pena de muerte, por 59 votos contra 26 y 48 abstenciones. Dicho instrumento requiere de 10 ratificaciones y/o adhesiones para su entrada en vigor, las que aún no se han producido.

21 TRAZEGNIES, Fernando de. "Reflexiones sobre la pena de muerte". *Debate* 22. Lima, setiembre de 1983, p. 55.

22 Artículo 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, *inter alia*.

- Se prohíbe aplicar la pena de muerte a menores de edad y a mujeres en estado de gravidez.
- Se debe respetar el derecho de toda persona condenada a pena de muerte a solicitar el indulto o la conmutación de la pena.
- No se extenderá su aplicación a los delitos por los cuales no se aplique actualmente²³.
- No se aplicará por delitos políticos ni comunes conexos con los políticos,
- No se aplicará a personas mayores de 70 años.

Siguiendo la tendencia abolicionista, la Constitución peruana de 1979 (artículo 235), dispuso de manera excepcional:

"No hay pena de muerte sino por traición a la patria en caso de guerra exterior".

La norma constitucional citada, si bien aceptaba la pena de muerte, lo hacía de manera excepcional y restringida al delito de traición a la patria en caso de guerra exterior, fundándose en la gravedad del delito que pone en peligro la vida misma de la nación. Dicha Constitución de 1979, en relación con el régimen legal anterior, redujo las causales de pena de muerte en el Perú²⁴.

En opinión de Enrique Chirinos Soto expresada en su obra *La nueva Constitu-*

*ción al alcance de todos*²⁵, la pena de muerte carece de legitimidad y de utilidad, porque "la vida como don de Dios, sólo puede ser quitada por Dios" y porque "la experiencia ha demostrado que no disminuye la delincuencia". Tal como señala Chirinos Soto, la tendencia mayoritaria entre los constituyentes de 1978 se inclinó por el abolicionismo en materia de pena de muerte, con excepción del Partido Popular Cristiano (PPC) y el Frenatraca²⁶. Sin

el que practique acto dirigido a someter a la República en su totalidad o en parte a la dominación extranjera o a hacer independiente a una parte de la misma o al peruano que en el curso de una guerra, tome armas contra la República, se aliste en el ejército enemigo o le prestara cualquier ayuda o socorro. La ley 12346 estableció la pena de muerte en caso de sustracción de menores para explotación o pedir rescate y se produzca la muerte del menor; para aplicar la pena de muerte se requería la unanimidad de votos. Por ley 15590 se estableció la pena de muerte por delito de traición a la patria. Mediante decreto ley 17388 de enero de 1969 se extendió la pena de muerte a los autores de delitos en determinadas condiciones de rapto, contra el honor y la libertad sexual de menores y por asalto a mano armada. El decreto ley 18968, de 21 de setiembre de 1971, modificó los artículos 151 y 152 del Código Penal, estableciendo la pena de muerte sólo en los casos de traición a la patria, rapto o sustracción de menor con provocación de muerte, excluyendo los demás casos contemplados en el decreto ley 15590, para los que se fijaba la privación de la libertad. El decreto ley 19049 estableció la pena de muerte a quienes causaran la muerte de personas mediante explosivos o bombas, o le causaren heridas o daños graves. El decreto ley 19910, de 30 de enero de 1973, estableció la pena de muerte para los que a sabiendas mataran por ferocidad o lucro, para facilitar u ocultar otro delito, con crueldad o por veneno o por fuego, explosivos u otro medio capaz de poner en peligro la vida o la salud de un gran número de personas. Por decreto ley 20583, de 9 de abril de 1974, se estableció la pena de muerte para quienes hicieran sufrir el acto sexual o análogo a un menor de siete años de edad. Mediante decreto ley 20878, de 3 de diciembre de 1974, se permitió la aplicación de la pena de muerte en los casos de atentados contra personas por fines políticos.

25 Lima: Editorial Andina, 1980, p. 275.

26 Frente Nacional de Trabajadores y Campesinos, liderado por Róger Cáceres Velásquez.

23 Teniendo en cuenta la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que contiene tal disposición, el Perú estaría impedido de ampliar las causales de pena de muerte.

24 La Constitución peruana de 1933, en su artículo 54, establecía la pena de muerte para los delitos de traición a la patria y de homicidio calificados, y para todos aquellos que señale la ley. El decreto ley 10976 de 25 de marzo de 1949, modificatorio del Código Penal de 1924, estableció la pena de muerte para los delitos de homicidio del ascendiente, descendiente o cónyuge, al que mata por ferocidad, lucro o perfidia o con gran crueldad o con veneno y asimismo cuando se emplee un medio capaz de poner en peligro la vida o la salud de un gran número de personas; para

embargo, agrega Chirinos, no hubo inconveniente en acceder al "patriótico reclamo de Fernando León de Viviero, en orden de reservarla para el delito de traición a la Patria, cometido en guerra exterior"²⁷.

El 5 de abril de 1992, el presidente Alberto Fujimori "disolvió" el Congreso de la República del Perú e intervino el Poder Judicial, cesando a numerosos jueces y fiscales. Estos hechos fueron rechazados por los países miembros de la Organización de Estados Americanos por ser violatorios del sistema democrático de gobierno. Como salida política a esta situación, Fujimori, en la reunión convocada por el Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores de la OEA que se celebró en mayo de 1992 en las Bahamas, asumió el compromiso del retorno a la democracia en el país. Para ello, entre otras medidas, convocó a elecciones para elegir a los miembros del Congreso Constituyente Democrático (CCD), el que tendría, además de la función propia del Poder Legislativo, la de redactar un nuevo texto constitucional para reemplazar la Constitución Política de 1979.

En el curso de sus actividades, el CCD recibió insistentes pedidos para ampliar las causales de la pena de muerte en el Perú en el caso de delitos de terrorismo y de traición a la Patria y otros delitos graves²⁸.

27 En aplicación de la norma constitucional, el artículo 79 del Código de Justicia Militar (decreto ley 23214), estableció la pena de muerte para los casos típicos de traición a la patria por guerra exterior. El citado artículo 79 no hace las salvedades a que se refieren el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que prohíben la aplicación de la pena de muerte a menores de edad, a mujeres gestantes, a personas mayores de 70 años, etc. Sin embargo, como quiera que estas normas internacionales tienen plena fuerza legal en el Perú, por ser tratados ratificados por la República, y en vigor, los tribunales militares deben observarlos en cualquier caso.

28 *No a la pena de muerte. Podría ser uno de los tuyos. ¡No matarás!*. Lima: Coordinación de Pastoral de Dig-

Una de las razones que se expuso para fundamentar este pedido fue "hay que matar a todos los terroristas para acabar de una vez con tanta violencia"²⁹. Resulta evidente que el hecho de haber venido sufriendo la insania terrorista, fue el origen de tan emotivo pedido o propuesta.

El artículo 140 de la Constitución peruana de 1993 vigente, dispone que:

La pena de muerte sólo puede aplicarse por el delito de traición a la Patria en caso de guerra, y el de terrorismo, conforme a las leyes y a los tratados de los que el Perú es parte obligada.

La simple lectura de esta norma permite constatar que amplía las causales de aplicación de la pena de muerte en el Perú, a los casos de delito de traición a la Patria en caso de guerra —interna y externa— antes sólo aplicable al delito de traición a la patria en caso de guerra exterior. Al eliminarse en la nueva Constitución el término "exterior", podría ser aplicado a toda situación de guerra y no solamente a la *exterior*.

Debemos hacer presente que, al usar la Constitución de 1993 el término *guerra*, está refiriéndose indebidamente a un hecho prohibido, no sólo por la Carta de Naciones Unidas, sino también por el derecho internacional general (consuetudinario)³⁰.

nidad Humana de Lima-Callao, mayo 1993, p. 3.

29 *Ibidem*.

30 La terminología usada en la redacción de este artículo no sólo es anacrónica sino contraria al derecho internacional. En efecto, hasta el siglo XIX y aún hasta los primeros años del siglo XX, se admitía la guerra —enfrentamiento armado entre dos o más estados, como recurso de la política exterior de los estados. Hoy, la guerra —el uso de la fuerza armada y aun la amenaza del uso de la fuerza armada—, está prohibido por el derecho internacional (artículo 2 (5) de la Carta de NN UU), y su ejercicio constituye un crimen internacional, (violación por un Estado de una obligación internacional esencial para la salvaguarda de

Sabemos que, a pesar de la proscripción de la guerra, la violencia armada ha subsistido, adoptando nuevas formas, comprendiendo a nuevos actores y manifestándose ya no sólo en las fronteras entre los estados sino en sus propios territorios. Todas estas situaciones han sido calificadas por el derecho internacional humanitario como conflictos armados. Por ello es recomendable que nuestra Constitución sea modificada para utilizar la expresión de *conflicto armado* y eliminar el término de *guerra*,

la Carta de NN UU) y su ejercicio constituye un crimen internacional, violación de un Estado de una obligación internacional esencial para la salvaguarda de intereses fundamentales de la comunidad internacional): ACOSTA ESTÉVEZ José B. "Normas de *Ius Cogens*, Efecto *erga omnes*, crimen internacional y la teoría de los círculos concéntricos", en *Anuario de derecho internacional público* XI, 1995. Pamplona: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra, 1995, p. 15. Tal como señala Eduardo Jiménez de Aréchaga: "Hace nada más que seis décadas el empleo de la fuerza por los Estados (la guerra) era lícito: la fuerza armada era descrita como un recurso de última instancia que los Estados podían utilizar a su discreción como medio de solución de controversias o para alcanzar otros fines en apoyo de su diplomacia. Es recién a fines del siglo pasado que los Estados empezaron a buscar nuevas formas de solución de controversias distintas a la guerra, y codificaron las llamadas leyes de la guerra —*ius in bello*— estableciendo límites a los medios y métodos de combate para mitigar los males de la guerra" (Conferencias de La Haya de 1899 y 1907). Fue en el Pacto de la Liga de Naciones o Sociedad de Naciones (1919) que, por primera vez, se introdujo limitaciones al derecho de los estados a recurrir a la guerra, produciéndose la primera condena a ella como recurso para la solución de controversias en el Pacto Briand Kellog (1928), en el cual los estados renunciaron a la guerra como instrumento de política nacional en sus mutuas relaciones. Sin embargo, "como estos instrumentos sólo prohibían el recurso de la guerra, se sostuvo en el período entre las dos guerras mundiales que las medidas coercitivas que no alcanzaran a configurar un estado de guerra, aún si asumieran grandes proporciones eran lícitos siempre que los participantes declinaran la intención de instituir formalmente el estado de guerra entre ellos". (JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo. *El derecho internacional contemporáneo*. Madrid: Tecnos, 1980, pp. 108-109). Sin embargo,

hoy prohibido y repudiado por el derecho internacional.

Si asimilamos el término *guerra* al de *conflicto armado*, tendremos que éste puede ser internacional o interno. En consecuencia, la Constitución de 1993 estaría comprendiendo las situaciones tanto de conflictos armados *internacionales* como de conflictos armados *internos*, lo que supone ampliar la causal de pena de muerte a que se refiere la Constitución de 1979, en contravención de sus obligaciones internacionales, como veremos más adelante.

Sin entrar a profundizar respecto al delito de terrorismo, conducta tipificada y sancionada penalmente por el derecho peruano, imponer la pena de muerte a quienes incurren en esta figura delictiva también supone una ampliación de las causales de pena de muerte respecto de la establecida en la Constitución de 1979.

4. LA PENA DE MUERTE EN LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS

La Constitución de 1993 ha consagrado que los tratados celebrados por el Perú y

el Tribunal de Nuremberg señaló que: "la solemne renuncia a la guerra como instrumento de política nacional involucra necesariamente la proposición de que dicha guerra es ilícita en el derecho internacional; y aquellos que planeen y hagan una guerra tal, con sus inevitables y terribles consecuencias, están cometiendo un delito al hacerlo". (Citado por KELSEN, H. *Principios de derecho internacional público*. Buenos Aires: El Ateneo, 1965, p. 119, n. 28. Con este mismo criterio, la Carta de NN UU, al prohibir la amenaza y el uso de la fuerza —armada— en las relaciones entre sus estados miembros descarta el recurso a la guerra, y constituye el punto de partida de una nueva etapa del derecho internacional, que tiene como premisa la solución pacífica de las controversias entre los estados.

en vigor, forman parte del derecho peruano³¹; en tal sentido, cualquier estudio que se realice sobre la pena de muerte en el Perú, debe contemplar ambos sistemas de normas: las internas, que tienen su origen en los órganos del Estado peruano; y las internacionales, específicamente los tratados respecto de los cuales nuestro país ha expresado su consentimiento en obligarse a través de la ratificación, adhesión o cualquier otra forma prevista en el tratado, y se encuentren vigentes.

El derecho a la vida es un derecho fundamental de toda persona, y así ha sido reconocido y consagrado en instrumentos universales y regionales, *inter alia* en el artículo 4 de la Convención de la que el Perú es Estado parte desde el 28 de julio de 1978. La citada norma, en su párrafo segundo, limita la capacidad de los estados partes para la aplicación de la pena de muerte, al establecer que *no* "... se extenderá su aplicación a delitos a los cuales no se la aplique actualmente".

El artículo 140 al extender la pena de muerte a supuestos no contemplados en la legislación peruana precedente contradice, en forma manifiesta, la norma internacional antes citada.

La Comisión, en su *Informe Anual de 1993* sobre el Perú, señaló que la última parte del nuevo artículo constitucional que expresa que la pena de muerte se aplicará conforme a "los tratados de los que el Perú es parte obligada", es imposible de armonizar con lo que establece el artículo 4 de la Convención³². Agregó:

... la ampliación de las causales de pena de muerte, es aún más grave si se tiene en

cuenta que numerosos casos de terrorismo y de traición a la patria se resuelven mediante juicios sumarísimos, y por esta razón existe la posibilidad de que se cometan errores judiciales irreparables y se prive del derecho a la vida a personas inocentes³³.

De otro lado, la Comisión consideró que respecto de la pena de muerte

... es explicable que a la mayoría de los miembros del Congreso Constituyente Democrático, como respuesta emocional a la violencia y terror que en la actualidad afecta a la sociedad peruana, les parezca justificada la aplicación de la pena de muerte en los casos de terrorismo (...) es discutible su eficacia como medio disuasivo para terminar con el terrorismo³⁴.

El 8 de noviembre de 1993, la Comisión solicitó a la Corte una opinión consultiva respecto de los efectos de la norma interna, manifiestamente violatoria de la Convención desde el punto de vista del derecho internacional y, sobre la responsabilidad internacional personal de los agentes y funcionarios del Estado que pongan en ejecución tal norma.

La Corte en su opinión consultiva OC-14 consideró que la Comisión, al tener entre sus atribuciones la de formular recomendaciones a los estados miembros para que adopten medidas progresivas en favor de los derechos humanos dentro del marco de sus leyes internas y sus preceptos constitucionales, tenía legitimidad para presentar la solicitud de opinión consultiva, ya que no pretende ni solicita una expresa declaratoria de compatibilidad entre una ley interna de un Estado y normas de la Convención. En tales circunstancias, agregó: "La competencia consultiva de la

31 Véase artículo 55 de la Constitución de 1993. La Constitución peruana de 1979 consagró similar regla en el artículo 101.

32 CIDH. *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*. Washington D.C.: OEA, Secretaría General, 1994, p. 543.

33 CIDH. Op. cit., p. 544.

34 *Ibidem*.

Corte (...) puede y debe resultar valioso apoyo³⁵.

La Corte al pronunciarse señaló que

... la promulgación de una ley manifiestamente contraria a las obligaciones asumidas por un Estado al ratificar o adherir a la Convención constituye una violación de ésta y que en el evento que esa violación afecte derechos y libertades protegidos respecto a individuos determinados, genera responsabilidad internacional para el Estado.

La Corte precisó que se referiría a la ley en su sentido material y no formal³⁶, es decir la norma que el Estado debe dictar en virtud de la obligación que ha asumido, para hacer efectivos los derechos y libertades contenidas en la Convención³⁷. Asimismo, puntualizó que la solicitud de opinión conlleva

... implícitamente (...) a referirse a la interpretación de los artículos 1 y 2 de la Convención Americana que establece el compromiso de los Estados de respetar los derechos y libertades fundamentales reconocidos en ellos y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona sometida a su jurisdicción y a adoptar, en su caso, las medidas legislativas o de otro carácter para hacer efectivos tales derechos y libertades³⁸.

Sobre este último aspecto señaló:

Si se ha contraído la obligación de adoptar las medidas aludidas, con mayor razón lo está la de no adoptar aquellas que contradigan el objeto y fin de la Convención³⁹.

ya que ésta es "una de las muchas formas como un Estado puede violar un tratado internacional".

De esta manera, tal como la Corte señaló en un pronunciamiento anterior

... la Convención prohíbe absolutamente la extensión de la pena de muerte y que, en consecuencia, no puede el Gobierno de un Estado Parte aplicar la pena de muerte a delitos para los cuales no estaba contemplada anteriormente en su legislación interna⁴⁰.

Si bien la Corte no se pronunció en forma expresa sobre el artículo 140 de la Constitución peruana, quedó claro que un Estado parte de la Convención no puede ampliar las causales de pena de muerte, como es el caso de nuestro país, ya que ello comporta una violación manifiesta de sus obligaciones en el marco de la citada Convención.

5. A MANERA DE CONCLUSIÓN

Con posterioridad a la opinión consultiva de la Corte Interamericana, la Comisión Interamericana en sus informes posteriores sobre el Perú, específicamente en su informe correspondiente al año 1996, ha recomendado que se modifique el artículo 140 de la Constitución de 1993 para adecuarlo a lo establecido en el artículo 4 de la Con-

de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, específicamente en cuanto a obligaciones positivas de los estados partes.

40 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión consultiva OC-3/83 del 8 de setiembre de 1983 "Restricciones a la pena de muerte (artículos 4.2 y 4.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos)", solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, parte resolutive, p. 44.

35 OC-14, párr. 25.

36 OC-14, párr. 31.

37 Op. cit., párr. 33 *in fine*.

38 Op. cit., párr. 33.

39 Op. cit., párr. 36. Éste es un claro ejemplo de la forma como la jurisprudencia de la Corte, mediante su interpretación, está extendiendo el ámbito material

vención Americana sobre Derechos Humanos⁴¹; es decir, que cumpla con sus obligaciones derivadas de su calidad de Estado parte de la citada Convención. De esta forma, nuestro país retomaría la fórmula consagrada en el artículo 235 de la Constitución de 1979 o podría abolir definitivamente la pena de muerte en el país, acorde con sus obligaciones internacionales.

Sin embargo, hasta la fecha, el Perú no ha adecuado el artículo 140 de la Constitución de 1993 a la Convención, mostrando una resistencia al cumplimiento de sus obligaciones internacionales, en violación del principio *pacta sunt servanda* y de buena fe. Ésta es una tarea pendiente para nuestros legisladores.

41 CIDH. *Informe anual 1996*. Washington D.C.: OEA, Secretaría General, 1997, p. 781.