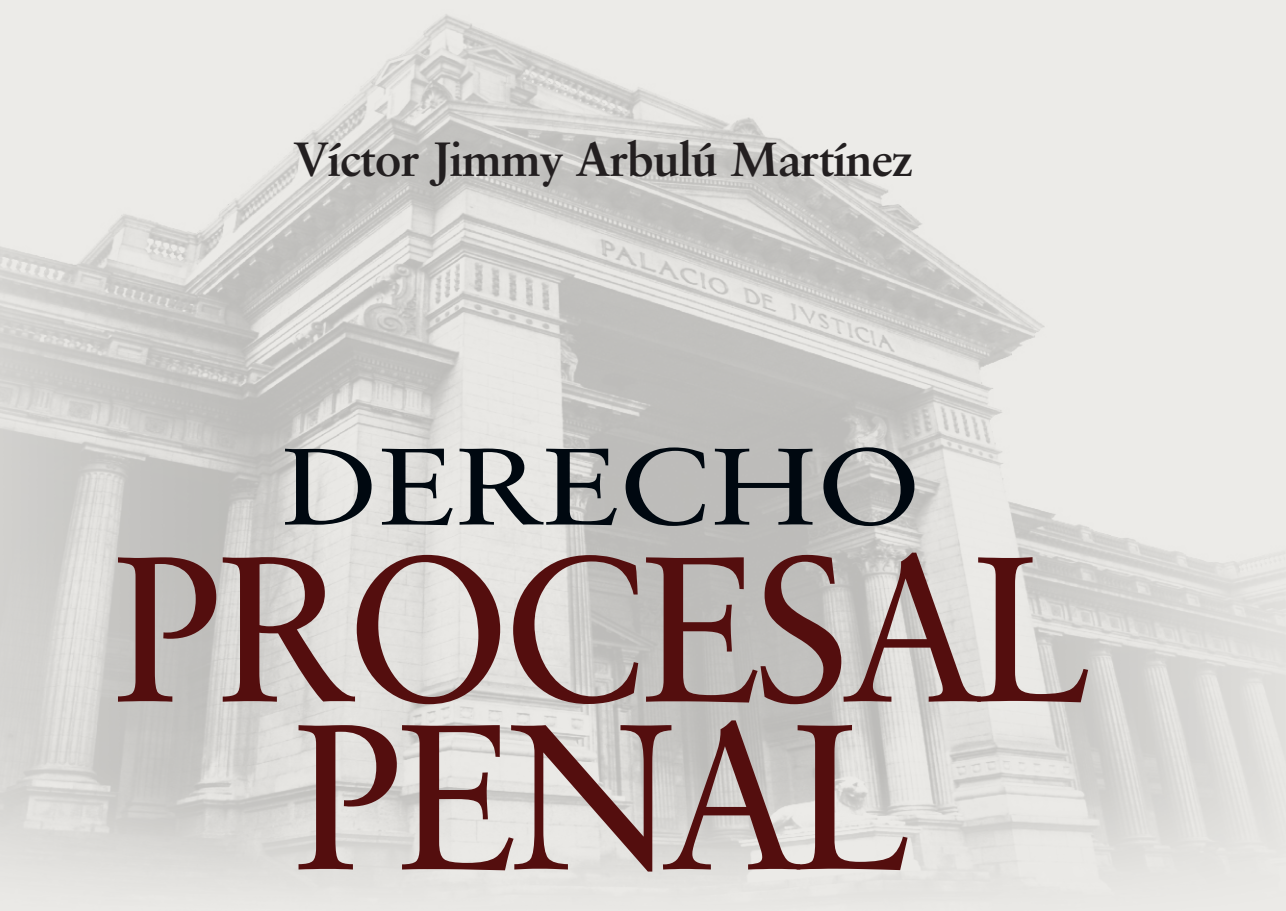
Víctor Jimmy Arbulú Martínez



DERECHO PROCESAL PENAL

Un enfoque doctrinario y jurisprudencial

TOMO III

GACETA JURIDICA

DERECHO PROCESAL PENAL.
UN ENFOQUE DOCTRINARIO Y JURISPRUDENCIAL

Víctor Jimmy Arbulú Martínez

DERECHO PROCESAL PENAL

Un enfoque doctrinario y jurisprudencial

TOMO III

GACETA JURIDICA
AV. ANGAMOS OESTE 526 - MIRAFLORES
☎ (01) 710-8900 / TELEFAX: (01) 241-2323
www.gacetajuridica.com.pe

GACETA
PENAL
& procesal penal

**DERECHO PROCESAL PENAL.
UN ENFOQUE DOCTRINARIO Y
JURISPRUDENCIAL**

TOMO III

PRIMERA EDICIÓN
MAYO 2015

6,140 ejemplares

© Víctor Jimmy Arbulú Martínez

© Gaceta Jurídica S.A.

PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN
TOTAL O PARCIAL

DERECHOS RESERVADOS

D.LEG. N° 822

HECHO EL DEPÓSITO LEGAL EN LA
BIBLIOTECA NACIONAL DEL PERÚ
2015-05908

LEY Nº 26905 / D.S. Nº 017-98-ED

ISBN OBRA COMPLETA: 978-612-311-249-3

ISBN TOMO III: 978-612-311-258-5

REGISTRO DE PROYECTO EDITORIAL
31501221500512

DIAGRAMACIÓN DE CARÁTULA
Martha Hidalgo Rivero

DIAGRAMACIÓN DE INTERIORES
Gabriela Córdova Torres

GACETA JURÍDICA S.A.

ANGAMOS OESTE 526-MIRAFLORES
LIMA 18-PERÚ
CENTRAL TELEFÓNICA: (01)710-8900
FAX: 241-2323
E-mail: ventas@gacetajuridica.com.pe

Impreso en:
Imprenta Editorial El Búho E.I.R.L.
San Alberto 201-Surquillo
Lima 34-Perú

PARTE XI

EL SISTEMA DE RECURSOS IMPUGNATORIOS

Capítulo I
La impugnación

I. Naturaleza

Los medios de impugnación son actos procesales de la parte que se estima agraviada por un acto de resolución del juez o tribunal, por lo que acude a este o a otro superior, pidiendo que revoque o anule el o los actos gravosos. Es la continuidad de la fuerza de la primitiva acción y de su desarrollo en la pretensión, las cuales no se agotan con la resolución gravosa(1). Estos recursos aparecen con el objetivo de evitar la posibilidad de que el error de un juez o tribunal ocasione una resolución injusta afectando a una de las partes, así lo considera Calamandrei(2).

Para Couture recurso quiere decir, literalmente, regreso al punto de partida. Es un recorrer, correr de nuevo, el camino ya hecho. Jurídicamente la palabra denota tanto el recorrido que se hace nuevamente mediante otra instancia, como el medio de impugnación por virtud del cual se recorre el proceso(3).

Para Sada Contreras recurso es un medio de defensa que el legislador otorga a los litigantes, para ser usado en contra de resoluciones que lesionen los intereses de ellos, o dicho en otros términos, al recibir una resolución contraria a los intereses de los litigantes, estos pueden defenderse de dicha resolución por medio de los recursos que la ley concede(4).

La doctrina italiana encarnada en Carnelutti y Calamandrei destacó que la cuestión impugnativa se relaciona con modos de fiscalización, tendiendo, en definitiva, a establecer métodos de contralor del decisorio jurisdiccional y a evitar, dentro de lo posible y según las condiciones legales, los excesos discrecionales, la arbitrariedad, el error o la injusticia. El recurso de apelación

(1) FAIRÉN GUILLÉN, Víctor. *Teoría General del Derecho Procesal*. UNAM, México, 1992, p. 481.
(2) Ibídem, p. 481.
(3) COUTURE, Eduardo. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Depalma, 3ª edición, Buenos Aires, 1958, p. 340.
(4) SADA CONTRERAS, Carlos Enrique. *Apuntes elementales de Derecho Procesal Civil*. Universidad Autónoma de Nuevo León, México, 2000, p. 143.

estructura una nueva relación procesal, entre la parte apelante que se considera afectada y el juez que dictó la resolución[5]. Indirectamente, siempre están latentes en este escenario los derechos de la otra parte que ha sido favorecida por la resolución y puede oponerse con argumentos a la apelación.

A contrario de esta relación entre apelante y juez apelado, Chiovenda considera que la apelación no es la reclamación contra el juez inferior, sino simplemente el medio de pasar el examen del pleito de uno a otro. Y el pleito en este doble examen conserva su unidad y la sentencia es única y es la que se ha dictado en la apelación[6].

El sustento ideológico del recurso lo hallamos en uno de los principios judiciales establecidos por la Revolución francesa que fue el doble grado, esto es que los pleitos normalmente puedan pasar por el conocimiento de dos tribunales sucesivamente (principio del doble grado de jurisdicción). El doble grado puede reglamentarse de diversas maneras: o equiparando totalmente el segundo al primero o limitando el segundo grado por ejemplo disponiendo que no puedan producirse nuevas pruebas o que deba estimarse el hecho tal cual fue establecido por el primer juez. El sistema francés e italiano responde al primer criterio[7].

El recurso es un instituto jurídico-procesal que tiene por objeto provocar una reconsideración o revisión de una resolución judicial por el mismo órgano que la dictó o por otro superior, según el caso, con la finalidad de que se la deje sin efecto en todo o en parte, esto es que se la revoque o se la reforme[8].

Para Iberico son mecanismos procesales establecidos legalmente que permite a los sujetos legitimados procesalmente peticionar a un juez o el superior que reexamine un acto procesal o todo el proceso que le ha causado perjuicio con el fin de obtener que la materia en cuestión sea parcial[9].

II. Clases de errores o vicios

Sobre las clases de agravios que pueden justificar la impugnación, la doctrina ha distinguido desde antiguo entre el denominado error *in iudicando*

(5) VÁSQUEZ ROSSI, Jorge E. Ob. cit., p. 462.
(6) CHIOVENDA, José. *Principios de Derecho Procesal Civil*. Tomo I. Traducción de José Casasis Santalo. 3ª edición, Reus, Madrid, 1925, p. 469.
(7) Ibídem, p. 468.
(8) MORAS MON, Jorge. Ob. cit., p. 367.
(9) IBERICO CASTAÑEDA, Fernando. *Código Procesal Penal*. Manuales Operativos. Editado por AMAG, Lima, 2007, p. 59.

(referida al mérito de la decisión) y el llamado error *in procedendo* (relacionado con la regularidad del procedimiento). En cuanto a al error *in iudicando,* se han separado los errores referentes a la ponderación de los hechos y los concernientes a la aplicación del derecho[10].

III. Naturaleza jurídica

Faire señala que la posición del jurista alemán HelIwig vino causando dudas sobre si realmente el derecho de impugnación no era sino una "acción impugnatoria independiente" (con su propio léxico). Para Hellwig se trataba de un medio independiente de obtener la variación de un estado jurídico procesal, y de ahí tal "acción" impugnatoria. Esta posición fue combinada por Calamandrei, el cual ya estableció la diferencia con la "acción" impugnatoria, entre otras razones, por la fundamental de que, realmente, tal estado jurídico aún no se había perfeccionado por la firmeza y efectos de la cosa juzgada de la sentencia, en tanto fueran posibles los llamados recursos ordinarios (apelación y casación). Las **posibilidades** de apelar **y de recurrir** en **casación son** momento o fases de la posibilidad constituida por el llamado derecho procesal de acción (Lang, Philippi, Ugo Rocco). Se insinuaba que la acción, desarrollada por la pretensión, extiende su alcance, no solamente a una primera instancia, sino a la segunda, tercera si existiere y casación, y aun a la ejecución de la sentencia; su fuerza solamente queda neutralizada por la cosa juzgada[11]. Salvo que en materia procesal penal se trate de un recurso de revisión.

IV. Admisibilidad

La admisibilidad del recurso generalmente la decide el tribunal originario, denegándolo si no cumple con los requisitos de interposición. La procedencia del recurso la determina el tribunal de alzada, cuando revisa la impugnación concedida por el tribunal recurrido, antes de pronunciarse sobre la cuestión de fondo[12].

Sobre este aspecto es de tener en cuenta la necesidad de uniformizar el uso de conceptos como admisibilidad y procedencia. La primera va dirigida a examinar el cumplimiento de requisitos y que pueden ser subsanados, por

(10) VÁSQUEZ ROSSI, Jorge E. Ob. cit., p. 465.
(11) FAIRÉN GUILLÉN, Víctor. Ob. cit., p. 501.
(12) LEVENE, Ricardo. *Manual de Derecho Procesal Penal*. Tomo II, 2ª edición, Depalma, Buenos Aires, 1993, p. 654.

ejemplo falta de firma de abogado, la representación, la ausencia de arancel, otorgándose un plazo razonable. La improcedencia versa sobre requisitos vinculados a la legitimidad, o el plazo. El Superior también se constituye en filtro de la inadmisibilidad o de la declaración de improcedencia, previo a pronunciamiento de fondo. Una declaración de inadmisibilidad por la Sala Superior podrá concluir en la nulidad del concesorio y la devolución del caso al a quo para que conceda un plazo, generalmente de tres días de notificado. La Sala Superior puede revisar si se ha cumplido los requisitos de procedencia como el plazo, y si no declararlo improcedente y nulo el concesorio.

1. Legitimidad activa

Para interponer recurso está legitimado en primer lugar, y sin considerar su capacidad civil el imputado, no en contra de su defensor, y aun en contra de ella su representante legal. La facultad de desistimiento pasa por el propio imputado(13).

La fiscalía está facultada para recurrir con la misma amplitud que el imputado y también a favor del imputado(14). En el Derecho procesal alemán se le asigna esta posibilidad al fiscal quien lejos de ser una maquinaria de persecución debe ser objetivo cuando se trata de defender la legalidad en la que no puede discriminar a su perseguido. Puede darse en el caso que por error jurídico se sanciona a una persona con una pena mayor a la conminada en el tipo penal.

También la parte civil y el tercero civil pueden impugnar la resolución que los agravia.

V. Gravamen

Quien no es afectado por una decisión que lo perjudica no tiene un interés jurídicamente protegido en su corrección por cuya causa no tendría que concedérsele un recurso. La existencia de un gravamen es un presupuesto material de la interposición de recursos(15). Esto justifica y le da la legitimidad necesaria a la parte apelante puesto que no tiene sentido que alguien apele si la resolución no le afecta.

(13) ROXIN, Claus. Ob. cit., p. 447.
(14) Ibídem, p. 448.
(15) Ídem.

Es de considerar que los recursos impugnatorios se rigen bajo el principio de legalidad, esto es que deben estar previamente definidos en la ley. No se admite recursos fuera de este contexto y se interponen ante el juez que emitió la resolución impugnada porque este debe pronunciarse por la inadmisibilidad, su procedencia o su improcedencia.

El NCPP consagra un principio de legalidad respecto de los medios impugnatorios a los que hay que acudir en el modo y forma fijado por la ley (art. 404.1) Fuera de estos señalados expresamente no es posible generar recursos no previstos legalmente.

Los medios impugnatorios pueden ser parciales o totales. La parte de la sentencia que no ha sido impugnada en el tiempo y modo que establece la ley adquiera la calidad de cosa juzgada de carácter parcial mientras que la otra parte de la sentencia queda a resultas de lo que resuelva el grado superior. Esto es importante toda vez que no se puede supeditar toda la decisión en la nulidad de un extremo.

La facultad de impugnar la tiene aquella parte a la que la ley le confiere capacidad procesal para hacerlo. Si no hace distinción entre los sujetos que pueden impugnar puede hacerlo cualquiera de ellos.

La parte debe estar legitimada para poder apelar, es decir debe tener el derecho para ejercitar medio impugnatorio. En el caso del agraviado por ejemplo estar constituido en actor civil (art. 404.2 del NCPP) Si apela a través de abogado debe haberle delegado representación sino se declarará inadmisible dándole un plazo de subsanación.

El defensor podrá recurrir directamente en favor de su patrocinado, quien posteriormente si no está conforme podrá desistirse (art. 402.3) El desistimiento requiere autorización expresa de abogado defensor. Esta es una extensión del artículo 290 de la Ley Orgánica del Poder Judicial que faculta al abogado defensor a apelar una resolución que agravia a su cliente sin la necesidad de intervención de este. Si se desiste entonces debe existir una autorización expresa para que el abogado defensor se desista. Esto es por ejemplo para darle mayor fiabilidad siendo un derecho vinculado al de defensa que el imputado se desista legalizando su firma ante el secretario.

En la legislación argentina el recurso interpuesto y el concedido ya, tanto estando todavía la causa en sede del órgano judicial de origen como habiendo arribado ya al de la alzada y en cualquier estado del trámite, antes de dictada la resolución que resuelva la impugnación, puede ser desistido. Este desistimiento puede ser asumido por cualquiera de los titulares de los recursos concedidos.

En el caso de un recurso interpuesto en favor de un procesado, el defensor para desistirse debe tener mandato expreso de su representado. El fiscal puede desistir de sus propios recursos. El efecto del desistimiento es el cierre de la instancia para el que ha desistido en lo que hace a su petición. Si todos están de acuerdo y todos desisten, la resolución de primera instancia queda firme y la causa se devuelve a su origen, con imposición de las costas. Si solo uno o unos desisten, la instancia queda abierta para los que no lo hayan hecho, pues no pueden perjudicarse(16).

VI. La adhesión

Los sujetos procesales, cuando tengan derecho de recurrir, podrán adherirse, antes que el expediente se eleve al superior jerárquico, al recurso interpuesto por cualquiera de ellos, siempre que cumpla con las formalidades de interposición (art. 402.4 del NCPP).

No hay mayores alcances respecto de la adhesión en el NCPP por lo que debemos acudir al Derecho comparado para entender cómo debe operar en el Proceso Penal peruano.

Chiovenda se refiere a la adhesión como apelación incidental. Señala el ilustre maestro que cada parte puede apelar por su cuenta, dentro del término, de cualquier parte de la sentencia que le es desfavorable; después de la apelación adversaria, el apelado puede proponer apelación **principal**, si todavía no ha transcurrido el término. La apelación del apelado tiene vida y desarrollo autónomos, salvo que vendrá unida (si bien no necesariamente) a la apelación del adversario para ser decidida con esta.

El apelado, puede impugnar las partes de la sentencia, que le son desfavorables con una apelación **incidental**, injertada en la principal y dependiente de este. La función principal de esta forma de apelación es permitir la reproducción integral de la contienda ante el juez de apelación; de tal manera que está destinada a servir principalmente a quien no apela sino en cuanto ha apelado el adversario(17). La apelación incidental es necesaria cuando el apelado quiera obtener una *reformatio in peius* contra el apelante(18). Es una suerte de contrataque y valida la posibilidad que el recurso sea resuelto a favor del apelado.

(16) MORAS MON, Jorge. Ob. cit., p. 375.
(17) CHIOVENDA, José. *Principios de Derecho Procesal Civil*. Tomo II. Traducción de José Casasis Santalo, 3ª edición, Reus, Madrid, 1925, p. 504.
(18) Ibídem, p. 505.

Montero Aroca señala que el Derecho español el recurso de apelación interpuesto por una de las partes, al que llama apelante principal, puede ser aprovechado por la parte inicialmente apelada para interponer un segundo recurso de apelación contra la misma resolución. Este supuesto, que tradicionalmente se ha conocido como de adhesión a la apelación, se mantiene en la LEC/2000, aunque en ella se evita la palabra "adhesión".

Si resolución judicial es en parte favorable y desfavorable a las dos partes puede ocurrir que:

- Las dos partes, en el plazo concedido por la Ley, formulen recurso de apelación, con lo que ya existen dos apelaciones "principales" que han de tramitarse conjuntamente y que darán lugar una única sentencia de apelación.

- Solo una de ellas formule recurso de apelación, en el plazo legal, y que, ya en la tramitación de este, cuando se da traslada del escrito de interposición del recurso a la otra, esta:

  a) Se limite a presentar escrito de oposición al recurso.

  b) Además presente escrito de impugnación de la resolución apelada en lo que de esta le resulte desfavorable con lo que se convierte, por un lado en apelado y, por otro, en apelante.

Por la adhesión se produce, lo mismo que con la apelación, la existencia de dos recursos que se tramitarán conjuntamente y que darán lugar a una única sentencia. Se trata aquí también de dos recursos que tienen sustantividad propia, de modo que el segundo no "depende" del primero, no es una "adhesión" a este, lo que supone que la extinción de uno, por ejemplo por desistimiento, no implica la extinción del otro, que debe seguir su curso[19].

La adhesión en el sistema legal argentino se le considera como un recurso de antigua existencia en la ley procesal penal de dicho país. Su antiguo Código nacional lo instituyó en su artículo 522 el que regulaba su procedencia, cuando en la alzada al apelado (es decir al contrario no apelante) se le corría traslado de la expresión de agravios. Este sujeto procesal que no había recurrido (porque se le venció el término o porque estaba satisfecho con el resultado a su

(19) MONTERO AROCA, Juan. *Derecho Jurisdiccional II Proceso Civil.* 10ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pp. 433-434.

favor), se convertía así en parte de la nueva instancia, la que también se abría para él y sus pretensiones.

Este recurso de adhesión tuvo incidencia en un caso de la Cámara del crimen de la capital de Argentina en el que habiéndose dictado sentencia condenatoria en primera instancia coincidente con la petición del agente fiscal, este no apeló. El imputado sí apeló la condena con la aspiración de que se revoque. Habiéndose corrido traslado de la expresión de agravios se adhirió el fiscal de cámara, quien manifestó los suyos, y pidió aumento de la pena impuesta y la cámara sobre la base de la apertura de la instancia, confirmó la condena; pero aumentó la pena de doce a dieciocho años de prisión. Tiempo después este recurso fue suprimido del Código nacional en una de sus reformas(20). Este recurso entonces puede inclinar la balanza a favor de quien no apelo aprovechando como palanca la adhesión.

El ejercicio del derecho de adherir estaba sujeto a exigencias cuyo incumplimiento se sancionaba con la inadmisibilidad, como la obligación de expresar motivos para adherirse al recurso(21).

VII. Legitimados para impugnar

La apelación será presentada por quien resulte agraviado por la resolución, tenga interés directo y se halle facultado legalmente para ello. El Ministerio Público puede recurrir incluso a favor del imputado (art. 405.1.a. NCPP). Aquí hay una excepcional intervención del Ministerio Público como defensor de la legalidad, esto es que si observa que hay una resolución que agravia al imputado puede recurrir a favor de este. El Ministerio Público si bien tiene una vinculación estricta a la persecución del delito bajo la regla de interdicción o prohibición de la arbitrariedad puede incluso defender no al acusado en concreto sino al ser guardián de la legalidad que está por encima de las partes del proceso y que tienen amparo constitucional, defender a este si considera que sus derechos han sido conculcados.

La regla es que se interponga por escrito y en los plazos legalmente establecidos. Sin embargo también puede presentarse oralmente si se trata de resoluciones expedidas en audiencia. Se interpondrá en el acto en que se lee la decisión (art. 405.1.b).

(20) MORAS MON, Jorge. *Manual de Derecho Procesal Penal*. Ob. cit., p. 371.
(21) Ibídem, p. 372.

El apelante debe referirse a los agravios desde los hechos o del derecho que lesiona un interés. Debe concluir solicitando ser revoque o se declare nula. Si hay condena se puede solicitar absolución, o si hay una pena desproporcionada que se modifique y se disminuya. También puede solicitar que el procesado absuelto sea condenado por la instancia superior.

VIII. Fundamentación del agravio

El Código Procesal Civil señala que quien interpone apelación debe fundamentarla, indicando el error de hecho o de derecho incurrido en la resolución, precisando la naturaleza del agravio y sustentando su pretensión impugnatoria (art. 366 del CPC).

En la jurisprudencia mexicana "Se entiende por agravio, la lesión de un derecho cometida en una resolución judicial, por haberse aplicado indebidamente la ley, o por haberse dejado de aplicar la que rige el caso; por consiguiente, al expresarse cada agravio, debe el recurrente precisar cuál es la parte de la sentencia que lo causa, citar el precepto legal violado, y explicar el concepto por el cual fue infringido, no siendo apto para ser tomado en consideración, en consecuencia, el agravio que carezca de estos requisitos" Apéndice al Tomo CXVIII, Tesis 936. Tesis 261 de la Compilación 1917-1965[22].

En el CPC se establece la estructura de la fundamentación del agravio; y se precisa que el error puede ser de hecho o de derecho en la resolución. El apelante debe precisar naturaleza del agravio es decir la esencia de este y que efectos negativos le genera. Además debe sustentar su pretensión impugnatoria, esto es que busca cuando solicita que se declare fundado su recurso, cual es el efecto favorable que quiere conseguir (art. 366 del CPC).

La expresión de agravios es un requisito de admisión del recurso. Así lo señala el artículo 367 del CPC que en su segundo párrafo dice que la apelación que no tengan fundamento o no precisen el agravio, serán de plano declaradas inadmisibles. Esto es para él a quo y el ad quem que también puede declarar inadmisible o improcedente la apelación, si advierte que no se han cumplido los requisitos para su concesión. También declarará nulo la resolución que concedió la apelación para que sea vista en el siguiente grado.

(22) SADA CONTRERAS, Carlos Enrique. Ob. cit., p. 150.

Debe entenderse la fundamentación o expresión de agravios cuando se expresa claramente el acto u omisión que lesiona un derecho del apelante, el mismo debe estudiarse por el tribunal que conozca del recurso.

A falta de agravio o fundamentación al calificarse el recurso puede ser causal de improcedencia. Podría estarse ante el supuesto agravio insuficiente que consiste: "Cuando en los agravios aducidos por la recurrente no se precisan argumentos tendientes a demostrar la ilegalidad de la sentencia, ni se atacan los fundamentos legales y consideraciones en que se sustenta el sentido del fallo, se impone confirmarlo en sus términos por la insuficiencia de los propios agravios" Jurisprudencia 116 de la sétima época, visible en el Apéndice 1917-1988, segunda parte, página 189[23].

La Sala Penal Superior que conoce el recurso tiene la facultad de rechazar de plano la apelación si la estima inadmisible. La parte afectada podrá impugnar el auto con un recurso de reposición, que se tramitará conforme al artículo 415[24] (art. 421.2).

Los recursos interpuestos oralmente contra las resoluciones finales expedidas en la audiencia se formalizarán por escrito en el plazo de cinco días, salvo disposición distinta de la Ley. Esta disposición implica entonces que no es obligatorio fundamentar en audiencia la apelación, pero tampoco se niega que se haga y se registre en la misma audiencia por una suerte de celeridad procesal (art. 405 del NCPP).

La Corte Suprema en la Casación Nº 33-2010[25]-Puno, del 11 de noviembre de 2010 respecto a apelaciones de resoluciones orales expedidas en audiencia de tutela de derecho en un caso en el que la fiscalía intentó impugnar un auto condicionando a la entrega de un audio, ha señalado lo siguiente: la fiscal no impugnó expresamente el auto por lo que no hay voluntad claramente consignada. No basta decir "no estando conforme", pues se requiere que la parte legitimada se pronuncie clara y contundentemente. La decisión oral se da por notificada en el mismo momento de su expedición en presencia de las

(23) Citado por SADA CONTRERAS, Carlos Enrique. *Apuntes elementales de Derecho Procesal Civil*. Universidad Autónoma de Nuevo León, México, 2000, p. 150.

(24) La reposición se prevé para decretos según el artículo 415, sin embargo se reconoce en este por excepción al auto. Si el juez advierte que el auto o la reposición es inadmisible la rechazará sin trámite. Si no se trata de una decisión dictada en una audiencia, el recurso se interpondrá por escrito con las formalidades ya establecidas. Si el juez lo considera necesario, conferirá traslado por el plazo de dos días. Vencido el plazo, resolverá con su contestación o sin ella. El auto que resuelve la reposición es inimpugnable.

(25) En revista en *Gaceta Penal & Procesal Penal*. Tomo 43, Gaceta Jurídica, Lima, enero de 2013, p. 284.

partes. Y no puede condicionarse un acto procesal a que haga entrega del audio puesto que el Ministerio Publico estuvo representado en el acto de la audiencia y conocía de los sucedido y decidido.

El juez ante el que se interpone el recurso será quien en primera instancia se pronuncie sobre la admisión del recurso, esto es, calificará que se haya interpuesto con los requisitos de admisibilidad (art. 405.3). El NCPP señala los plazos pero no desarrolla más como si lo hace el artículo 367 del CPC que puede ser aplicado supletoriamente en lo que corresponda como la presentación de tasas aplicables a las acciones privadas. Se puede subsanar en el plazo de cinco días si es que hay defecto en la tasa, la autorización del recurso por letrado colegiado o en la firma del recurrente. Si no se subsanare la omisión o defecto, se rechazará el recurso y será declarado improcedente.

IX. Desistimiento

Es la renuncia que hace una persona de impugnar una resolución pero con el presupuesto que ya lo interpuso ante el órgano jurisdiccional. Así lo declara el artículo 406.1 del NCPP, el que se desiste debe expresar sus fundamentos. Si bien el abogado conforme a Ley Orgánica del Poder Judicial artículo 290 puede interponer recursos impugnatorios sin necesidad de firma de su cliente. El artículo 406.2 le pone un límite respecto del desistimiento, que en este caso no podrá hacerlo sin mandato expreso de su patrocinado, posterior a la interposición del recurso:

Respecto de las costas el desistimiento no perjudicará a los demás recurrentes o adherentes, pero el desistido cargará con las costas.

En tanto rige para los recursos el principio dispositivo si es que el apelante se desiste es bajo su cuenta y riesgo, y además porque tiene la capacidad de "suicidarse" jurídicamente.

X. Capacidad procesal

La capacidad para interponer recursos y el ámbito de estos están precisados en el artículo 407. El imputado y el Ministerio Público pueden apelar indistintamente el objeto penal o el objeto civil de la resolución. El actor civil solo podrá recurrir respecto al objeto civil de la resolución, puesto que se entiende que hay una condena.

XI. Extensión del recurso

Qué efectos puede tener la interposición de un recurso de apelación. Si se trata de vicios de nulidad absoluta obviamente lo que resuelva el superior no debe limitarse a favorecer solo al que apeló sino también a quienes no lo hicieron en su oportunidad.

Sin perjuicio de esto tenemos que el artículo 408.1 dice que cuando en el procedimiento hay coimputados, la impugnación de uno de ellos favorecerá a los demás, siempre que los motivos en que se funde no sean exclusivamente personales. Esto tiene que ver con la aplicación del principio de igualdad que tiene tutela constitucional. Además la impugnación también favorece al tercero civil, puesto que si se declara fundado su recurso y por ejemplo se le absuelve la reparación civil desaparece y como consecuencia lógica el tercero civil ya no tiene la obligación de responder por la indemnización.

Además tenemos que la impugnación presentada por el tercero civil favorece al imputado, en cuanto no se haya fundamentado en motivos exclusivamente personales.

XII. Competencia del tribunal revisor

La pretensión del apelante le va a fijar el marco para que el tribunal revisor decida. Así lo establece el artículo 409.1 del NCPP que dice que la impugnación confiere al tribunal competencia solamente para resolver la materia impugnada. Sin embargo se sostiene que el tribunal tiene la capacidad para declarar la nulidad en caso de nulidades absolutas o sustanciales y que incluso no fueron advertidas por el impugnante.

Si existiese errores de derecho en la fundamentación de la decisión recurrida que no hayan influido en la parte resolutiva no la anulará, pero serán corregidos. Por ejemplo la cita de una norma pero que ya no tiene vigencia o es impertinente para la resolución del caso. Si no ha tenido peso en la decisión solo se hará una corrección. También se podrá revisar si existiera error material en la denominación o el cómputo de las penas.

Si el apelante es el Ministerio Público el tribunal tiene la facultad de revocar o modificar la resolución, no solo a favor del Ministerio Público sino en la regla de objetividad también se puede decidir a favor del imputado. Quizás este es el contrapeso a la posibilidad que el tribunal dándole la razón al fiscal

pueda aumentar la pena al sentenciado. La apelación del fiscal le da al tribunal un abanico mayor de posibilidades.

XIII. La reforma en peor

El NCPP consagra la prohibición de reforma peyorativa así: La impugnación interpuesta exclusivamente por el imputado no permite modificación en su perjuicio (art. 409).

Esta institución no es privativa del Derecho Penal sino que se le reconoce en el proceso civil, y es allí donde identificamos su origen. Eduardo J. Couture dice que: La reforma en perjuicio (*reformatio in peius*) consiste en una prohibición al juez superior de empeorar la situación del apelante, en los casos en que no ha mediado recurso de su adversario[26]. Jorge W. Peyrano, dice que la *reformatio in peius* es una valla al accionar del tribunal interviniente en grado de apelación y consiste en atribuirle una competencia revisora restringida a los aspectos de la resolución impugnada que le resultan desfavorables a la quejosa. El superior no puede modificar lo resuelto por el a quo en sentido favorable a las pretensiones del impugnante, a menos que su contraparte recurriera de esa parte de la resolución inferior.

El artículo 300 del Código de Procedimientos Penales reconoce el instituto de prohibición de la reforma peyorativa. En su inciso 1 establece que si el recurso es interpuesto por uno o varios sentenciados, la Corte Suprema solo puede confirmar o reducir la pena impuesta y pronunciarse sobre el asunto materia de impugnación. En el inciso 2 señala que las penas o las medidas de seguridad impuestas a los sentenciados que no hayan sido objeto de recurso de nulidad, solo podrán ser modificadas cuando les sea favorable, es decir que faculta al órgano que conoce del recurso modificar en tanto beneficie al sentenciado apelante. La prohibición no opera cuando es interpuesto por la fiscalía, solo en este caso la Corte Suprema podrá modificar la pena o medida de seguridad impugnada, aumentándose o disminuyéndola, cuando esta no corresponda a las circunstancias de la comisión del delito.

En materia penal la prohibición de *reformatio in peius* limita el poder punitivo del Estado al garantizar el derecho fundamental de la defensa para que se evalúe la sentencia apelada dentro del marco de la pretensión solicitada por el apelante[27].

(26) COUTURE, Eduardo. Ob. cit., p. 367.
(27) SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho Procesal Penal*. Tomo II, Grijley. Lima, 2001, p. 707.

La *reformatio in peius* según Cesar San Martín citando a Cafferata Nores[28] satisface la necesidad de garantizar al imputado la libertad de recurrir, o quizás sea más gráfico hablar de tranquilidad para recurrir.

El derecho de recurrir por el Ministerio Público es según Maier para remover cualquier motivo de injusticia de la sentencia según las pretensiones de los otros intervinientes distintos del condenado penalmente[29].

Burgos Mariños dice al respecto en su trabajo de tesis **El proceso penal peruano: una investigación sobre su constitucionalidad**:

> Por lo que respecta a la *reformatio in peius*, o reforma peyorativa, en cuanto constituye una modalidad de incongruencia procesal, la misma tiene lugar cuando el recurrente, en virtud de su propio recurso, ve empeorada o agravada la situación creada o declarada en la resolución impugnada, de modo que lo obtenido con la resolución que decide el recurso es un efecto contrario del perseguido por el recurrente, que era, precisamente, eliminar o aminorar el gravamen sufrido con la resolución objeto de impugnación. Razón por la cual la interdicción de la *reformatio in peius* es una garantía procesal del régimen de los recursos que encuentra encaje en el principio dispositivo y en la interdicción de la indefensión, pues de admitirse que los órganos judiciales pueden modificar de oficio, en perjuicio del recurrente, la resolución impugnada por este, se introduciría un elemento disuasorio para el ejercicio del derecho constitucional a los recursos legalmente establecidos en la Ley"[30].

Como referente en la jurisprudencia latinoamericana tenemos la sentencia de la Sala Penal Suprema de Venezuela en Sentencia Nº 533 de fecha 11 de agosto de 2005 que estableció:

> "(…) Cabe destacar, que aun observando la inacción del Ministerio Público está vedado a la Sala pronunciarse al respecto, en virtud de que se podría incurrir en una reforma en perjuicio. En cuanto a la reforma en perjuicio, la Sala Constitucional de este Máximo Tribunal en sentencia del 11 de mayo de 2005, decidió lo siguiente:

(28) Ibídem, p. 707.
(29) MAIER, Julio. Ob. cit., p. 709.
(30) En: <http://sisbib.unmsm.edu.pe/BibVirtual/Tesis/Human/Burgos_M_V/Cap4_2.htm>. [Fecha de consulta: 23 de mayo de 2014].

> La prohibición de la *reformatio in peius* es una garantía fundamental que forma parte del derecho al debido proceso y tiene por finalidad evitar que el imputado sea sorprendido *ex oficio* con una sanción que no ha tenido oportunidad de rechazar. Por lo que su naturaleza es, además de limitar al poder punitivo del Estado, la de garantizar la efectividad del derecho fundamental de defensa y de favorecer al condenado con la revisión de la sentencia respecto a las pretensiones solicitadas, garantizando así la operatividad del sistema acusatorio.
>
> La consagración legal de la prohibición de *reformatio in peius* nace en razón de la necesidad de preservar el principio acusatorio para alcanzar la mayor independencia y equilibrio del juez, sin que este pueda anular o sustituir las funciones atribuidas a las partes en el proceso. Dicha prohibición se sostiene sobre tres puntales: la máxima *tantum apellatum, quantum devolutum*, el principio de impetración y el principio acusatorio. Los dos primeros son formulaciones diferentes de una misma situación: la disponibilidad de los derechos o el principio dispositivo; mientras que, el principio acusatorio comporta el requisito de contradicción en el proceso penal, referido a su vez a garantizar la posición acusadora, la defensora y la relación entre ambas (…)".

En la jurisprudencia constitucional peruana tenemos como antecedentes la sentencia en el Exp. N° 1918-2002-HC/TC que dice respecto a esta garantía:

> "La interdicción de la *reformatio in peius* o reforma peyorativa de la pena es una garantía del debido proceso implícita en nuestro texto constitucional. Si bien tal interdicción se identifica íntimamente con el derecho de defensa, pues agravar una pena para condenar por un ilícito que no haya sido materia de acusación, importa una grave afectación del mentado derecho, es indudable que la proscripción de la *reformatio in peius* también tiene una estrecha relación con el derecho de interponer recursos impugnatorios. En efecto, y en la línea de lo mencionado en su momento por el Tribunal Constitucional español (STC Nº 45/1993, FJ 2), admitir que el tribunal que decide el recurso tiene facultad para modificar de oficio, en perjuicio y sin audiencia del recurrente, la sentencia íntegramente aceptada por la parte recurrida, sería tanto como autorizar que el recurrente pueda ser penalizado por el hecho mismo de interponer su recurso, lo que supone introducir un elemento disuasivo del ejercicio del derecho a los recursos legalmente previstos".

La jurisprudencia constitucional peruana ha establecido una definición que acogemos y que aparece en la Sentencia del Tribunal Constitucional Nº 0553-2005-HC/TC que dice: "(…) la interdicción de la *reformatio in peius* o 'reforma peyorativa de la pena' es una garantía del debido proceso implícita en nuestro texto constitucional, la cual se relaciona con los derechos de defensa y de interponer recursos impugnatorios. De acuerdo con dicha garantía, el órgano jurisdiccional que conoce de un proceso en segunda instancia no puede empeorar la situación del recurrente en caso de que solo este hubiese recurrido la resolución emitida en primera instancia".

¿Pero cuál es el fundamento para que sí opere la reforma peyorativa de la pena? Pues lo ha señalado el mismo tribunal cuando en su Sentencia Nº 0553-2005-HC/TC al afirmar que no opera esta institución cuando el Ministerio Público no está conforme con la pena impuesta y que se basa en que el ordenamiento jurídico peruano conforme al artículo 158 de la Constitución la Fiscalía asume determinadas funciones constitucionales siendo una de ellas la de representar en los procesos judiciales a la sociedad (art. 159, inciso 3); y que la además aún, si se considera que la comisión de un delito no solo afecta bienes jurídicos individuales, sino también bienes que atañen a la sociedad en general. De ahí que se debe considerar no solo legítimo sino también necesario que el Ministerio Público asuma la representación y defensa de la sociedad en los procesos judiciales; deber y facultad que se concretiza a través de la interposición de recursos impugnatorios.

La jurisprudencia penal nacional recoge este instituto como por ejemplo la sentencia de la Sala Penal Transitoria en el R.N. Nº 4171-2006-Piura su fecha veintinueve de marzo de dos mil siete que en la parte pertinente reza:

> "Que, de otro lado, conforme es de verse de autos no solo la parte civil impugno la sentencia, sino también lo hizo la fiscal superior –véase fojas doscientos noventa y siete– y fue concedido por el juez de la cause mediante auto concesorio de apelación de fojas doscientos noventa y nueve, por lo que no se evidencia afectación al principio de *reformatio in peius*, pues el inciso tres del artículo trescientos del Código de Procedimientos Penales faculta al Tribunal Superior modificar la pena o medida de seguridad, aumentándola o disminuyéndola cuando el recurso impugnatorio es interpuesto por el Ministerio Publico, tanto más si del dictamen acusatorio en fojas ciento sesenta y nueve se advierte que este último solicitó un año de pena privativa de libertad y el pago de un mil nuevos soles por concepto de reparación civil".

También existe la R.N. N° 3044-2004-Lima publicada el 02/12/2004 de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema su fecha uno de diciembre de dos mil cuatro en su sétimo considerando como precedente vinculante que dice a la letra:

> "Sétimo.- Que el tipo penal aplicable, como se ha señalado en la sentencia recurrida, es el estipulado en el artículo cinco del Decreto Ley número veinticinco mil cuatrocientos setenta y cinco; que en dicha sentencia se ha impuesto la pena de inhabilitación 'absoluta durante el tiempo de la condena'; que, sin embargo, el citado numeral, primero, consagra un régimen propio de la indicada pena de inhabilitación, pues se trata de una pena principal pero fija su periodo de duración bajo un modelo distinto al establecido en el artículo treinta y ocho del Código Penal, el mismo que debe regir luego de la pena privativa de libertad –única forma de entender la expresión cuando la norma específica señala luego de mencionar la pena privativa de libertad, '(...) e inhabilitación posterior por el término que se establezca en la sentencia'–; y segundo, el juez con arreglo al artículo treintiséis del Código Penal debe determinar los derechos que son objeto de inhabilitación, lo que se ha omitido en el presente caso; que, siendo así, corresponde integrar el fallo de instancia en aplicación a lo dispuesto por el artículo doscientos noventa y ocho, penúltimo párrafo, modificado por el Decreto Legislativo número ciento veintiséis, respecto a la determinación de los derechos que son objeto de inhabilitación, no así en lo atinente a la duración de la pena de inhabilitación, pues su corrección implicaría una reforma peyorativa en tanto que el recurso solo proviene por parte de la imputada".

Este precedente considera que corresponde integrar el fallo cuando el juez ha omitido señalar cuales son los derechos objetos de la pena de inhabilitación pero no en lo atinente en el plazo porque sería aplicar la reforma peyorativa.

La *reformatio in peius* se extiende también a la reparación civil y así lo señala la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema R.N. Nº 1164-2004-Cusco su fecha nueve de diciembre del año dos mil cuatro:

> "(…) resolviendo el fondo de la queja y habiendo el ad quem en la sentencia de fojas trescientos ochenta y ocho su fecha veintiuno de diciembre de dos mil uno, aumentando la reparación civil fijada por la sentencia del a quo en tres mil nuevos soles, esta no puede ser modificada aumentando la misma a tres mil quinientos nuevos soles, por tanto se ha violado el principio de la no reforma en peor, prevista en

> el artículo trescientos del Código de Procedimientos Penales, en tanto apeló únicamente la sentenciada".

En un esfuerzo por uniformizar criterios en la magistratura se ha dado el Acuerdo Plenario N° 5-2007/CJ-116 del dieciséis de noviembre de dos mil siete, como resultado de la reunión de los vocales supremos integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República en Pleno Jurisprudencial. Allí se ha establecido lo siguiente:

> "(…) que el Tribunal, puede en el supuesto que el recurso impugnativo haya sido interpuesto solo por el sentenciado, según el caso: variar el grado de consumación del delito (de tentativa a delito consumado), variar el grado de participación (por ejemplo de cómplice secundario a cómplice primario o instigador o autor), variar la pena de principal a accesoria o viceversa, e integrar el fallo disponiendo el tratamiento terapéutico a que se refiere el artículo 178-A del Código Penal. Por otro lado, el Tribunal de Revisión no puede integrar el fallo recurrido e imponer una pena omitida aun cuando la ley penal la establezca".

Las partes en el recurso impugnatorio son los que fijan los límites de su pretensión. En la Casación N° 16-2009-Huaura del doce de marzo de dos mil diez se fija como criterio "(…) principio *tantum apellatum quantum devolutum*, impide ingresar a examinar otros extremos del fallo de vista (…)".

Pero qué sucedería si solo el Ministerio Público apelara para que se eleve la pena y la Sala de Revisión saliéndose de esa pretensión absuelve al sentenciado. La reforma en peor habría afectado a la fiscalía. Frente a esto es necesario tener presente que la prohibición no es un privilegio solo del imputado sino de las partes apelantes, tal como fue su concepción original. Alguien diría que pudiera cometerse una gran injusticia si hay pruebas para absolver; pero si se le dio a la parte condenada el derecho de apelar y esta no lo hizo, mal podría el órgano de revisión examinar la decisión condenatoria y absolverlo porque quien accionó la instancia fue el apelante en este caso el Ministerio Publico; aunque es menester reconocer que pueden darse casos excepcionales donde entraría a tallar un juicio ponderativo.

La conclusión que puede extraerse es que la prohibición de la *reformatio in peius* es una garantía procesal para la parte que ha recurrido la sentencia, que en su concepto le produce agravios.

XIV. Impugnación diferida

El NCPP establece la posibilidad que el examen del recurso de apelación que va en grado sea visto posteriormente. Un antecedente lo tenemos en el artículo 369 del CPC que dice que de oficio o a pedido de parte, el juez puede ordenar que se reserve el trámite de una apelación sin efecto suspensivo para que sea resuelta por la instancia superior conjuntamente con la sentencia. Si no se apela la sentencia o la resolución señalada por el juez determina la ineficacia de la apelación diferida. Es decir su trámite está condicionado a que se apele la resolución final. La idea fuerza detrás de la apelación diferida es la buscar celeridad procesal que podría verse afectada con la generación de incidencias que van a tener efectos en el desarrollo del proceso principal. Siendo más específicos, puede darse el caso que el principal ya concluye pero mientras tanto en el órgano superior continúa el trámite de las apelaciones de los incidentes entrampando el proceso.

1. Supuestos de impugnación diferida

Cuando haya pluralidad de imputados o de delitos y se dicte auto de sobreseimiento, estando pendiente el juzgamiento de otros, si se apela el auto, y se concede se reservará la remisión de los autos al superior hasta que se pronuncie la sentencia que ponga fin a la instancia. Sin embargo, tendrá que remitirse si es que se ocasiona grave perjuicio a alguna de las partes. Para este último caso el afectado a quien se le difiere su recurso de impugnación puede interponer un recurso de queja para que el superior examine si existen fundadas razones para que se le haya diferido su recurso (art. 410.1 del NCPP).

Se ha ofrecido en general a la ciudadanía que el NCPP abona en la celeridad procesal, sin embargo podría eventualmente darse el caso que mientras se resuelve el medio impugnatorio la persona sentenciada ya cumplió el tiempo de condena que se le ha impuesto. Ante tal caso el artículo 411 establece que estos deben ser puestos en inmediata libertad, sin perjuicio que el juez pueda eventualmente dictar medidas de restricción que aseguren la presencia del procesado al proceso. Hay una remisión para estas medidas al artículo 288[31] del NCPP**.**

(31) 1. La obligación de someterse al cuidado y vigilancia de una persona o institución determinada, quién informará periódicamente en los plazos designados. 2. La obligación de no ausentarse de la localidad en que reside, de no concurrir a determinados lugares, o de presentarse a la autoridad en los días que se le fijen. 3. La prohibición de comunicarse con personas determinadas, siempre que no afecte el derecho de defensa. 4. La prestación de una caución económica, si las posibilidades del imputado lo permiten. La caución podrá ser sustituida por una fianza personal idónea y suficiente.

Respecto de la ejecución de la resolución apelada salvo que se conceda la apelación con efecto suspensivo conforme al artículo 412.1 esta se ejecuta provisionalmente. El NCPP señala además que las impugnaciones contra las sentencias y demás resoluciones que ordenen la libertad del imputado no podrán tener efecto suspensivo. Es decir que la persona debe ser inmediatamente liberada. Si el superior revoca la decisión se deberá como consecuencia ordenar su recaptura.

Calamandrei señalaba que la sentencia sujeta a un recurso no tiene una eficacia de tal sentencia; no tiene el valor de declarar un derecho, el cual solo comienza a existir (o se extingue) cuando queda excluida la posibilidad de recurso es decir cuando aparece la cosa juzgada (Manzini). La eficacia de la sentencia está sujeta a una condición suspensiva(32).

Carnelutti por su lado realizaba la distinción entre la "imperatividad" y la "inmutabilidad" de las sentencias. Llegó a la conclusión que por razones de garantía y de utilidad, se da una presunción de justicia de la sentencia que ha causado efecto de cosa juzgada formal pero aún no material ("inmutable" pero no "imperativa"), por lo que esta presunción basta para permitir que la sentencia se utilice mientras no se da el efecto de cosa juzgada material, vinculando a las partes de aquella manera para la composición del litigio(33).

2. La ejecución de sentencia impugnada en la jurisprudencia vinculante

La Ejecutoria Suprema Vinculante R.N. Nº 2476-2005(34)-Lambayeque, del veinte de abril de dos mil seis estableció en el marco del Código de Procedimientos Penales las siguientes reglas jurídicas respecto de la ejecución de la sentencia impugnada que nos sirve de referencia para entender la ejecución en el NCPP:

> **"Cuarto:** Que el artículo sesenta y uno del Código Penal, invocado por el citado encausado y por el Superior Tribunal, exige que haya transcurrido el plazo de prueba y que el condenado no haya cometido nuevo delito doloso ni infringido de manera persistente y obstinada las reglas de conducta establecidas en la sentencia; que, en cuanto al cómputo del indicado plazo, es de tener presente el artículo trescientos treinta del Código de Procedimientos Penales, que

(32) FAIRÉN GUILLÉN, Víctor. Ob. cit., p. 505.
(33) Ibídem, p. 506.
(34) Jurisprudencia Sistematizada de la Corte Suprema Perú. Editado por Comisión Europea. Jusper. Poder Judicial, 2008, edición digital.

> establece que la sentencia condenatoria, como en el presente caso, se cumplirá aunque se interponga recurso de nulidad, salvo los casos en que la pena sea la de internamiento, relegación, penitenciaría o expatriación; que ello significa que, salvo esas penas, la impugnación contra una sentencia condenatoria no es suspensiva y, por consiguiente, se ejecuta provisionalmente conforme a sus propios términos, lo que por lo demás reitera el artículo doscientos noventa y tres del Código de Procedimientos Penales y, en tal virtud, obliga al órgano jurisdiccional a disponer lo conveniente para que sus disposiciones se ejecuten cumplidamente mientras se absuelva el grado, lo que significa que deberá instarse el cumplimiento de las reglas de conducta, las penas que no son objeto de suspensión y el pago de la reparación civil, en tanto que para tales cometidos la competencia del órgano jurisdiccional de ejecución no está suspendida; que, por consiguiente, en el caso de autos ese primer requisito se ha cumplido, pues la sentencia de primera instancia se emitió el treinta de octubre de dos mil uno y el periodo de prueba venció el veintinueve de octubre de dos mil cuatro".

Un primer aspecto a señalar es que la sentencia condenatoria se cumplirá aunque se interponga recurso de nulidad, salvo los casos en que la pena sea privativa de libertad. Es decir que la impugnación contra una sentencia condenatoria no es suspensiva y se ejecuta provisionalmente conforme a sus propios términos y el órgano jurisdiccional está obligado a ejecutar la sentencia mientras se absuelva el grado, y en concreto debe exigir el cumplimiento de las reglas de conducta, las penas que no son objeto de suspensión y el pago de la reparación civil. Esta regla se sujeta a lo establecido por el artículo 293 del Código de Procedimientos Penales que dice que el recurso de nulidad no impide que se cumpla la sentencia expedida por el Tribunal, salvo lo dispuesto en los artículos 330 y 331. Un segundo aspecto es con relación al artículo 61 del Código Penal que dice: "La condena se considera como no pronunciada si transcurre el plazo de prueba sin que el condenado cometa nuevo delito doloso, ni infrinja de manera persistente y obstinada las reglas de conducta establecidas en la sentencia".

Como conclusión tenemos que la interposición del Recurso de Nulidad en el Código de Procedimientos Penales no interrumpe la ejecución de la pena ni el cobro de la reparación civil.

Con respecto a las sentencias absolutorias o autos de archivo que disponen la libertad del procesado que estuviera en cárcel y han sido impugnadas el segundo párrafo del artículo 412 dice que no podrán tener efecto suspensivo,

es decir que cualquier medida cautelar que existiese en el momento de la decisión pierden eficacia.

El NCPP establece una excepción (art. 402) y es la de la imposición de las penas de multa o limitativas de derechos y según el artículo 31 inciso 3 del Código Penal se extiende a la pena de inhabilitación. De esto se infiere que solo las sentencias que fijan penas de privativas de libertad y restrictivas de libertad tal como estaban establecidas en los artículos 29[35] y 30[36] del Código Penal se **ejecutan provisionalmente** pese a la interposición de recurso impugnatorio contra ellas. En esta línea la Corte Suprema en el Acuerdo Plenario N° 10-2009/CJ-116 ha fijado que si el condenado estuviera en libertad y se impone pena o medida de seguridad privativa de libertad de carácter efectivo, el Juez Penal, interpuesto el recurso, podrá ejecutar provisionalmente o alternativamente imponer alguna restricción de las previstas en el artículo 288 que son las siguientes:

"1. La obligación de someterse al cuidado y vigilancia de una persona o institución determinada, quién informará periódicamente en los plazos designados.

2. La obligación de no ausentarse de la localidad en que reside, de no concurrir a determinados lugares, o de presentarse a la autoridad en los días que se le fijen.

3. La prohibición de comunicarse con personas determinadas, siempre que no afecte el derecho de defensa.

4. La prestación de una caución económica, si las posibilidades del imputado lo permiten. La caución podrá ser sustituida por una fianza personal idónea y suficiente".

Lo que no vemos en este Acuerdo Plenario N° 10-2009/CJ-116, es el sustento para una aplicación distinta a la pena efectiva de libertad mientras se evalúe el recurso impugnatorio, o es que se sobreentiende que el fundamento

(35) Artículo 29.-

Duración de la pena privativa de libertad La pena privativa de libertad puede ser temporal o de cadena perpetua. En el primer caso, tendrá una duración mínima de dos días y una máxima de treinta y cinco años. (Modificado por el artículo 1 del Dec. Leg. Nº 982 publicado el 22/07/2007).

(36) Artículo 30.- Pena restrictiva de libertad.

La pena restrictiva de libertad es la expulsión del país, tratándose de extranjeros. Se aplican después de cumplida la pena privativa de libertad. (Modificado por la Ley N° 29460 publicada el 27/11/2009 en el diario oficial *El Peruano*).

nace desde la facultad que tiene la instancia superior establecida en el artículo 418 del NCPP que dice:

> "1. El recurso de apelación tendrá efecto suspensivo contra las sentencias y los autos de sobreseimiento, así como los demás autos que pongan fin a la instancia.
>
> 2. Si se trata de una sentencia condenatoria que imponga pena privativa de libertad efectiva, este extremo se ejecutará provisionalmente. En todo caso, el Tribunal Superior en cualquier estado del procedimiento recursal decidirá mediante auto inimpugnable, atendiendo a las circunstancias del caso, si la ejecución provisional de la sentencia debe suspenderse".

Este es un punto no aclarado porque expresamente le da la facultad de ejecución provisional en forma limitada al órgano revisor pero no al a quo. El 418 inciso 2 del NCPP permite que si se hubiera optado por la inmediata ejecución de la pena impuesta, la Sala Superior podrá suspenderla, atendiendo a las circunstancias del caso y que ese efecto suspensivo termine cuando la sentencia queda firme.

El Acuerdo Plenario N° 10-2009/CJ-116 concluyó que la pena de inhabilitación conforme a las reglas del NCPP no se ejecuta hasta que la sentencia condenatoria adquiera firmeza y rige plenamente en este tema el sistema suspensivo.

Capítulo II
Los recursos en el NCPP

I. Generalidades

Como antecedentes de los recursos tenemos el Código de Procedimientos Penales en el que expresamente solo hace mención a los recursos de apelación, de nulidad y el de queja. En el Decreto Legislativo N° 124 que regula el proceso sumario hace referencia solo al recurso de apelación y al recurso de queja. Por los vacíos existentes en esta legislación procesal penal se aplica supletoriamente las reglas del Código Procesal Civil en lo cuanto sea compatible y que es en el fondo una aplicación analógica permitida siempre y cuando que no limite o restrinja derechos de las partes[37]. El recurso de reposición contra decretos no estaba regulado en el Código de 1940 y por eso se aplicaba las disposiciones procesales civiles, de la misma forma las nulidades como remedios. El NCPP tiene mejor estructurado los medios de impugnación que proceden contra las resoluciones judiciales y son los recursos de reposición, de apelación, de casación y de queja.

1. Plazos

Como requisito de procedibilidad de los recursos tenemos los plazos fijados por el artículo 414, que salvo disposición legal distinta son:

a) Diez días para el recurso de casación.

b) Cinco días para el recurso de apelación contra sentencias.

c) Tres días para el recurso de apelación contra autos interlocutorios y el recurso de queja.

d) Dos días para el recurso de reposición.

(37) Conforme al Artículo IV.- Aplicación analógica de la ley del Código Civil.

Siguiendo la regla que el plazo se computará desde el día siguiente de la notificación de la resolución, esto es particularmente problemático cuando se calcula los días hábiles pues el calendario gregoriano aparte de los días feriados oficiales, se dan circunstancias externas como añadidos de fechas de feriados para el sector público recuperables, o también las huelgas judiciales, por ello el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial ha aprobado la R.A. N° 117-2012-CE-PJ que obliga que los secretarios cuando eleven los expedientes informen sobre los días hábiles e inhábiles en el contexto temporal de presentación del recurso. Medida que por razones prácticas consideramos atinada y que deben ser seguidos por los órganos jurisdiccionales inferiores.

El juez ante el que se interpone al realizar el control de plazos en la interposición deberá contabilizarlo correctamente bajo la declaración de nulidad del concesorio por el superior si es extemporáneo.

Los plazos de apelación en audiencia, o la reserva para el día siguiente o tres días en el sumario en la legislación procesal de 1940 y el Dec. Leg. Nº 124 y permitir la apelación fuera de audiencia sin fundamentación generaba distorsiones y desigualdades en los plazos. Nos explicamos.

El que interponía recuso de nulidad en audiencia se le admitida a trámite y tenía 10 hábiles días para fundamentar.

El que apelaba al día siguiente por haber reservado el derecho y lo hacía con fundamentación, a buena hora; pero si lo hacía sin fundamentación, la admisión a trámite le tenía que ser notificada para de allí empezar a correr el plazo para fundamentar generando desigualdades en los plazos, porque para el mismo caso el plazo para el que se reservó el derecho era más largo ya que el decreto de admisión a trámite le tenía que ser notificado en su domicilio procesal para de allí contar el plazo de diez días. La falta de conocimiento de la admisión a trámite podía generar indefensión.

Estas distorsiones en el plazo provocaron que en el R.N. Nº 1004-2005-Huancavelica, 25 de mayo de 2005 estableciera como precedente vinculante el tercer considerando que dice:

> "(…) que es de precisar que el plazo de diez días a que hace referencia el apartado cinco del artículo trescientos del Código de Procedimientos Penales, modificado por el Decreto Legislativo número novecientos cincuenta y nueve, corre desde el día siguiente de la notificación de la resolución de requerimiento para su fundamentación –en caso el recurso se interponga por escrito, fuera del acto oral–, oportunidad a partir de la cual el impugnante tiene certeza de la viabilidad inicial

> o preliminar del recurso que interpuso; que aun cuando en anteriores decisiones este Supremo Tribunal estimó que el plazo para la fundamentación o formalización del recurso corría desde el día, o al día siguiente, de la interposición del recurso, es del caso fijar con carácter estable y de precedente vinculante, con arreglo a lo dispuesto por el apartado uno del artículo trescientos uno A del Código de Procedimientos Penales, introducido por el Decreto Legislativo número novecientos cincuenta y nueve, el criterio que ahora se enuncia; que a lo expuesto en el considerando anterior: seguridad o certeza respecto a la viabilidad inicial o preliminar del recurso interpuesto, es de añadir no solo que el apartado cinco de la disposición antes referida no estipula taxativamente el criterio anteriormente enunciado: transcurso del plazo sin atender al decreto del tribunal mediante el cual se requiere al impugnante la fundamentación del recurso interpuesto, sino también que se trata de una norma que integra el derecho al recurso legalmente previsto, el cual forma parte del contenido esencial del derecho a la tutela jurisdiccional reconocido por el inciso tres del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución, en cuya virtud es menester adoptar el criterio jurisprudencial más favorable a la viabilidad, ejercicio y eficacia de la admisibilidad de la impugnación, esto es, realizar una lectura flexible y amplia de la legalidad en orden al derecho al recurso".

La ejecutoria suprema da pautas a fin de establecer el cómputo de los plazos para interponer recursos impugnatorios y no atentar contra el debido proceso y la tutela judicial efectiva debido a los vacíos en el Código de Procedimientos Penales. Señala que el plazo para fundamentar el recurso impugnatorio corre desde que es requerido el impugnante para la expresión de agravios y no desde que esta persona interpone el recurso. En los recursos interpuestos en la misma audiencia no hay problema puesto que allí mismo se admite a trámite el recurso y se le requiere al impugnante que exprese los agravios en el medio impugnatorio por lo que se considera que ya está notificado.

La regla en el precedente es que el plazo de diez días del artículo 300 del Código de Procedimientos Penales modificado por el Decreto Legislativo Nº 959, para interponer el recurso de nulidad, corre desde el día siguiente de la notificación de la resolución de requerimiento para su fundamentación siempre que el recurso se interponga por escrito a efectos que este tome conocimiento de la admisión a trámite y la necesidad de la fundamentación. La necesidad de expresión de agravios nos parece sumamente importante puesto que esta práctica deviene del Código Procesal Civil ya que antes no se exigía este elemental requisito, de tal forma que las apelaciones eran sin fundamentación y

la instancia que debía absolver el grado prácticamente tenía que adivinar cuales eran los agravios.

El instituto de la reserva de apelación y la posibilidad de fundamentar después sigue vigente en NCPP cuando se trata de impugnar sentencias ya que luego de leída el juzgador preguntará a quien corresponda si interpone recurso de apelación. No es necesario que en ese acto fundamente el recurso. También puede reservarse la decisión de impugnación (art. 401.1). Si hay acusados no concurrentes a la audiencia, el plazo empieza a correr desde el día siguiente de la notificación en su domicilio procesal.

El NCPP elimina estas distorsiones porque la apelación y su fundamentación tienen que hacerse dentro del plazo que se computa desde que es notificado el sujeto procesal con la decisión. Si es fuera de audiencia la apelación debe presentarse fundamentada; pero reiteramos dentro del plazo de notificado. Si apela sin fundamentación debe cumplirse esto desde que se toma conocimiento de resolución con la notificación. Debemos interpretar que la presentación de la apelación y la fundamentación deben hacerse dentro de un plazo único y es desde que es debidamente notificado. Lo ideal es que la apelación se presente en un solo acto debidamente fundamentada.

II. El recurso de reposición

En la doctrina se le denomina también recurso de revocatoria y de súplica, y lo resuelve el mismo tribunal que dictó la resolución impugnada. Es un medio de impugnación que no tiene efecto devolutivo. Según Levene son objeto del recurso los autos interlocutorios, que son los que resuelven algún incidente o encauzan el procedimiento, a fin de que el mismo juez que los ha dictado, los revoque por contrario imperio. Se interpone para reparar errores procesales(38). En el Derecho procesal peruano es admitido el recurso para decretos y no para decisiones interlocutorias. Sin embargo en un contexto de medidas de restricción de derechos procede contra los autos expedidos por la Sala Penal Superior dictados en primera instancia (art. 204.3 del NCPP). También puede ser objeto de recurso de reposición el auto en el que la Sala declara inadmisible el recurso de apelación de autos (art. 420.4).

Los decretos por naturaleza tienen incidencia en el trámite. Cuando hay un error en el decreto se admite la reposición de tal forma que el juez reexamine

(38) LEVENE, Ricardo. Ob. cit., Tomo II, p. 656.

y dicte la resolución respectiva. En las audiencias según el artículo 415.1 del NCPP será admisible el recurso de reposición sobre todas las resoluciones salvo las finales. Si se plantea en audiencia el juez debe resolver en ese mismo acto sin suspender la audiencia.

El NCPP señala la forma cómo se tramita el recurso de reposición. Interpuesto el recurso y el juez advierte que el vicio o error es evidente corregirá el decreto y si el recurso es manifiestamente inadmisible lo declarará inmediatamente.

Si no se trata de una decisión dictada en una audiencia, el recurso se presentará por escrito con las formalidades ya establecidas y si el juez lo considera necesario correrá traslado a la otra parte por el plazo de dos días. Con o sin su absolución vencido el plazo resolverá (art. 416.2.b). La decisión es inimpugnable.

III. El recurso de apelación

Es un medio de impugnación que procede contra autos interlocutorios que ponen fin a la instancia, y las sentencias penales en general. El NCPP contempla las siguientes resoluciones:

- Sentencias.
- Autos de sobreseimiento y los que resuelvan cuestiones previas, cuestiones prejudiciales y excepciones, o que declaren extinguida la acción penal o pongan fin al procedimiento o la instancia.
- En ejecución de sentencia los autos que revoquen la condena condicional, la reserva del fallo condenatorio o la conversión de la pena.
- Autos que se pronuncien sobre la constitución de las partes y sobre aplicación de medidas coercitivas o de cesación de la prisión preventiva.
- Autos expresamente declarados apelables, esto es que se haya fijado en el NCPP o en leyes especiales. Además señala respecto de los autos que causen gravamen irreparable, los que deberán tener incidencia en derechos fundamentales no previstos expresamente (art. 416 del NCPP).

En la Casación N° 53-2010-Piura de 7 de julio de 2012 se dice respecto a una pretensión que se regule el recurso de apelación en audiencia de una

resolución que cause gravamen irreparable, que el artículo 416 del NCPP debe ser interpretado en todos los casos en sentido estricto pues dicho dispositivo legal establece las causales de procedencia y las resoluciones que son recurribles vía el recurso de apelación por lo que cualquier interpretación amplia y extensiva de la acotada norma por un lado desnaturalizaría la incoación de dicho recurso y por el otro crearía un desorden recursal que importaría una obstrucción al desarrollo normal del proceso penal (considerando décimo tercero apartado sexto) establecido como una suerte de doctrina jurisprudencial.

En el Derecho Procesal Penal argentino al decir de Levene el recurso de apelación es el medio de impugnación más importante y procede contra autos interlocutorios, y contra sentencias definitivas. En su nuevo Código Procesal Penal y siendo el Ministerio fiscal una de las partes del proceso, no se imitó al proyecto de 1960 para la Capital Federal, en cuanto disponía expresamente que aquel deberá fundamentar el recurso de apelación. Los motivos de nulidad están incluidos en la apelación(39).

Respecto del domicilio procesal del apelante, es conocido que en algunas regiones las salas de apelaciones puede estar distantes del lugar donde se emitió la resolución cuestionada por ello se señala que ante este hecho objetivo el impugnante deberá fijar domicilio procesal en la sede de Corte dentro del quinto día de notificado el concesorio del recurso de apelación, sino lo hace se le tendrá por notificado en la misma fecha de la expedición de las resoluciones dictadas por la Sala Penal Superior. Este es un mensaje para que el abogado sea diligente.

1. Órgano competente

Para conocer del recurso de apelación de las decisiones del Juez de la Investigación Preparatoria, así como contra las expedidas por el Juzgado Penal, unipersonal o colegiado está la Sala Penal Superior mientras que las sentencias emitidas por el Juzgado de Paz Letrado, conoce del recurso el Juzgado Penal unipersonal (art. 417).

2. Efectos del recurso de apelación

Las apelaciones tienen dos clases de efectos, devolutivas o suspensivas.

(39) LEVENE, Ricardo. Tomo II. Ob. cit., p. 658.

El efecto **devolutivo** significa que cuando se admite el recurso el curso del procedimiento continúa por sus demás trámites, estando en posibilidades de incluso ser ejecutada la sentencia que se haya dictado, esto en caso de ser sentencia definitiva la resolución apelada, si se trata de un auto o de una interlocutoria el juicio sigue por sus trámites sin suspenderse surtiéndose por consiguiente todos los efectos de la resolución que se impugna(40). El tema de fondo es la necesidad que el proceso se realice dentro de un plazo razonable.

El término "devolutivo" debe entenderse también, en su sentido histórico, en relación a la característica central de los recursos dentro de los regímenes de inspiración absolutista, como restitución, por escalones, de la autoridad central que delegaba en funcionarios inferiores la tarea judicial. El recurso de apelación "devolvía" la facultad delegada hacia quien la había otorgado(41). La jurisdicción era delegada por el rey o monarca a los tribunales de tal forma que cuando se impugnaba, se "devolvía" esa delegación a la fuente de poder original.

En resumen, el efecto devolutivo significa que a través del recurso será llevada ante la instancia superior y el suspensivo que la eficacia de la decisión impugnada es impedida por la interposición del recurso(42). En el caso de efecto **suspensivo**, el juicio queda, en suspenso hasta en tanto sea resuelta la apelación, es decir, solo se actúa en la segunda instancia, y por lo que se refiere a la primera, el juez esperará hasta recibir las constancias de lo resuelto por el Tribunal Superior de Justicia, acatando el fallo que sea dictado(43).

Para Chiovenda el efecto suspensivo es considerado como la falta normal de ejecutoriedad en la sentencia de primer grado durante el término para apelar y el juicio de apelación; y el devolutivo significa el paso del pleito decidido por el juez inferior al conocimiento pleno del juez superior(44).

En el NCPP en el artículo 418 están considerados los efectos que podrán tener los recursos presentados. Respecto del recurso de apelación este tendrá efecto suspensivo cuando se haya interpuesto contra sentencias y autos de sobreseimiento y otros autos que pongan fin a la instancia. Sin embargo, la sentencia excepcionalmente se ejecutará provisionalmente cuando imponga pena privativa de libertad efectiva.

(40) SADA CONTRERAS, Carlos Enrique. Ob. cit., p. 148.
(41) VÁSQUEZ ROSSI, Jorge E. Ob. cit., p. 474.
(42) ROXIN, Claus. Ob. cit., p. 446.
(43) SADA CONTRERAS, Carlos Enrique. Ob. cit., p. 148.
(44) CHIOVENDA, José. Ob. cit., p. 489.

Ya en el conocimiento del recurso antes de pronunciarse sobre el fondo el Tribunal Superior tiene la facultad de decidir mediante auto inimpugnable, si la ejecución provisional de la sentencia debe suspenderse. Dependiendo de cada caso la sala eventualmente podría otorgar la libertad al condenado si la proyección es que sea absuelto.

3. Facultades de la Sala Penal Superior

El tribunal ad quem podrá examinar dependiendo de la amplitud con que se interpuso el recurso por el apelante, problemas de hecho y de derecho(45). Esto nos lleva a plantearnos algunas interrogantes. ¿Hasta dónde puede examinar el recurso planteado por la parte recurrente? ¿Cuáles son los límites? ¿La sala puede ir más allá de la pretensión del apelante? El artículo 419 establece cuáles son las facultades de la Sala Penal Superior. En el inciso 1 dice que la apelación le atribuye a la Sala Penal Superior, dentro de los límites de la pretensión impugnatoria, examinar la resolución recurrida tanto en la declaración de hechos cuanto en la aplicación del derecho. Es decir que el examen puede ser de fáctico y jurídico. La apelación en los agravios precisará en que forma la parte fáctica tal como ha sido reconstruida en el proceso penal le afecta. Con esta lógica también debe verse la parte jurídica.

La Casación N° 215-2011-Arequipa del 12 de junio de 2012 ha fijado de conformidad con el artículo 427.4, doctrina jurisprudencial. La sentencia de vista recurrida sostenía el siguiente argumento: el Juzgado de la Investigación Preparatoria se había constreñido a fijar la excepción solo en el tipo penal de abuso de autoridad sin verificar que los hechos podrían constituir otro delito. La Corte Suprema dice que esa facultad acusadora es exclusiva del Ministerio Público por mandato constitucional desarrollado en su Ley Orgánica N° 52, observándose vulneración constitucional al principio acusatorio, pues si la Sala está facultada para desvincularse de la acusación fiscal, ello debe ser dentro de los parámetros que enmarca la ley mediante resolución debidamente sustentada, verificándose que efectivamente existió vulneración del principio acusatorio al haber emitido pronunciamiento sobre la calificación de los hechos investigados que no fue invocado por ninguno de los apelantes.

Afectación distinta al principio acusatorio es al principio de congruencia. Este principio conocido también como de correlación, importa un deber exclusivo del juez por el cual debe expresar los fundamentos la resolución que ha dictado basado en las pretensiones y defensas traducidas en agravios formulados

(45) FAIRÉN GUILLÉN, Víctor. Ob. cit., pp. 384-385.

por los justiciables en su recurso impugnativo, para así con coherencia justificar la decisión. Cuando hay discordancia entre la decisión judicial y el contenido de los agravios se produce el vacío de incongruencia que se manifiesta por exceso *ultra petita* o por defecto *infra petita*. En este caso incurrió en un pronunciamiento *extra petita*. La regla jurídica fijada por la Corte Suprema es que la autoridad jurisdiccional que conoce un medio impugnatorio debe circunscribirse a los agravios aducidos por las partes. Es simplemente la regla *tantum apellatum quantum devolutum*.

La sala penal luego de examinar la pretensión impugnatoria deberá concluir en lo siguiente anular, revocar total o parcialmente o confirmar la sentencia.

4. Sentencia absolutoria por condenatoria

Una facultad de la Sala Penal Superior es que apelada una sentencia absolutoria podrá dictar sentencia condenatoria (art. 419.2).

Esta regla es cuestionada toda vez que se afirma que el juez al condenar revocando una sentencia absolutoria rompe con la inmediación y deja desprotegido al absuelto quien no tendrá derecho a recurrir a esta.

En la judicatura hay posiciones contrapuestas. En la Corte de Huaura, Exp. N° 2008-01403-87-1308-JR-PE-1 se condenó a un absuelto aplicando la normativa procesal penal.

La Sala Penal de la Corte Superior de Arequipa en el Expediente Nº 2008-12172-15[46], caso Jorge Adcco Ccanahuire del 22 de junio de 2011 no aplicó el inciso 3 del artículo 425 del NCPP por colisionar con el derecho a la instancia plural (revisión por otro órgano superior) que consagra la constitución (art. 139.6) y las normas de protección internacional de los derechos humanos (art. 10 y 11 DUDH; artículo 4, 14 y 15 PIDC, artículo 8.2 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos). Esta sentencia fue elevada en Consulta a la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema que absolvió el caso en setiembre de 2010 (notificando en Arequipa en abril de 2011), emitiendo decisión desaprobatoria (consulta 2491-2010 hecha por la indicada Sala Penal de Apelaciones de Arequipa). En el fundamento sexto de la Resolución de Consulta emitida por la Suprema Sala Constitucional y Social Permanente (Nº 2491-2010-Arequipa) se dice textualmente:

(46) Jurisprudencia Nacional CPP. Comisión especial de la Reforma Procesal Penal, Lima, 2012, p. 383.

> "Que, en efecto, la prohibición de la *reformatio in peius* no funciona en los supuestos que el contrario hubiera también apelado de la sentencia; situación jurídico procesal que es donde se encuadra el tema en análisis… en este caso el MP es quien apela (…)".

En la sentencia consultada en el caso Jorge Adcco Ccanahuire se aprecia del párrafo 4.1.1, que solo apeló el Ministerio Público de la sentencia absolutoria. El criterio de la Suprema Sala radica en que la pluralidad de instancias se agota con el doble examen de la causa en instancias diferentes (doble grado de jurisdicción).

La Sala Penal de Apelaciones de Trujillo en el Exp. Nº 02850-2010-45-1601-JR-PE-06[47] de 20 de setiembre de 2012 en un recurso de apelación de sentencia absolutoria cuestionó la posibilidad condenar a un absuelto bajo las siguientes premisas:

El control difuso de convencionalidad instituido por la Corte Interamericana de DD.HH., desde la Sentencia en el caso Almonacid Arellano c/ Chile (2006) hasta la sentencia en el caso Cabrera García y Montiel Flores c/México (2010), establece como obligación que tienen los jueces de cada uno de los Estados partes, de efectuar no solo control de legalidad y de constitucionalidad en los asuntos de su competencia, sino de integrar en el sistema de sus decisiones corrientes, las normas contenidas en la Convención Americana. Este postura de la Sala de Trujillo es una proyección en el ámbito del derecho internacional público en el que los tratados o convenciones son fuentes de derecho, y si bien puede existir legislación procesal que los jueces están obligados a aplicar como el caso peruano que permite la condena del absuelto, esta debe estar conforme a la Convención, lo que no ocurre. Como referencia se tiene el Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en el Caso N° 11.618 Oscar Alberto Mohamed vs. Argentina, del 13 de abril de 2011, el en un caso de condena de un absuelto afirma que es derecho de toda persona acusada de un delito a tener derecho a un recurso mediante el cual obtenga una revisión amplia de la sentencia condenatoria en cumplimiento del artículo 8.2.h de la Convención Americana. La Sala de Trujillo consideró que, se violaba este derecho cuando se condena en segunda instancia, al que fue absuelto en la primera, pues no se le permite, a través de un recurso extraordinario, a revisar la condena de forma amplia, es decir, revisar los hechos, las pruebas y el derecho. En el fundamento 107 del informe, la Comisión sostiene que es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la

(47) Jurisprudencia Nacional CPP. Comisión especial de la Reforma Procesal Penal, Lima, 2012, p. 341.

ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico; pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean debilitadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. Allí radica el fundamento por la que el Poder Judicial debe ejercer una especie de "control de convencionalidad" de las normas del sistema jurídico interno con la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En la actualidad en el Oscar Alberto Mohamed vs. Argentina, la Corte Interamericana ya emitió una sentencia de fondo en la que le da la razón a Oscar Alberto Mohamed que podemos extraerlo del resumen oficial del Tribunal Internacional:

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Integrada por los siguientes Jueces: Diego García-Sayán, Presidente; Manuel E. Ventura Robles, Vicepresidente; Margarette May Macaulay; Rhadys Abreu Blondet; Alberto Pérez Pérez y Eduardo Vio Grossi. El Juez Leonardo A. Franco, de nacionalidad argentina, no participó en el presente caso de conformidad con el artículo 19.1 del Reglamento de la Corte. Presentes, además, el Secretario del Tribunal Pablo Saavedra Alessandri y la Secretaria Adjunta Emilia Segares Rodríguez. El Juez Pérez Pérez hizo conocer a la Corte su voto disidente, el cual acompaña la Sentencia.

CASO MOHAMED VS. ARGENTINA

RESUMEN OFICIAL EMITIDO POR LA CORTE INTERAMERICANA

SENTENCIA DEL 23 DE NOVIEMBRE DE 2012

(Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas)

El 23 de noviembre de 2012 la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante "la Corte Interamericana", "la Corte" o "el Tribunal") emitió la Sentencia, en la cual desestimó la excepción preliminar interpuesta por el Estado, y declaró, por unanimidad, que el Estado es internacionalmente responsable por haber violado el derecho a recurrir del fallo, consagrado en el artículo 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con los artículos 1.1 y 2

de dicho tratado, en perjuicio de Oscar Alberto Mohamed. La Corte determinó la responsabilidad internacional del Estado por no haber garantizado al señor Oscar Alberto Mohamed el derecho a recurrir del fallo penal condenatorio. El señor Mohamed fue condenado como autor del delito de homicidio culposo mediante sentencia emitida el 22 de febrero de 1995 por el tribunal en segunda instancia, la cual revocó el fallo absolutorio que había proferido el juzgado de primera instancia.

I. Excepción preliminar

El Estado interpuso una excepción preliminar solicitando que se rechacen las alegaciones de los representantes de la presunta víctima relativas a la violación del derecho protegido en el artículo 8.4 de la Convención Americana debido a que la estaban invocando "por primera vez en el presente proceso internacional", con lo cual se habría negado a Argentina la oportunidad de darle tratamiento y debida respuesta de acuerdo al carácter subsidiario del Derecho internacional.

La Corte reiteró su jurisprudencia constante en la cual ha establecido que las presuntas víctimas y sus representantes pueden invocar la violación de otros derechos distintos a los comprendidos en el informe de fondo, siempre y cuando se atengan a los hechos contenidos en dicho documento. En el presente caso, los representantes alegan la violación al principio de *ne bis in idem* argumentando que permitir la apelación de la sentencia de absolución a una parte distinta al imputado, es permitir una doble persecución que vulnera dicho principio. El tribunal constató que esa supuesta violación al artículo 8.4 de la Convención está relacionada con los mismos hechos planteados por la Comisión en el Informe de Fondo, constituidos por las sentencias emitidas en el proceso penal seguido contra el señor Mohamed, pero calificándolos como una supuesta violación del principio de *ne bis idem*. Consecuentemente, la Corte desestimó la excepción preliminar interpuesta por el Estado.

II. Fondo

A) Síntesis de los hechos del caso

El 16 de marzo de 1992 el señor Oscar Alberto Mohamed, quien trabajaba en la ciudad de Buenos Aires como conductor de una línea de colectivos, fue parte de un accidente de tránsito. El señor Mohamed atropelló a una señora, quien sufrió graves lesiones y falleció.

Ese mismo día se inició un proceso penal contra el señor Mohamed por el delito de homicidio culposo. El régimen procesal penal aplicado al señor Mohamed en el proceso penal en su contra fue el regido por el Código de Procedimientos en Materia Penal de 1888, con sus respectivas modificaciones. El Fiscal Nacional de Primera Instancia en lo Criminal y Correccional Nº 14 presentó acusación contra el señor Mohamed como autor penalmente responsable del delito de homicidio culposo previsto en el artículo 84 del Código Penal. Tanto el fiscal como el abogado del querellante solicitaron que se le impusiera la pena de un año de prisión e inhabilitación especial para conducir por seis años y el pago de las costas procesales.

El 30 de agosto de 1994 el Juzgado Nacional en lo Correccional Nº 3 emitió sentencia, mediante la cual resolvió, *inter alia*, absolver a Oscar Alberto Mohamed del delito de homicidio culposo, reprimido en el artículo 84 del Código Penal.

El fiscal del Ministerio Público y el representante del querellante interpusieron recursos de apelación contra los puntos de la sentencia relativos a la absolución y a los honorarios del abogado defensor. El referido juzgado concedió los recursos de apelación y ordenó elevar la causa al superior. El representante del querellante presentó su memorial de expresión de agravios sustentando el recurso de apelación interpuesto. El 22 de febrero de 1995 la Sala Primera de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional emitió sentencia, en la cual resolvió, *inter alia*, condenar al señor Mohamed "por encontrarlo autor penalmente responsable del delito de homicidio culposo a la pena de tres años de prisión, cuyo cumplimiento se deja en suspenso, y a ocho años de inhabilitación especial para conducir cualquier clase de automotor (arts. 26 y 84 del Código Penal)", e imponer las costas de ambas instancias al condenado.

El ordenamiento jurídico aplicado en el proceso contra el señor Mohamed no preveía ningún recurso penal ordinario para recurrir esa sentencia condenatoria de segunda instancia. El recurso disponible era el recurso extraordinario federal, previsto en el artículo 256 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

El 13 de marzo de 1995 el defensor del señor Mohamed interpuso un recurso extraordinario federal contra la sentencia condenatoria ante la misma Sala Primera de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional que dictó dicha sentencia, "de conformidad

con los artículos 256 y 257 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación" y "con fundamento en los artículos 14 y 15 de la Ley 48". El defensor solicitó a la referida Sala que hiciera lugar al mismo y elevara las actuaciones al Superior y que, en la instancia superior, "se dispusiera la anulación de la sentencia definitiva (…) ordenándose el dictado de un nuevo fallo conforme a derecho". El defensor del señor Mohamed sostuvo en dicho recurso que se habían afectado garantías constitucionales que habilitaban la vía federal y, entre los motivos de agravio, se refirió a: i) el "defecto en la fundamentación normativa" por haber "busca[do] sustento en una normativa inaplicable al caso" debido a que el decreto citado en el fallo no se encontraba vigente a la fecha del accidente de tránsito; ii) la auto contradicción en la sentencia; iii) haberse prescindido de prueba decisiva; y iv) que el fallo se sustenta "en afirmaciones dogmáticas, que no se compadecen con los hechos ni el derecho".

El 4 de julio de 1995 la referida Sala Primera resolvió "rechazar con costas, el recurso extraordinario", con base, *inter alia*, en que los argumentos presentados por la defensa "se refieren a cuestiones de hecho, prueba y derecho común, que habían sido valoradas y debatidas en oportunidad del fallo impugnado". El tribunal también afirmó que:

Si bien el Tribunal ha incurrido en un error material, al citar [dicho] decreto, que no se hallaba vigente al momento del hecho, el reproche dirigido al procesado se basa en la violación del deber objetivo de cuidado en que este incurriera, circunstancia que se halla debidamente acreditada en los presentes y que, por otra parte, como se ha referido precedentemente, no es materia de discusión por esta vía.

El 17 de julio de 1995 el señor Mohamed fue despedido de su empleo como chofer de colectivo, en razón de "su inhabilitación penal para conducir".

El 18 de julio de 1995 el defensor del señor Mohamed interpuso un recurso de queja ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación "por haberse[l]e denegado el Recurso extraordinario interpuesto contra el fallo definitivo dictado en segunda instancia" y solicitó que se anulara la sentencia recurrida y se ordenara dictar un nuevo fallo. El defensor reiteró su posición sobre la aplicación retroactiva del Decreto 692/92 y señaló que el fallo que rechazó el recurso extraordinario violó el artículo 9 de la Convención Americana. El 19 de setiembre de 1995 la Corte Suprema de Justicia de la Nación "desestimó la queja", indicando

que "el recurso extraordinario, cuya denegación motivaba la (…) queja, era inadmisible (art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación)".

El 27 de setiembre de 1995 el defensor del señor Mohamed interpuso un escrito ante la referida Corte Suprema solicitándole que revocara la decisión que desestimó el recurso de queja. Expuso, entre otros alegatos que, el señor Mohamed "no había sido oído con las garantías debidas" configurándose una violación del artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como que al "haberse aplicado retroactivamente una normatividad" la revocatoria de la sentencia absolutoria había violado, entre otros, el artículo 9 de dicha Convención. El 19 de octubre de 1995 la Corte Suprema de Justicia de la Nación desestimó el recurso interpuesto por el defensor del señor Mohamed en tanto "las sentencias del Tribunal no son susceptibles de reposición o revocatoria".

B) Derecho a las garantías judiciales

Alegadas violaciones a los artículos 8.2.c, 8.2.d, 8.2.e, 25.2.a y 25.2.b de la Convención Americana

La Corte no se pronunció sobre las alegadas violaciones a los artículos 8.2.d, 8.2.e, 25.2.a y 25.2.b de la Convención Americana, puesto que los representantes no presentaron argumentos de derecho sobre esas alegadas violaciones y ni siquiera refirieron sobre cuáles hechos versarían. El tribunal tampoco se pronunció sobre la alegada violación al derecho de defensa del señor Mohamed durante el proceso penal seguido en su contra, sostenida únicamente por los representantes, debido a que estos basaron sus argumentos en normativa procesal penal que no fue aportada al acervo probatorio del presente caso.

Derecho de recurrir del fallo ante un juez o tribunal superior

En primer término, el tribunal se pronunció sobre el alcance del artículo 8.2.h de la Convención con respecto a sentencias penales de condena emitidas al resolver un recurso contra la absolución, debido a que el Estado sostuvo que sería permitido establecer excepciones al derecho a recurrir condenas penales. La Corte estableció que el derecho a recurrir del fallo no podría ser efectivo si no se garantiza respecto de todo aquel que es condenado, y que resulta contrario al propósito de ese derecho específico que no sea garantizado frente a quien es condenado mediante una sentencia que revoca una decisión absolutoria.

Interpretar lo contrario, implicaría dejar al condenado desprovisto de un recurso contra la condena. La Corte concluyó que, en los términos de la protección que otorga el artículo 8.2.h de la Convención Americana, el señor Mohamed tenía derecho a recurrir del fallo proferido por la Sala Primera de la Cámara Nacional de Apelaciones el 22 de febrero de 1995, toda vez que en este se le condenó como autor del delito de homicidio culposo.

Seguidamente, la Corte se refirió al contenido de la garantía que otorga el artículo 8.2.h de la Convención. La Corte resaltó que el derecho de impugnar el fallo busca proteger el derecho de defensa, y reiteró que el artículo 8.2.h de la Convención se refiere a un recurso ordinario accesible y eficaz, lo cual supone, inter alia, que: debe ser garantizado antes de que la sentencia adquiera la calidad de cosa juzgada; debe procurar resultados o respuestas al fin para el cual fue concebido; y las formalidades requeridas para que el recurso sea admitido deben ser mínimas y no deben constituir un obstáculo para que el recurso cumpla con su fin de examinar y resolver los agravios sustentados por el recurrente.

Asimismo, el tribunal indicó que, independientemente del régimen o sistema recursivo que adopten los Estados partes y de la denominación que den al medio de impugnación de la sentencia condenatoria, para que este sea eficaz debe constituir un medio adecuado para procurar la corrección de una condena errónea. Ello requiere que pueda analizar cuestiones fácticas, probatorias y jurídicas en que se basa la sentencia impugnada. Consecuentemente, las causales de procedencia del recurso deben posibilitar un control amplio de los aspectos impugnados de la sentencia condenatoria. Además el tribunal consideró que, en la regulación que los Estados desarrollen en sus respectivos regímenes recursivos, deben asegurar que dicho recurso contra la sentencia condenatoria respete las garantías procesales mínimas que, bajo el artículo 8 de la Convención, resulten relevantes y necesarias para resolver los agravios planteados por el recurrente, lo cual no implica que deba realizarse un nuevo juicio oral.

Posteriormente, la Corte analizó si al señor Mohamed se le garantizó el derecho a recurrir del fallo condenatorio. La Corte hizo notar que no fue controvertido que el ordenamiento jurídico aplicado al señor Mohamed no preveía ningún recurso penal ordinario para que aquel pudiera recurrir la sentencia condenatoria que le fue impuesta. La decisión condenatoria de segunda instancia era una sentencia definitiva

recurrible solamente a través de un recurso extraordinario federal y un posterior recurso de queja.

La Corte consideró que el referido recurso extraordinario no constituye un medio de impugnación procesal penal sino que se trata de un recurso extraordinario regulado en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, el cual tiene sus propios fines en el ordenamiento argentino. Asimismo, resaltó que las causales que condicionan la procedencia de dicho recurso están limitadas a la revisión de cuestiones referidas a la validez de una ley, tratado, norma constitucional o a la arbitrariedad de una sentencia, y excluye las cuestiones fácticas y probatorias, así como de derecho de naturaleza jurídica no constitucional.

No obstante lo anterior y tomando en cuenta que el Estado sostuvo que el recurso extraordinario federal podría haber garantizado el derecho a recurrir del fallo condenatorio, la Corte efectuó consideraciones adicionales relativas a examinar el tratamiento que en el caso concreto dieron los órganos judiciales a los recursos interpuestos por el señor Mohamed. La Corte resaltó que, aun cuando se analice si materialmente dichos recursos habrían protegido el derecho a recurrir la sentencia condenatoria del señor Mohamed, las causales de procedencia del recurso extraordinario limitaban per se la posibilidad del señor Mohamed de plantear agravios que implicaran un examen amplio y eficaz del fallo condenatorio. Por consiguiente, tal limitación incide negativamente en la efectividad que en la práctica podría tener dicho recurso para impugnar la sentencia condenatoria.

La Corte constató que en el presente caso el alcance limitado del recurso extraordinario federal quedó manifiesto en la decisión proferida por la Sala Primera de la Cámara Nacional de Apelaciones, la cual rechazó in limine el recurso interpuesto por el defensor del señor Mohamed con base en que los argumentos presentados se referían "a cuestiones de hecho, prueba y derecho común, que habían sido valoradas y debatidas en oportunidad del fallo impugnado".

La Corte concluyó que el sistema procesal penal argentino que fue aplicado al señor Mohamed no garantizó normativamente un recurso ordinario accesible y eficaz que permitiera un examen de la sentencia condenatoria contra el señor Mohamed, en los términos del artículo 8.2.h de la Convención Americana, y también constató que el recurso extraordinario federal y el recurso de queja no constituyeron en el caso concreto recursos eficaces para garantizar dicho derecho.

Adicionalmente, la Corte concluyó que la inexistencia de un recurso judicial que garantizara la revisión de la sentencia de condena del señor Mohamed y la aplicación de unos recursos judiciales que tampoco garantizaron tal derecho a recurrir del fallo implicaron un incumplimiento del Estado del deber general de adecuar su ordenamiento jurídico interno para asegurar la realización de la garantía judicial protegida por el artículo 8.2.h de la Convención.

Con base en las anteriores consideraciones, la Corte determinó que Argentina violó el derecho a recurrir del fallo protegido en el artículo 8.2.h de la Convención Americana, en relación con los artículos 1.1 y 2 de dicho tratado, en perjuicio del señor Oscar Alberto Mohamed.

Alegadas violaciones a los artículos 8.1, 8.2.c y 25.1 de la Convención Americana

La Corte no estimó necesario realizar un pronunciamiento adicional sobre las alegadas violaciones al derecho de defensa, al derecho a ser oído, al deber de motivar y al derecho a un recurso sencillo, rápido y efectivo, supuestamente derivadas de las decisiones judiciales emitidas por la Sala Primera de la Cámara y por la Corte Suprema de Justicia de la Nación al resolver sobre la inadmisibilidad del recurso extraordinario federal y del recurso de queja, debido a que consideró que las alegadas afectaciones que hubiere sufrido el señor Mohamed debido a esas decisiones judiciales quedan comprendidas dentro de la violación al derecho a recurrir del fallo.

Alegada violación al derecho protegido en el artículo 8.4 de la Convención Americana

En cuanto a los alegatos de los representantes de que en Argentina se ha desarrollado un "estándar (…) más protector de derechos que el que surgiría de una interpretación literal del texto del artículo 8.4 de la Convención", el Tribunal indicó que no fue probado que en Argentina el principio de *ne bis in idem* está jurídicamente protegido y debe ser garantizado de forma más amplia que en los términos indicados en la Convención. Por lo tanto, la Corte no analizó lo solicitado por los representantes en cuanto al criterio de interpretación del artículo 29.b) de la Convención.

La Corte reiteró que el principio *ne bis in idem*, consagrado en el artículo 8.4 de la Convención, se sustenta en la prohibición de un nuevo juicio sobre los mismos hechos que han sido materia de la

sentencia dotada con autoridad de cosa juzgada. La Corte consideró que el señor Mohamed no fue sometido a dos juicios o procesos judiciales distintos sustentados en los mismos hechos. La sentencia condenatoria del señor Mohamed no se produjo en un nuevo juicio posterior a una sentencia firme que hubiera adquirido la autoridad de la cosa juzgada, sino que fue emitida en una etapa de un mismo proceso judicial penal. Por consiguiente, la Corte concluyó que el Estado no violó el artículo 8.4 de la Convención en perjuicio del señor Oscar Alberto Mohamed.

C) Alegada violación al principio de legalidad

En el presente caso el señor Mohamed fue condenado como autor del delito de homicidio culposo tipificado en el artículo 84 del Código Penal vigente al momento del hecho (accidente de tránsito). La Comisión y los representantes alegaron que se produjo una violación al principio de irretroactividad porque el tribunal integró el referido tipo penal con las normas del Decreto Nº 692/92 reglamentario del tránsito automotor que entró en vigencia con posteridad al hecho.

El tribunal hizo notar que tratándose de un delito culposo, cuyo tipo penal es abierto y requiere ser completado por el juzgador al realizar el análisis de la tipicidad, lo relevante es que en la sentencia se individualice el correspondiente deber de cuidado infringido con la conducta activa (imprudencia) u omisiva (negligencia) del imputado y que ello fuera determinante para que se produjera el resultado lesivo del bien jurídico tutelado. La Corte constató que entre los fundamentos de la sentencia condenatoria para individualizar el "deber de cuidado" exigible al imputado, se hizo referencia, por una parte, a las "[l]as normas de cuidado" aplicables al caso como "normas de práctica internacional" y, por la otra, a "principios" de tales prácticas contenidos en un reglamento de tránsito (Decreto Ley N° 692/92) que aún no había entrado en vigencia al momento del hecho.

La Corte consideró que las cuestiones planteadas tratan asuntos penales que corresponde sean examinados por el tribunal superior que debe conocer del recurso contra el fallo condenatorio del señor Mohamed. Por ende, la Corte no estimó pertinente determinar si las consideraciones relativas a los fundamentos jurídicos de la sentencia condenatoria para completar el tipo penal de homicidio culposo implican o no una vulneración del artículo 9 de la Convención.

III. Reparaciones

La Corte estableció que su sentencia constituye per se una forma de reparación y, adicionalmente, ordenó al Estado las siguientes reparaciones: i) adoptar las medidas necesarias para garantizar al señor Oscar Alberto Mohamed el derecho a recurrir del fallo condenatorio, de conformidad con los parámetros convencionales establecidos en el artículo 8.2.h de la Convención Americana; ii) adoptar las medidas necesarias para que los efectos jurídicos de referida sentencia condenatoria, y en especial su registro de antecedentes, queden en suspenso hasta que se emita una decisión de fondo garantizando el derecho del señor Oscar Alberto Mohamed a recurrir del fallo condenatorio; iii) publicar, en un plazo de seis meses, contado a partir de la notificación de la presente sentencia: a) el resumen oficial de la presente sentencia elaborado por la Corte, por una sola vez en el diario oficial; b) el resumen oficial de la presente sentencia elaborado por la Corte, por una sola vez, en un diario de amplia circulación nacional, y c) la presente sentencia en su integridad, disponible por un periodo de un año, en un sitio web oficial; iv) pagar las cantidades fijadas en la sentencia por concepto de indemnización por daño material e inmaterial, y por el reintegro de costas y gastos, así como reintegrar al Fondo de Asistencia Legal de Víctimas de la Corte Interamericana la cantidad establecida en la Sentencia.

El tribunal dispuso que Argentina debe rendir, dentro del plazo de un año, contado a partir de la notificación de la sentencia, un informe sobre las medidas adoptadas para cumplir con la misma. La Corte supervisará el cumplimiento íntegro de la sentencia, en ejercicio de sus atribuciones y en cumplimiento de sus deberes conforme a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y dará por concluido el presente caso una vez que el Estado haya dado cabal cumplimiento a lo dispuesto en la misma.

La defensa del Estado argentino es que el sentenciado sí tenía una vía para revisar su condena, sin embargo esta consistía en el del Casación que está limitada a cuestiones de derecho, y no sobre pruebas, y que fue confirmado por informes emitidos por procesalistas como Julio Maier. La Corte concluyó que se violó el derecho del señor Oscar Alberto Mohamed de recurrir a un fallo condenatorio.

Retomando la decisión de la Sala de Trujillo, esta razona que si bien legalmente se puede dictar una condena del que fue absuelto en primera instancia,

ello no es posible, pues sería violatorio del derecho que tiene el imputado al doble conforme o doble instancia. Además que si bien hay el recurso de casación en el NCPP está solo se limita a revisar la correcta aplicación del derecho, y no tiene competencia para revisar los hechos y las pruebas.

Como premisa consideramos que el núcleo esencial del derecho fundamental universal de revisión se refiere a la existencia real de la posibilidad de doble examen de la condena (doble conformidad de la sanción). Cuando se trata de una condena debe maximizarse la posibilidad de control y la condena de un absuelto le quita la posibilidad que este en otra sede pueda revisar esta limitación a sus derechos fundamentales. Si vamos al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, este en su artículo 14.5 dice que toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley. Esta tiene que interpretarse de acuerdo a la regla establecida en la Cuarta disposición final de la Constitución Política del Perú que dice: Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú.

Este tema fue discutido en el VI Pleno Jurisdiccional de 2010 pero los Jueces Supremos no pudieron ponerse de acuerdo. El magistrado Salas Arenas en una postura con la que en su esencia coincidimos, propone que en este caso singular de una condena de absuelto tenga la posibilidad el afectado que su caso sea revisado por una instancia de tal forma que se le garantice la pluralidad en compatibilidad con los tratados de derechos humanos. Para tal efecto propone que por ley se habilite a otra Sala Penal Superior puesto que la Ley Orgánica del Poder Judicial en su artículo 41.5 establece competencias de números apertus(48). Sin embargo no compartimos esta opinión pues desordenaría el sistema de recursos y afectaría la seguridad jurídica. Lo viable sería proponer una modificatoria que pueda generar una instancia de apelación o eliminar la figura de condena del absuelto.

Sobre este tema la Corte Suprema ha dictado la Casación N° 195-2012-Moquegua del 5 de setiembre de 2013 y le han dado el carácter de doctrina jurisprudencial a los fundamentos jurídicos décimo tercero a décimo octavo. Con un voto en discordia del Juez Supremo Morales Parraguez.

(48) SALAS ARENAS, Jorge Luis. En: Revista *Gaceta Procesal Penal*. Tomo 27, Gaceta Jurídica, Lima, octubre de 2011, p. 285.

La regla jurídica establece que como el sistema de apelaciones en el NCPP se ha decantado por la inmediación y que no se puede variar lo valorado por el juez de la sentencia absolutoria por una condenatoria bajo estos tres supuestos: 1. Si en la instancia superior se decide cambiar el valor probatorio de pericia, prueba documental, prueba preconstituida, pues estos medios de prueba no exigen imprescindiblemente inmediación. 2. Si en segunda instancia se varía el valor de la prueba personal con actuación de prueba que la contradiga, y 3. Los errores de derecho que se admite están fuera de la inmediación.

La Corte Suprema señala que en la prueba pericial, documental y similares, no hay inmediación. Esto no es cierto, pues la inmediación se materializa con la oralización o lectura de su contenido frente al juez, quien como receptor de la información la valorará oportunamente. El segundo supuesto para la condena del absuelto según la Corte Suprema, es en base a la modificación de la prueba valorada en primera instancia con pruebas en contra actuadas en segunda instancia; porque se asume que es este el escenario ideal de inmediación. Si esto es así, en un ejercicio de equidad tendrían que actuarse en segunda instancia las pruebas personales que el juez se sirvió para absolver. Sobre el tercer supuesto, la Corte Suprema deja entrever que basta la presencia del abogado del imputado para debatir sobre errores jurídicos de la sentencia condenatoria, es decir, con una semicasación en Sala Superior, es posible una condena, lo que no tiene ningún sustento jurídico.

Los jueces estamos obligados al control de constitucionalidad y convencionalidad de las leyes, y existen tratados y pronunciamientos de instancias internacionales contra la condena del absuelto y la Corte Suprema nada contra la corriente. Ha tratado de darle un cariz de constitucionalidad a la condena del absuelto, pero no han podido justificar razonablemente por qué se incumple lo establecido por el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, mencionado con singular nitidez por el discrepante Señor Juez Supremo Morales Parraguez, que nosotros suscribimos íntegramente, y la jurisprudencia de la Corte Interamericana en el caso Oscar Alberto Mohamed vs. Argentina.

5. Sistema de votación

En el nuevo proceso penal bastan dos votos conformes para absolver el grado. Esto guarda coherencia con el artículo 141 de la Ley Orgánica del Poder Judicial que dice que en las Salas Penales se requiere de dos votos. Salvo las excepciones que señala la ley. Cuando se trata de hábeas corpus que en apelación conocen las Salas Penales sin embargo siendo materia constitucional aquí los votos deben ser de los tres magistrados para hacer resolución de

conformidad al artículo 141 de la LOPJ que dice en su primer párrafo: "En las Cortes Superiores tres votos conformes hacen resolución, tratándose de las que ponen fin a la instancia".

Los jueces de una Sala Penal pueden no estar de acuerdo con la propuesta del ponente y sustentar un voto de discordia; pero para la primera y segunda opción se requieren necesariamente 2 votos. Puede darse el caso que un juez no esté conforme con la ponencia del juez ponente, pero considerar que hay algo que agregar o darle un sustento distinto, y allí tiene sentido el voto singular.

6. Jurisprudencia de Salas Superiores que se pronunciaron en apelación

Las apelaciones son resueltas por las Salas Superiores las que nos sirven de ilustración de los motivos para decidir en uno u otro sentido. Veamos algunos ejemplos.

La Sala de Apelaciones de Huaura en el Exp. N° 2006-00212-1308-S.P-PE-1 de 15 de mayo de 2007 declaró nula una sentencia absolutoria porque no se adecuó la querella al nuevo código y se sentenció sin previo juicio oral, porque en el nuevo modelo procesal rige la garantía del juicio oral previo[49]. En este distrito judicial donde se inició la aplicación del NCPP se liquidaron causas con el Código de Procedimientos Penales y se dispuso que otras se adecuaran al nuevo modelo. En este caso de querella como acción privada se sentenció sin juicio previo como está regulado. Si por ejemplo se trataba de delitos de difamación por medio de comunicación masivos ni siquiera en el anterior procedimiento había la audiencia única sino se tramitaba como el proceso sumario, instructiva, preventivas, medios de prueba, y sentencia.

La Sala de Apelaciones de Trujillo en el Exp. Nº 2523-2009-31-1601-JR-PE-03 del 7 de enero de 2012 declaró nula la apelada por considerar que en la misma se llega a afirmar que cree en la versión de la agraviada, sin embargo, no cumple con motivar las razones por las cuáles le otorga credibilidad. Para fundamentar una sentencia condenatoria en la sola declaración de la víctima, tal como lo ha sostenido el Acuerdo Plenario Nº 2-2005/CJ-116, del 30/09/2005, es necesario comprobar los siguientes requisitos concurrentes: a) Ausencia de incredibilidad subjetiva b) Verosimilitud c) Persistencia en la incriminación. Se señala que la sentencia apelada, no se aprecia una motivación sobre los tres requisitos concurrentes para otorgar credibilidad a la declaración de la víctima, por lo que se incurre en defecto de motivación, en el aspecto central de

(49) ESPINOZA GOYENA, Julio César. Ob. cit., p. 178.

la sentencia condenatoria, por lo que la vicia de nulidad, por lo que para tutelar mejor los derechos de las partes, y subsanar este defecto en la motivación de la sentencia condenatoria apelada, debe de realizarse un nuevo juzgamiento y valorarse de forma objetiva y conjunta las pruebas en el juicio oral, y determinar si concurren o no los requisitos para otorgar valor probatorio a la declaración de la víctima, para ello deberá encargarse el nuevo juzgamiento a un colegiado diferente(50). La Corte Suprema ha fijado precedentes vinculantes que deben guiar la construcción de la motivación de las sentencias, salvo que legítimamente los jueces deseen apartarse fundamentando esa discrepancia.

En el Exp. N° 611-2006-Huaura del 11 de mayo de 2007 la Sala declaró la nulidad de sentencia y nuevo juicio oral por afectación al principio de continuidad. Consideró que se había desnaturalizado la realización del juicio oral de primera instancia y afectado los principios de continuidad de la audiencia y concentración de los actos del juicio, pues, según el nuevo Código Procesal Penal las sesiones sucesivas tendrán lugar al día siguiente o subsiguiente de funcionamiento ordinario del juzgado y en el presente caso, se ha suspendido el desarrollo de la audiencia sin que exista ni se justifique ninguna causa para ello, habiendo inclusive superado los ocho días(51). En el Código de Procedimientos Penales los juicios se llevan paralelamente, y que si bien formalmente en el NCPP el juicio se inicia y se acaba sin que se interrumpa por otro juicio, este es un modelo ideal cuando se realiza toda la actuación probatoria de cargo y descargo óptimamente; pero debe tenerse en cuenta factores que pueden hacer que el juicio se prolongue como la imposibilidad de actuación probatoria, la complejidad de esta, los medios de defensa técnicos presentados por las partes, etc.

La Sala Penal de Apelaciones de Trujillo en el Exp. N° 3835-2010-32-1601-JR-PE-07(52) del 17 de mayo de 2011 en la apelación de sentencia condenatoria por delito de tenencia ilegal de armas señaló que conforme al Acuerdo Plenario Nº 5-2010 sobre incautación, establece que la falta de confirmatoria judicial, no invalida la prueba que ha sido incautada y que los jueces no pueden valorar la prueba que no ha sido objeto de confirmatoria, y que es obligación de los jueces proceder a realizar el acto de confirmatoria judicial. Se determinó que en el juicio oral se debatió la legalidad del acto de incautación, por lo que se había hecho el control jurisdiccional exigido en la confirmatoria, faltando únicamente la formalidad de afirmar que dicha incautación se encuentra convalidada. Además se valoró el hecho de que en la audiencia de apelación la

(50) Jurisprudencia Nacional CPP, Comisión Especial de la Reforma Procesal Penal, Lima, 2012, p. 336.
(51) ESPINOZA GOYENA, Julio César. Ob. cit., p. 181.
(52) *Jurisprudencia Nacional CPP*. Comisión especial de la Reforma Procesal Penal, Lima, 2012, p. 346.

defensa reiteró su posición en el sentido que no tiene ningún cuestionamiento sobre el acto de incautación, razón por la cual debe ser convalidada la incautación de las armas de fuego. Este era el núcleo de la apelación por lo que al desestimarse la Sala confirmó la sentencia condenatoria recurrida.

La Sala en el Exp. N° 797-2006-Huaura del 30 de marzo de 2007 declaró la nulidad de sentencia condenatoria y nuevo juicio oral, porque consideró que la incorporación al juicio oral de declaraciones testimoniales rendidas en el sumario debe ocurrir solo cuando dichos órganos de prueba no puedan asistir al juicio por fallecimiento, enfermedad, ausencia del lugar de su residencia, se desconozca su paradero o por causas independientes a la voluntad de los órganos de prueba. La sala de apelaciones no puede valorar dichas actas pues contravienen el principio de inmediación que exige que la actividad probatoria transcurra ante la presencia del juez de juzgamiento en un espacio de contradicción y oralidad(53). Esto es relativo pues si los testigos asistieron puede usarse sus declaraciones rendidas en investigación preparatoria para refutarlos si es que hay cambios notorios en juicio oral, atacando su credibilidad. Estas actas ingresan a juicio como prueba instrumental con su oralización y ser valoradas posteriormente.

La Sala de Apelaciones en el Exp. N° 869-2006-Huaura del 17 de abril de 2007 se argumentó la nulidad de una sentencia absolutoria así: "Al emitir la sentencia absolutoria el juez de primera instancia ha omitido valorar; examinar y explicitar individualmente la declaración de los testigos ofrecidos por la querellante, solo porque tendrían una relación económica con aquella. Se ha afectado por ello el contenido esencial del derecho al debido proceso constituyendo dicho vicio una nulidad absoluta que puede ser declarada de oficio y que no puede ser subsanada"(54).

La Sala de Trujillo en el Exp. Nº 2009-04939-74-1601-JR-PE-08(55) del 26 de enero de 2012 en una revocatoria de pena señaló que el imputado cuando se conforma al nivel del juicio oral –durante el trámite de conformidad– tiene derecho a una reducción de pena, menor que al que le hubiera correspondido en el caso de haberse conformado en terminación anticipada durante la investigación. En el delito de tenencia de armas la pena mínima es de 6 años y la reducción de la pena no puede ser igual o mayor a 1/6 de 6 años, es decir un año o más, sino que de la pena mínima de 6 años tiene que descontársele menos de 1 año (1/6). La fiscalía sostuvo que el descuento debía ser de 1/7, es decir 0.85

(53) ESPINOZA GOYENA, Julio César. Ob. cit., p. 189.
(54) Ibídem, p. 214.
(55) Jurisprudencia Nacional CPP. Comisión especial de la Reforma Procesal Penal, Lima, 2012, p. 349.

de año (10 meses 6 días), sin embargo la Sala consideró que el descuento debía ser redondeado a meses, a fin de poder llevar un adecuado cómputo, concluyendo en revocar la pena impuesta en la sentencia, y sustituida por una nueva pena que debía reflejar los principios de legalidad y proporcionalidad y que era 5 años y dos meses de prisión efectiva. La pena original que se le impuso fue de 4 años suspendida condicionalmente bajo reglas de conducta.

IV. La apelación de autos

1. Trámite

El NCPP establece como procedimiento que recibido los actuados se conferirá traslado del escrito de fundamentación de la apelación a los sujetos procesales por el plazo de cinco días. Luego del traslado la Sala Penal en una revisión de requisitos para su procedencia si la estima inadmisible podrá rechazarlo (art. 420). Si considera que se ha concedido la apelación correctamente señalará día y hora para la audiencia o vista de la causa.

Hasta antes de la notificación del decreto para la audiencia de vista los sujetos procesales pueden presentar prueba documental o solicitar se agregue a los autos algún acto de investigación actuado con posterioridad a la interposición del recurso, de lo que se pondrá en conocimiento a los sujetos procesales por el plazo de tres días.

Excepcionalmente la Sala podrá solicitar otras copias o las actuaciones originales, sin que esto implique la paralización del procedimiento. Esta regla abona en la celeridad procesal toda vez que hay deficiencia en los actuados que llegan a su conocimiento y podría declararse la nulidad; sin embargo, lo que se hace es cubrir esas deficiencias para no afectar a la parte apelante.

Contra el auto en que la Sala Superior declara inadmisible el recurso podrá ser objeto de recurso de reposición, que se tramitará conforme al artículo 415. Consideramos entonces que estamos frente a un auto de trámite. La reposición es para que la Sala reexamine su decisión, por ejemplo si contabilizó incorrectamente el plazo puede reponer el acto y declarar admisible el recurso.

2. Audiencia

En esta podrá podrán concurrir los sujetos procesales que lo estimen conveniente. En la audiencia, la que no podrá aplazarse por ninguna circunstancia,

se dará cuenta de la resolución impugnada y cuáles son los fundamentos. Se oirá al abogado del apelante y a los demás abogados de las partes asistentes. El acusado tiene el derecho a la última palabra.

La Sala tiene la facultad de formular preguntas al fiscal o a los abogados de los demás sujetos procesales, o pedirles que profundicen su argumentación o la refieran a algún aspecto específico de la cuestión debatida, es decir que se concentren en los errores de hecho o de derecho. El plazo para resolver el recurso es de veinte días.

V. La apelación de sentencias

El trámite de apelación de sentencias es el siguiente: recibidos los autos, la Sala conferirá traslado del escrito de fundamentación del recurso de apelación por el plazo de cinco días. Absuelto o no el traslado o vencido el plazo para hacerlo la Sala Penal Superior podrá estimar inadmisible el recurso y rechazarlo de plano. Si no la rechaza, comunicará a las partes que pueden ofrecer medios probatorios en el plazo de cinco días (art. 421 del NCPP). El auto que declara inadmisible el recurso de apelación de sentencia podrá ser objeto de recurso de reposición para que la misma Sala reexamine su decisión.

1. La prueba en el recurso de apelación

La presentación de pruebas en la apelación es reconocida en el derecho procesal argentino en el que se le conoce como "recibir la causa a prueba" que significa abrir un periodo para que las partes ofrezcan y el tribunal reciba determinadas pruebas pero solo bajo los siguientes supuestos:

a) Alegación de un hecho nuevo importante para resolver sobre la impugnación, y se le considera así cuando aconteció o recién pudo conocerse con posterioridad al cierre del periodo probatorio de la primera instancia. Debe ser pertinente pues deben referirse al objeto penal discutido en la alzada. Esta limitación demuestra que no se quiere instaurar en la alzada un *novum iudicium* sino tan solo complementar la plataforma fáctica que no se consideró o se ignoró en primera instancia.

b) Pruebas que la parte interesada ofreció oportunamente en primera instancia, pero que no se practicaron por causas absolutamente ajenas a su voluntad. Esta es una excepción que responde a un criterio

de verdad y de igualdad[56]. Por ejemplo un testigo que se encontraba sumamente grave durante el juicio oral y no pudo declarar.

El NCPP trae la posibilidad que en el procedimiento impugnatorio las partes puedan ofrecer medios de prueba. Así se establece en el artículo 421. Luego de recibido los actuados la Sala de Apelación traslada el escrito de fundamentación del recurso a las partes por cinco días y con o sin absolución de agravios, si estima inadmisible el recurso lo rechazará y sino comunicará a las partes que pueden ofrecer medios probatorios en el plazo de cinco días.

La parte que ofrece pruebas deberá indicar el aporte que espera bajo sanción de inadmisibilidad declarada por la Sala de Apelaciones (art. 422.1). Existen reglas claras de cuáles son los medios de prueba que se admitirán (art. 422.2) y son:

- Los que no se pudieron proponer en primera instancia por desconocimiento de su existencia, es decir posteriores no solo al control de acusación, sino al de ofrecimiento en juicio oral de medios de prueba conocidos luego del control de acusación.

- Los propuestos que fueron indebidamente denegados, siempre que hubiere formulado en su momento la oportuna reserva, esto es en el control y en juicio oral en el reexamen.

- Los admitidos que no fueron practicados por causas no imputables a él, por ejemplo un testigo enfermo.

Se delimita la pertinencia de los medios de prueba. Solo se admitirán cuando se impugne el juicio de culpabilidad, esto es la capacidad del agente, o de inocencia. Si solo se cuestiona la determinación judicial de la sanción, las pruebas estarán referidas a ese único extremo, por ejemplo acreditar las carencias económicas del sentenciado.

Si la apelación en su conjunto solo se refiere al objeto civil del proceso, esto es la reparación, el artículo 422.3 dice que rigen los límites establecidos en el artículo 374 del Código Procesal Civil como los siguientes:

- Se admitirán los medios probatorios que estén referidos a la ocurrencia de hechos relevantes para el derecho o interés discutido acaecidos después de concluida la etapa postulatorio, que en penal sería luego del control de la acusación.

(56) CLARIÁ OLMEDO, Jorge. Ob. cit., Tomo III, p. 193.

- Si se ofrecen documentos estos deberán ser expedidos con fecha posterior al inicio del proceso, o los documentos que comprobadamente no se hayan podido conocer y obtener con anterioridad.

La Sala mediante auto, en el plazo de tres días, decidirá la admisibilidad de las pruebas ofrecidas en función a lo dispuesto en el numeral 2) del artículo 155[57] y a los puntos materia de discusión en la apelación. La resolución es inimpugnable (art. 422.4).

Si fueran admitidos, se fijará fecha para la audiencia la que será dirigida por el juez menos antiguo, si el superior es un órgano colegiado.

Serán citados aquellos testigos que han declarado en primera instancia, siempre que la Sala por exigencias de inmediación y contradicción considere indispensable su concurrencia para sustentar el juicio de hecho de la sentencia, a menos que las partes no hayan insistido en su presencia, en cuyo caso se estará a lo que aparece trascrito en el acta del juicio (art. 422.4 del NCPP).

En el auto de calificación del Recurso de Casación N° 14-2007 del treinta de enero de dos mil ocho se examinó la causal referida a la errónea interpretación del artículo 422 del NCPP y que según el recurrente condujo a la vulneración de los principios de inmediación y contradicción. El impugnante refirió que la Sala de apelaciones inadmitió las testimoniales que ofreció en segunda instancia pese a que no pudo proponerlos en primera instancia por desconocimiento de su existencia y por causas no imputables a él. La Corte Suprema en su examen estableció que la Sala Penal no efectuó una errónea interpretación del artículo 422 del NCPP, sino que al referirse al trámite de la apelación y al examinar el valor de la prueba personal objeto de inmediación por el Juez de Primera Instancia, y en armonía con el auto que inadmitió los medios probatorios ofrecidos por la defensa del imputado, la Sala razonó adecuadamente sobre el sentido del precepto y el porqué de la no admisión de las testificales propuestas con el siguiente argumento 1) Se trataba de declaraciones que debieron ofrecerse en el juicio oral de primera instancia pues, se trataba de cinco familiares directos y un vecino de la menor agraviada cuya existencia resultaba conocida por el condenado y, 2) El recurrente omitió indicar, en su momento, que las testificales no fueron practicados en primera instancia por causas no imputables a él.

(57) Las pruebas se admiten a solicitud del Ministerio Público o de los demás sujetos procesales. El juez decidirá su admisión mediante auto especialmente motivado, y solo podrá excluir las que no sean pertinentes y prohibidas por la ley. Asimismo, podrá limitar los medios de prueba cuando resulten manifiestamente sobreabundantes o de imposible consecución.

En la sentencia de Casación N° 09-2007-Huaura del 18 de febrero de 2008 en un caso de violación sexual de menor, en la apelación la actora civil ofreció como medio de prueba la declaración de la menor agraviada. Expresó que en primera instancia ofreció y se admitió dicha prueba, sin embargo, la citada menor estuvo imposibilitada de concurrir por presentar un cuadro depresivo, hecho que según refiere no se dejó constancia en el acta; que la inconcurrencia no fue un acto voluntario ni imputable a ella, por lo que la Sala en atención al principio de inmediación debe tener acceso directo a la información que la agraviada proporcionará respecto al reconocimiento de su agresor. La Sala desestimó dicho medio de prueba, por las siguientes consideraciones: a) Que en el juicio oral de primera instancia la declaración de la menor agraviada fue oralizada por su inasistencia, debido a que, según el escrito que presentó, se encontraba con un grave cuadro depresivo y crisis de migraña, el mismo que no justificó, pues debió presentar el certificado médico u otro documento que lo acredite y que no es posible admitir dicho medio de prueba por no encontrarse en ninguno de los presupuestos del artículo 342.2 apartado a) del NCPP.

La Corte Suprema declaró fundado el recurso con base en señalar que Colegiado de segunda instancia al rechazar la prueba ofrecida por la actora civil, en cuanto al examen de la menor agraviada, vulneró no solo el derecho a la prueba de la parte afectada sino principalmente el principio de inmediación, pues fundamentó la sentencia con información que no fue susceptible de ser contra examinada –y que sometida a la contradictoriedad quizás habría revelado matices o detalles importantes–, por tanto, la oralización o lectura de la declaración de la agraviada no ofrecía garantías mínimas de calidad que sirvan para sostener un juicio de racionalidad, y es que solo el tribunal que ha visto y oído la prueba practicada en su presencia está en condiciones de valorarla y determinar la fiabilidad y verosimilitud de su testimonio. El imputado no podría ser afectado en su derecho de defensa, puesto que luego del examen de la menor agraviada, tenía el derecho del contra examen o contra interrogatorio, incluso de un careo, asegurada de este modo la igualdad de actuación entre las partes.

La Sala de Apelaciones en el Exp. N° 800- 2006 Fl 195-Huaura del 24 de enero de 2007 en el caso de apelación de sentencia absolutoria se determinó que al no existir prueba nueva que permita acreditar la responsabilidad del imputado y que pueda ser actuada en segunda instancia el Ministerio Público se desiste del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia[58]. No es un

(58) ESPINOZA GOYENA, Julio César. Ob. cit., p. 212.

requisito sine qua non ofrecer pruebas pero si se hizo y no se pudo actuar se puede considerar como un desistimiento del recurso.

En otro caso la Sala de Apelaciones en Exp. N° 1025-2006 Fl 179-Huaura del 17 de enero de 2007 señaló respecto de la apelación del monto de reparación civil que pese a que solicitó en su apelación el incremento del monto de la reparación civil no ha ofrecido medio de prueba alguna que sustente su pretensión y que pueda ser actuado y valorado en segunda instancia, por lo que debe confirmarse en ese extremo la sentencia de primera instancia(59). El objeto procesal como lo es la reparación civil debe sustentarse en pruebas por lo que no hacerlo así no permite que el juzgador tenga elementos objetivos para por ejemplo incrementar la indemnización y menos en segunda instancia que es una debilidad en el planteamiento que está obligado hacer el actor civil.

2. Convocatoria a la audiencia de apelación

El juez, dispone que una vez que se admite la prueba ofrecida, en esa misma resolución convocará a las partes, incluyendo a los imputados no recurrentes, para la audiencia de apelación. Si bien la audiencia es pública debe tener algún sentido convocar a los imputados no recurrente y la única explicación es que den algún alcance siempre ceñidos a lo que es objeto de apelación (art. 423.1).

Es obligatoria la asistencia del fiscal y del imputado apelante, y de todos los imputados recurridos en caso la impugnación fuere interpuesta por el fiscal. Cuando se establece la obligatoriedad de asistencia de los emplazados es para salvaguardar su derecho a la defensa. Esto hay que concordarlo con el numeral 4 del artículo 423 que señala que si los imputados son partes recurridas, su inasistencia no impedirá la realización de la audiencia. Esto no impide disponer su conducción coactiva y declararlos reos contumaces (art. 423.2).

En la Casación N° 183-2011-Huaura del 5 de setiembre de 2012 se ha establecido como doctrina jurisprudencial que en los casos de inasistencia del imputado recurrido a la audiencia de apelación que no hay impedimento para que no se lleve a cabo con la presencia de los otros sujetos procesales. La ausencia puede ser convalidada con la presencia de su abogado defensor. Además se señala que la conducción compulsiva debe ser pertinente y proporcional y que su no imposición no afecta el debido proceso.

Sobre esta conducción compulsiva de un imputado recurrido es poco razonable e inútil porque si el recurso impugnatorio está bajo las reglas del principio

(59) Ibídem, p. 221.

dispositivo, es al apelante a quien le interesa llegar al escenario de la audiencia para argumentar su apelación. La ausencia de un imputado debidamente notificado no afecta el proceso, salvo a él, por lo que no se entiende para que se le trae declarándolo contumaz, ya que consideramos que esto es un absurdo. El imputado recurrido debe tener la libertad de asistir o no a la audiencia porque no ha promovido la apelación. En conclusión debería derogarse esta disposición.

Se establece como regla que si el sentenciado apelante no concurre injustificadamente a la audiencia, se declarará la inadmisibilidad del recurso que interpuso, es decir que su ausencia invalida su propio recurso. Esta misma regla es aplicable cuando el fiscal es el recurrente. Se entiende que estando en actos eminentemente orales el examen del recurso debe ser escuchando a las partes recurrentes. Esto igualmente es aplicable a las partes privadas si ellas únicamente han interpuesto el recurso, bajo sanción de declaración de inadmisibilidad de la apelación (art. 423.3).

Debe tenerse en cuenta que este artículo dice inasistencia **injustificada,** entonces podemos inferir que si la inasistencia es justificada la audiencia de apelación tiene que llevarse a cabo para no afectar el derecho a la doble instancia del apelante. Así lo ha establecido la Casación N° 02-2009-La Libertad emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema el 26 de junio de 2010(60). Allí se dice:

> "Este supremo tribunal entiende el motivo del imputado por no asistir a la audiencia de apelación: si se presenta sería detenido e ingresado a un establecimiento penal. Así las cosas no es proporcional exigir su presencia bajo apercibimiento de desestimar liminarmente su impugnación. Si se reconoce, como se hace, el derecho de las personas a la libertad ambulatoria, y si en el caso concreto su presencia implicaría su detención inmediata, no es posible anudar a su inconcurrencia la desestimación del recurso, con lo que se limitaría desproporcionadamente –desde el subprincipio de proporcionalidad estricta– el derecho al recurso –clausuraría la posibilidad de someter al conocimiento de un Tribunal Superior una resolución que le causa agravio– y el derecho a la tutela judicial efectiva – no se tendría acceso a la segunda instancia, legalmente prevista, pese a que la audiencia de apelación, en este caso, en atención a los motivos del recurso y al ámbito de sus objeciones, no requiere de modo necesario la presencia del imputado".

(60) Revista *Gaceta Penal & Procesal Penal.* Tomo 13, Gaceta Jurídica, Lima, julio de 2010, p. 300.

En la Causa N° 863-2006 Fl en el auto de fecha 4 de enero de 2007 la Sala de Huaura hace una aplicación por analogía del trámite de apelación de sentencia a la impugnación de autos así: "Debe aplicarse extensivamente la norma prevista para apelación de sentencias y, en consecuencia, la inconcurrencia del apelante en un procedimiento de apelación de autos debe sancionarse con la inadmisibilidad del recurso y la nulidad del concesorio"[61].

En esta misma línea en el Exp. N° 939-2006 Fl 45-Huaura del 17 de abril de 2007 dice la Sala: "La inconcurrencia del apelante en un procedimiento de apelación de sentencia constituye causal para que la Sala de Apelaciones disponga la inadmisibilidad del recurso y la nulidad del concesorio. En el nuevo modelo procesal en el que se privilegian los principios de contradicción, inmediación y oralidad, es posible como en el antiguo modelo resolver la apelación de sentencias solo mediante la revisión de las piezas procesales del expediente".

El proceso penal acusatorio establece como regla que si la apelación en su conjunto solo se refiere al objeto civil del proceso esto es a la reparación civil, no es obligatoria la concurrencia del imputado ni del tercero civil. Se supone que la apelación deviene del actor civil y en su elevación pudiera afectar al imputado condenado es necesario que sea citado para efectos que haga su defensa porque una modificación hacia arriba de la reparación le afectaría (art. 423.6).

La Sala de Apelaciones de Huaura en el Exp N° 217-2006 Fl 254 del 26 de abril de 2007, incrementó el monto de reparación civil en segunda instancia pese a que solo apeló el condenado considerando que el bien jurídico afectado (vida, el cuerpo y la salud) es uno de los de mayor valía y por ende debe ser resarcido en la misma magnitud, no obstante que el recurso y el procedimiento de apelación se ha activado solo a instancia del condenado[62]. Esto es una aplicación de reforma peyorativa inaceptable y proscrita por el NCPP.

3. Desarrollo de la audiencia

En la audiencia de apelación serán aplicables las normas relativas al juicio oral de primera instancia (art. 424.1). De allí que algunos señalen que en este se produce un nuevo juzgamiento lo cual no es cierto puesto que el objeto de la apelación es verificar como sede de revisión si se han producidos agravios en la sentencia de primera instancia y no establecer la responsabilidad o no del acusado. Que tenga incidencia sobre la situación jurídica de un imputado, puede darse, como no. Por ejemplo una apelación contra una sentencia

(61) ESPINOZA GOYENA, Julio César. Ob. cit., p. 205.
(62) Ibídem, p. 218.

absolutoria, que al ser confirmada en segunda instancia no cambia la situación del absuelto, porque no se dio la razón al apelante que expresó agravios.

Al inicio del debate se hará una relación de la sentencia recurrida y de las impugnaciones correspondientes. Se entiende que con esto se centra sobre la decisión y las apelaciones realizada. La Sala dará la oportunidad a las partes para desistirse total o parcialmente de la apelación interpuesta o para que se ratifiquen de los motivos de la apelación. Puede darse el caso que una de las partes se arrepienta del recurso y se desista.

La Sala de Huaura en el Exp. N° 2006-1489 del 23 de abril de 2007 señaló que el Ministerio Público es el titular del ejercicio de la acción penal y tiene el deber de la carga de la prueba. Al ser parte impugnante tiene la potestad de desistirse total o parcialmente del recurso interpuesto contra la absolución emitida a favor del imputado, razón por la cual debe tenerse por desistida dicha apelación(63). Este fue en un caso donde el Ministerio Público decidió no continuar con el recurso.

El rituario establece que se actuarán las pruebas admitidas. Cuando se discuta el juicio de hechos el artículo 424.3 establece que el interrogatorio de los imputados es un paso obligatorio, salvo que estos decidan abstenerse de declarar que es un derecho al que no pueden renunciar.

En la audiencia de apelación se pueden dar lectura, incluso de oficio, al informe pericial y al examen del perito, se entiende que constan en actas; a las actuaciones del juicio de primera instancia no objetadas por las partes, así como, dentro de los límites previstos en el artículo 383, a las actuaciones cumplidas en las etapas precedentes, esto es actuaciones de la investigación preparatoria, como las actas levantadas por la policía, el fiscal o el Juez de la Investigación Preparatoria que constituyen pruebas preconstituidas (art. 424.4).

Una que culmina la actuación de pruebas, las partes alegarán por su orden empezando por los apelantes y será aplicable el orden de los siguientes alegatos con arreglo a lo establecido por el artículo 386.1 esto es el fiscal, los abogados del actor civil y del tercero civil, el abogado defensor del acusado, y el acusado que tendrá derecho a la última palabra y el juez declarará cerrado el debate (art. 424.5).

(63) ESPINOZA GOYENA, Julio César. Ob. cit., p. 210.

4. La sentencia de segunda instancia

Las reglas aplicables para la deliberación y expedición de la sentencia de segunda instancia en lo pertinente serán las indicadas en el artículo 393. El plazo no podrá exceder de diez días y para la decisión se requiere mayoría de votos (art. 425.1 del NCPP).

La Sala Penal solo valorará independientemente la prueba actuada en la audiencia de apelación, y las pruebas pericial, documental, preconstituida y anticipada (art. 425). Parece decir esta regla que no puede el tribunal hacer una apreciación en conjunto, lo que parece un contrasentido toda vez que el hacer un análisis que implica examinar las pruebas por separado pueden llevarnos a conclusiones erróneas sino se tiene una apreciación posterior en conjunto. Otra regla es que la Sala Superior está prohibida de otorgar diferente valor probatorio a la prueba personal que fue objeto de inmediación por el juez de primera instancia, y por excepción cuando su valor probatorio sea cuestionado por una prueba actuada en segunda instancia. Podemos inferir que el NCPP trata de conservar la aplicación de la inmediación, de tal forma que por ejemplo la Sala no le podría dar otro valor a un testimonio si este fue actuado frente al juez de primera instancia en juicio oral, salvo si este testimonio fue cuestionado por otro medio de prueba actuado en la audiencia de apelación.

La aplicación de la regla anterior la tenemos en el Exp. N° 1318-2009-Huacho del 19 de enero de 2011, Sala de Apelaciones, donde se hizo el siguiente razonamiento:

> "El artículo 425.2 del Código Procesal Penal señala que esta Sala Superior está impedida de otorgar diferente valor probatorio a la prueba personal que es actuada en juicio oral de primera instancia, ello básicamente por el principio de inmediación, salvo que esta prueba sea cuestionada por otra prueba que se actúe en esta instancia, siendo el caso que en la audiencia de apelación solamente se ha recibido la declaración del querellado, lo que no es suficiente para desvirtuar la prueba personal que fue actuada en el juicio oral de primera instancia con base en lo cual la juez ha condenado al querellado"(64).

La incorporación de medios de prueba y su actuación en la audiencia de apelación les da cierta inmediación a los jueces de segunda instancia en función del resolver sobre los agravios expresados en el recurso impugnatorio, pero estrictamente centrados en esos medios actuados.

(64) *Gaceta Penal & Procesal Penal*. Tomo 21, Gaceta Jurídica, Lima, mayo de 2011, p. 251.

La Sala de Apelaciones de Huacho Exp. 1318-2009, del 19 de enero de 2011 ha señalado que por imperio del artículo 425.2 del NCPP está impedida de otorgar diferente valor probatorio a la prueba personal que es actuada en juicio oral de primera instancia, ello básicamente por el principio de inmediación, salvo que esta prueba sea cuestionada por otra prueba que se actúe en esta instancia, siendo el caso que en la audiencia de apelación solamente se ha recibido la declaración del querellado, lo que no es suficiente para desvirtuar la prueba personal que fue actuada en el juicio oral de primera instancia en base a lo cual la juez ha condenado al querellado"(65).

Sin perjuicio de las facultades que tiene el tribunal revisor señaladas en el artículo 409 del NCPP puede:

- Declarar la nulidad, total o parcial, de la sentencia apelada y disponer se remitan los autos al juez que corresponda para la subsanación a que hubiere lugar.

- Dentro de los límites del recurso, confirmar o revocar la sentencia apelada.

- Si la sentencia de primera instancia es absolutoria puede dictar sentencia condenatoria imponiendo las sanciones y reparación civil a que hubiere lugar (recordamos que nuestra postura es contraria a esta regla).

- Referir la absolución a una causa diversa a la enunciada por el juez.

- Si la sentencia de primera instancia es condenatoria puede dictar sentencia absolutoria.

- Dar al hecho, en caso haya sido propuesto por la acusación fiscal y el recurso correspondiente, una denominación jurídica distinta o más grave de la señalada por el juez de primera instancia.

- Modificar la sanción impuesta.

- Imponer, modificar o excluir penas accesorias, conjuntas o medidas de seguridad (art. 425, numeral tres).

En la resolución de la Sala de Apelaciones de Huaura Exp. N° 582-06 del 11 de octubre de 2006 se dice: "Si bien es cierto el juez ejerce facultad de

(65) Ídem.

control respecto de los aspectos materiales y formales del acuerdo al que arriban acusación e imputado en el procedimiento de conclusión anticipada, en el presente caso, los fundamentos por los que el órgano de juzgamiento se desvincula del acuerdo acerca de la calidad de la pena son genéricos, subjetivos además de insuficientes, incongruentes e imprecisos, razones por las que debe revocarse la sentencia impuesta"[66].

La sentencia de segunda instancia se pronunciará siempre en audiencia pública. Se debe garantizar que se notifique a las partes la fecha de la audiencia. El acto se llevará a cabo con las partes que asistan. No será posible aplazarla bajo ninguna circunstancia (art. 425.4). Esto garantiza la publicidad de la decisión para conocimiento de la ciudadanía facilitando el control de los jueces. Así se ha establecido como doctrina jurisprudencial vinculante en la Casación Nº 183-2011-Huaura del 5 de setiembre de 2012.

5. Aclaración de sentencia

Contra la sentencia de segunda instancia solo procede el pedido de aclaración o corrección y recurso de casación, siempre que se cumplan los requisitos establecidos para su admisión (art. 425.5 del NCPP). Esta regla debe concordarse con el artículo 124 que regula respecto del error material la aclaración y la adición. El artículo 124.1 fija los límites de la corrección que podrá hacer en cualquier momento si los errores puramente materiales o numéricos contenidos en una resolución. El numeral 2 señala también que en cualquier momento, el juez podrá aclarar los términos oscuros, ambiguos o contradictorios en que estén redactadas las resoluciones. Puede adicionar su contenido, si hubiera omitido resolver algún punto controvertido, siempre que tales actos no impliquen una modificación de lo resuelto. Dentro de los tres días posteriores a la notificación las partes pueden solicitar la aclaración o la adición de los pronunciamientos. La solicitud tendrá como efecto suspender el término para interponer los recursos impugnatorios.

El artículo 298 del Código de Procedimientos Penales señala que no procede declarar la 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 o integrar en lo accesorios, incidental o subsidiario, los fallos o resoluciones judiciales. Este es el sustento procesal de la aclaración en el Código de Procedimientos Penales de 1940.

(66) ESPINOZA GOYENA, Julio César. Ob. cit., p. 198.

Sada dice que en el caso argentino la **aclaración** puede ser intentado una sola vez y en contra de sentencias definitivas, interponiéndose por escrito ante el mismo juez que la pronunció dentro del día siguiente a la notificación del fallo. El propósito es aclarar cualquier contradicción, ambigüedad u oscuridad de la sentencia o parte de ella. En el escrito en el que se interpone el recurso se debe precisar cuál es la parte de la sentencia que se pretende sea aclarada o bien el hecho que se haya omitido en la resolución(67). El trámite es que el escrito en el que se pida la aclaración se correrá traslado a la otra parte, para que absuelva; debiendo ser resuelto el recurso dentro del término de tres días. La resolución que aclare a la sentencia es parte de esta. La decisión similar al caso peruano es inimpugnable, porque al ser parte integrante de la sentencia definitiva, quien se sienta agraviado, tendrá a su disposición el recurso de apelación para hacerlo valer en contra de la sentencia.

La norma procesal argentina ha establecido sanciones al solicitante si actúa maliciosamente. Así se tiene que si no procede el recurso de aclaración, se impondrá al recurrente una multa de hasta sesenta cuotas, conforme al artículo 417 del Código de Procedimientos Civiles concordado con el artículo 418 del propio Código de Procedimientos Estatal. La interposición del recurso de aclaración no interrumpe el término señalado para hacer uso del recurso de apelación. Esta regla del derecho comparado porque a veces los abogados presentan la solicitud de aclaración en la idea que una vez aclarada la resolución puedan formular su apelación, lo que no es conforme pues la resolución adquiere entonces la calidad de firme, y así se aclare lo necesario ya no puede apelarse por extemporáneo.

El Código Procesal Civil peruano también regula la aclaración y corrección de resoluciones sin embargo enfatiza los límites al juez que no puede alterar las resoluciones después de notificadas; pero antes que cause ejecutoria, de oficio o a pedido de parte, puede aclarar algún concepto oscuro o dudoso expresado en la parte decisoria de la resolución o que influya en ella. La aclaración no puede alterar el contenido sustancial de la decisión. El pedido de aclaración será resuelto sin dar trámite. La resolución que lo rechaza es inimpugnable. Esto último es importante toda vez que esta aclaración no debe generar plazo, salvo que se haya distorsionado con la aclaración el sentido del fallo. Allí sí consideramos que procede la apelación (art. 406 del CPC).

Respecto de la corrección se tiene que el juez antes que cause ejecutoria, de oficio o a pedido de parte y sin trámite alguno, puede corregir cualquier error

(67) SADA CONTRERAS, Carlos Enrique. Ob. cit., p. 144.

material evidente que contenga. Los errores numéricos y ortográficos pueden corregirse incluso durante la ejecución de la resolución.

Mediante la corrección las partes también piden al juez que complete la resolución respecto de puntos controvertidos pero no resueltos.

La resolución que desestima la corrección solicitada es inimpugnable (art. 407 del CPC). Hay que tener cuidado cuando se solicita la aclaración puesto que a veces una defensa maliciosa puede con el pretexto de aclaración buscar que se modifique algún aspecto sustantivo de la decisión.

Es decir, que este medio aclarativo o correctivo se distorsiona como medio de defensa en la práctica es utilizado por la parte que obtuvo sentencia favorable, pues en el caso de haber sido dictada sentencia en contra de los intereses del recurrente, este debe decidirse por el recurso de apelación.

Roxin señala que las sentencias erróneas no pueden ser rectificadas después de finalizar su pronunciamiento por el tribunal que las dicto, ni los mandatos penales, tampoco la omisión sobre la decisión de las costas. Si la fiscalía o el acusado pretenden conseguirá una modificación de la decisión antes tienen que servirse por los medios de impugnación.

6. Nulidad del juicio

Cuando se arriba a la nulidad de un juicio oral debe ser en última ratio cuando haya nulidades de carácter absoluto, que determina que no se pueda optar por otros caminos como la integración de un fallo si existió omisión. El abuso en la declaración de nulidades de los juicios nos puede llevar a la afectación del plazo razonable que es un derecho que tienen los justiciables.

Si se arribase a esa conclusión a efectos de garantizar la imparcialidad del órgano judicial, no podrán intervenir los jueces que conocieron del juicio anulado (art. 426.1 del NCPP).

La renovación del juzgamiento del imputado si fue por recurso a su favor en caso que se le vuelva a condenar, no se podrá aplicar una pena superior a la impuesta en el primero (art. 426.2). Esto tiene una razón puesto que si en la sentencia anterior no se impugnó el fiscal la pena significa que estuvo conforme con esta y el nuevo tribunal debe respetar ese límite de pena que fijó el colegiado anterior en la condena. De esta manera se preserva una suerte de prohibición de *reformatio in peius* de juicio a juicio, vinculado a la interposición del recurso por parte del imputado.

VI. El recurso de casación

Con el recurso de casación[68] se pide al Tribunal Superior de la jerarquía jurisdiccional que anule una sentencia, porque en ella el juez ha violado alguna norma jurídica o se ha quebrantado alguna de las formas esenciales del juicio que ha producido indefensión al recurrente.

En su origen (Decreto francés de 27 de noviembre de 1791) era dirigido tan solo a la defensa de la ley contra los tribunales inferiores y por un tribunal de *cassation* que se hallaba fuera de la organización de los tribunales franceses y se originó bajo auspicios políticos. Este recurso se fue ampliando a los ciudadanos para la discusión de sus derechos de particulares. En España, por razones diversas de las que ocasionaron su aparición en la Revolución Francesa, apareció ya proclive a ser abierto al examen de los hechos cuando el clásico recurso francés se limitaba rígidamente al examen del derecho aplicado por los tribunales inferiores[69]. La regla original era que el examen se concentraba en errores de derecho y no de hechos.

Aunque habría que matizar; esto es, que la casación es solo de derecho, pues Chiovenda, de quien hay que elogiar su rigor, dice que es preciso también mirar con cuidado la creencia de que las cuestiones y el juicio de derecho comprendan solo lo que resulta de la palabra de la ley ya que toda norma supone para su aplicación una cantidad de juicios generales de hecho, de juicios formados sobre la observación de cuanto sucede comúnmente, máximas o normas de la experiencia y que como tales pueden formarse en abstracto por cualquier persona de buen sentido y de mediana cultura. Estos juicios de hecho que pueden formarse en abstracto están comprendidos en el juicio de derecho que examina la Corte Suprema[70]. Esto tiene coherencia porque para realizar el examen de derecho se tiene que trabajar sobre hechos que constituyen el supuesto fáctico de las normas, pero estos ya están probados por lo que no es necesario volver a examinar sobre su existencia.

Es necesario señalar que las funciones reconocidas en la doctrina procesal penal son dos: una es la nomofiláctica que importa la protección o salvaguarda del orden jurídico en un sentido formal; la otra es la función de uniformidad de la jurisprudencia, y por último la función de tutela del interés de las partes[71].

(68) Proviene del francés casser que significa 'romper'.
(69) FAIRÉN GUILLÉN, Víctor. Ob. cit., p. 487.
(70) CHIOVENDA, José. *Principios de Derecho Procesal Civil*. Tomo I. Traducción de José Casasis Santalo. 3ª edición, Reus, Madrid, 1925, p. 472.
(71) NEYRA FLORES. *Manual del Nuevo Proceso Penal*. Idemsa, Lima, 2010, p. 404.

1. Juicio rescindente y juicio rescisorio

Carnelutti[72] respecto de los medios de impugnación considera que se desenvuelven en dos fases: un juicio rescindente por el cual se deja sin efecto el acto judicial recurrido, y un juicio rescisorio, dirigido a sustituirlo. En algunos de los recursos aparecen históricamente diferenciadas ambas fases, y el pronunciamiento puede corresponder a diferentes tribunales (casación y reenvío, por ejemplo), pero forman parte de una misma actividad recursiva.

¿Qué diferencia hay entre juicio rescindente y juicio rescisorio? El **juicio rescindente** es en el que se va a decidir si la sentencia firme y condenatoria se rescinde o no, por alguno de los motivos alegados. El **juicio rescisorio se da en** el caso que la sentencia sea rescindida, y la revisión puede implicar además un nuevo juicio sobre los hechos que habían sido enjuiciados injustamente. El órgano competente será el órgano que dictó la sentencia rescindida[73]. Aunque en un caso ambos juicios los puede hacer la Corte Suprema y en otro el mismo órgano que dictó la sentencia casada. La casación de la sentencia no es más que la primera etapa de un camino que debe terminar en la sustitución de una sentencia injusta por otra sentencia justa y como señala acertadamente Carnelutti que en el caso del reenvío el juez del *rescindens* sea distinto del juez del *rescissorium,* no tiene importancia alguna[74]. Hay que prestar más atención en la sustitución de la sentencia injusta o no arreglada al orden jurídico.

2. Procedencia del recurso de casación

Este recurso excepcional procede contra:

- Sentencias definitivas.
- Autos de sobreseimiento.
- Autos que pongan fin al procedimiento, extingan la acción penal o la pena o denieguen la extinción, conmutación, reserva o suspensión de la pena, expedidos en apelación por las Salas Penales Superiores (art. 427 del NCPP).

(72) CARNELUTTI, Francesco. *Cuestiones sobre el proceso penal*. El Foro, Buenos Aires, 1994, p. 323.
(73) CHIOVENDA, José. Ob. cit., p. 472.
(74) CARNELUTTI, Francesco. Ob. cit., p. 323.

3. Requisitos

Son supuestos objetivos de procedencia, la pena conminada mínima para el delito imputado más grave, esto es 6 años tanto para autos definitivos como sentencias (art. 427.2 del NCPP).

En el auto de calificación del recurso en la Casación N° 04-2007-Huaura del 14 de agosto de 2007 vemos el pronunciamiento que se centra en el aspecto cuantitativo así:

> "(…) el apartado dos, inciso a), del citado artículo cuatrocientos veintisiete del Nuevo Código Procesal Penal, estatuye que en las resoluciones como la presente se requiere para la viabilidad del recurso de casación que el delito imputado más grave tenga señalado en la ley, en su extremo mínimo, una pena privativa de libertad mayor de seis años; que el delito más grave (…) es el de hurto agravado, que está conminado con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años –artículo ciento ochenta y seis del Código Penal–; que, en consecuencia, los delitos incriminados no alcanzan el criterio de *summa poena* estatuido en la norma procesal, por lo que la resolución impugnada no cumple el presupuesto procesal objetivo que habilita el recurso de casación, siendo de aplicación el literal c) del apartado uno del artículo cuatrocientos veintiocho del Nuevo Código Procesal Penal, situación que impide apreciar los demás presupuestos de admisibilidad formales y subjetivos".

Siendo más concreto, una sentencia en un delito de lesiones leves o robo simple cuyas penas mínimas están por debajo de los seis años no podrá ser recurrida en casación.

También procede la casación si se trata de sentencias que impongan una medida de seguridad siempre y cuando esta sea de internamiento recordando que el artículo 71 del Código Penal en su inciso 1 fija esta modalidad. Si se le impone una medida de seguridad con tratamiento ambulatorio no será pasible de ser recurrido vía la casación.

Procede la impugnación cuando se cuestiona responsabilidad civil, siempre que el monto fijado en la sentencia de primera o de segunda instancia sea superior a cincuenta unidades de referencia procesal (en el caso peruano es el 10% de la Unidad Impositiva Tributaria) o cuando el objeto de la restitución no pueda ser valorado económicamente.

Además se considera como supuesto el desarrollo de la doctrina jurisprudencial que implica un conjunto de reglas jurídicas fijadas por la Corte Suprema

sobre determinadas instituciones penales en aras de uniformizar la jurisprudencia en materia penal; como orientadora de las instancias inferiores en la búsqueda de una justicia predecible. Por esa razón el artículo 427.4 ha establecido esta facultad de la Corte Suprema. Es ella la que decide de por sí, qué caso es relevante para elaborar doctrina jurisprudencial fuera de los supuestos establecidos por el artículo 427 del NCPP.

Ejemplos de doctrina jurisprudencial con su respectiva *ratio decidendi* los tenemos en la Casación N° 66-2010-Puno del 26 de abril de 2011 que establece que los plazos de las diligencias preliminares son de días naturales y no hábiles. Como regla adicional se tiene que el cómputo del plazo de las diligencias se inicia a partir de la fecha en que el fiscal tiene conocimiento del hecho punible, y no desde la comunicación al encausado de la denuncia formulada en su contra (sétimo considerando).

La Casación Nº 183-2011-Huaura del 5 de setiembre de 2012 en la que se establece que no es necesaria la participación del imputado recurrido en la audiencia de apelación, si es que se encuentra representado por su abogado defensor. Otra regla es que se debe realizar obligatoriamente la lectura de la sentencia en audiencia para garantizar la plasmación del principio de publicidad.

En el delito de apropiación ilícita tenemos la Casación N° 301-2011 de Lambayeque del 4 de octubre de 2012 que señala que una persona que a nombre del acreedor recepciona dinero y no lo entrega a este, comete delito de apropiación siendo el agraviado su representado y no las personas que le entregaron el dinero.

La Casación N° 215-2011 de Arequipa del 12 de junio de 2012 fija como regla que el juzgador en apelación debe dar una respuesta a los agravios expresados por el impugnante. La regla *tantum apellatum quantum devolutum* se expresa en esta *ratio decidendi*.

4. Admisión del recurso de casación en la jurisprudencia

En la Casación N° 01-2007-Lima, 17 de mayo de 2007, tenemos el siguiente argumento:

> " Que la admisibilidad del recurso de casación se rige por lo normado en el artículo cuatrocientos veintiocho y sus normas concordantes del citado Código Procesal Penal; que un presupuesto objetivo del recurso es que se refiera a resoluciones impugnables en casación, a cuyo efecto es de precisar que es materia de recurso un auto expedido en apelación por la Sala Penal Superior que se pronuncia sobre

> una medida coercitiva personal; que, siendo así, es evidente, en primer lugar, que no se trata de una resolución que pone fin al procedimiento penal y, por ende, tampoco causa un gravamen irreparable, en tanto que no resuelve sobre el objeto procesal; y, en segundo, que no corresponde el motivo de casación sobre infracción de ley previsto en el artículo cuatrocientos veintinueve, inciso tres, del citado Código porque la impugnación no está enderezada a cuestionar una errónea interpretación de la ley penal material, causante de anulación de la resolución judicial, sino más bien a denunciar la inobservancia de una norma procesal penal, como son los preceptos sobre prisión preventiva. Tercero: Que los fundamentos anteriores justificarían inadmitir el recurso de casación planteado, sin embargo es del caso hacer uso de la facultad que autoriza el apartado cuatro del artículo cuatrocientos veintisiete del nuevo Código Procesal Penal, en tanto que se trata de fijar un criterio interpretativo de carácter general acerca de las relaciones y posibilidades procesales resultantes entre la detención –como medida provisionalísima– y la prisión preventiva –como medida provisional más estable–, ambas de marcada relevancia constitucional al estar co implicado el derecho a la libertad personal".

En la Casación Nº 01-2007-Huaura del 26 de julio de 2007 se aclara que el "(…) el recurso de casación por su propia naturaleza no constituye una nueva instancia y es de cognición limitada, concentrado en la *questio iuris*. Por lo demás, la denominada 'casación formal o por quebrantamiento de forma' está centrada en revisar si el órgano jurisdiccional cumplió o no con las normas jurídicas que rigen el procedimiento, o la estructura y ámbito de las resoluciones que emitan en función a la pretensión y resistencia de las partes".

Estas dos casaciones ratifican que el examen se concentra en la cuestión jurídica, y que ese es el ámbito de cognición y posterior decisión.

5. Casación por errónea interpretación de la ley penal material

La Casación N° 11-2007-La Libertad del 14 de febrero de 2008 declaró fundado el recurso por la causal de errónea interpretación de la ley penal material. El caso fue que la sentencia de vista recurrida en casación revocó la sentencia de primera instancia en el extremo que impuso al encausado la pena privativa de libertad de 20 años y la reformó imponiendo 10 años. El fiscal arguyó que la pena no se impuso dentro del mínimo o el máximo establecido en el tipo penal, por el contrario se ha impuso una pena debajo del mínimo legal sin justificación. La Corte Suprema fijó como marco que para determinar la pena

se tiene en cuenta los criterios que establecen los artículos 45 y 46 del Código Penal. Siendo el hecho tipificado en el artículo 189 incisos 4 y 7 del primer párrafo y el inciso 1 del segundo párrafo que prevé una pena de veinte y veinticinco años, se estimó que la sala de apelaciones sin existir ninguna circunstancia excepcional de atenuación redujo la pena impuesta por el juzgado colegiado y le impuso una por debajo del mínimo legal. No se advirtió que no hubo admisión básica de los hechos que se le atribuyen ni es sujeto de responsabilidad restringida y en el acto desplegó violencia causando a la víctima lesiones. Concluyó la Corte Suprema que la sala de apelaciones interpretó incorrectamente la ley penal material, por lo que declaró fundado el recurso de casación con base en el artículo 429.3 del NCPP. La Sala Suprema confirmó la sentencia de primera instancia que condenó al encausado como autor del delito contra el patrimonio - robo agravado a veinte años de pena privativa de libertad.

Observamos que en este caso la Corte Suprema hizo el **juicio rescindente** al declarar fundado el recurso de casación y anular la sentencia de vista, y también al no reenviar la causa realizó el **juicio rescisorio** porque validó la sentencia de primera instancia.

6. Formalidades del recurso de casación

- Se presenta por quien resulte agraviado por la resolución, tenga interés directo y tenga facultades legales (art. 405.a del NCPP) Si es agraviado para poder establecer este supuesto se debe señalar cuáles son los errores de la resolución que se busca casar. La distinción respecto de quien tenga interés directo es que la resolución igualmente le afecte en algún derecho en particular. La parte que presenta la casación debe tener facultades para hacerlo. Está habilitado el procesado, el actor civil, el Ministerio Público e incluso este último puede recurrir a favor del imputado entendiéndose que es en el marco de la defensa de la legalidad. Por ejemplo que haya sido condenado con una sanción que supera el máximo del tipo penal imputado.

- El recurso de casación deberá ser presentado por escrito y en el plazo legal como regla general; pero también puede ser interpuesto en forma oral, cuando se trata de resoluciones expedidas en el curso de la audiencia, en cuyo caso el recurso se interpondrá en el mismo acto en que se lee la resolución que lo motiva (art. 405.b).

- Quien presente el recurso de casación debe obligatoriamente precisar las partes o puntos de la decisión a los que se refiere la impugnación, y se expresen los fundamentos, con indicación específica de los

fundamentos de hecho y de derecho que lo apoyen. El recurso deberá concluir formulando una pretensión concreta.

- Si interpuso el recurso oralmente contra las resoluciones finales expedidas en la audiencia, esto es insuficiente pues debe formalizarse el recurso en el plazo de cinco días.

También será inadmisible si se hubiese interpuesto por motivos distintos a los enumerados en el NCPP o cuando se haya dirigido contra resoluciones que no son impugnables en casación.

La casación implica que ha existido un comportamiento congruente del impugnante desde la primera resolución que le causó agravio. Por ello se declarará inadmisible el recurso interpuesto por quien haya consentido la resolución adversa de primera instancia y si esta fue confirmada por la resolución objeto del recurso. Además se rechazará si el impugnante invoca violaciones de la ley que no hayan sido deducidas en los fundamentos de su recurso de apelación.

También será declarado inadmisible si es que ese carece manifiestamente de fundamento, esto es si no se ha señalado cuales son los errores in iudicando.

Se hubieren desestimado en el fondo otros recursos sustancialmente iguales y el recurrente no da argumentos suficientes para que se modifique el criterio o doctrina jurisprudencial ya establecida. Esto implica la existencia de jurisprudencia reiterada y uniforme en las que exista declaración en contra de la pretensión casatoria del impugnante.

Puede existir inadmisibilidad que podrá afectar a todos los motivos que se han dado como fundamento, pero también podrá referirse a alguno de ellos, esto es que puede existir un recurso que sea declarado inadmisible en un extremo y admisible para su examen por el colegiado supremo.

La calificación la realiza el juez que emitió la resolución impugnada, quien debe pronunciarse sobre la admisión del recurso, notificando su decisión a todas las partes. Realizada la notificación elevará los actuados a la Sala Penal de la Corte Suprema que de oficio, también podrá controlar la admisibilidad del recurso y, si encuentra alguna causal, podrá anular el concesorio.

7. Admisibilidad de la casación

Las causales para desestimar el recurso están previstas en el artículo 428.1 Uno de ellos es cuando no se cumplen los requisitos y causales previstos en los artículos 405 y 429 del NCPP.

En el auto calificación de recurso de casación N° 04-2008-Huaura del 10 de marzo de 2008 respecto de la inadmisibilidad del recurso señaló que se rige por lo normado en el artículo 428 y sus normas concordantes del citado Código. Los requisitos deben cumplirse a cabalidad para que se declare bien concedido, o se desestimará el recurso si no se cumplen los requisitos y causales previstos en los artículos cuatrocientos cinco y cuatrocientos veintinueve del acotado Código –conforme al parágrafo a) del citado artículo–: el apartado c) del numeral uno del artículo cuatrocientos cinco estipula i) que se precise las partes o puntos de la decisión a los que se refiere la impugnación, ii) se expresen los fundamentos, con indicación específica de los fundamentos de hecho y de derecho que lo apoyan, y iii) se concluya formulando una pretensión concreta; sin perjuicio de ello, el inciso primero del artículo cuatrocientos treinta del Código Procesal Penal establece que: a) se mencione separadamente cada causal casatoria invocada, b) se cite concretamente los preceptos legales erróneamente aplicados o inobservados, c) se precise el fundamento o fundamentos doctrinales y legales, y d) se exprese específicamente cuál es la aplicación que pretende (…) la defensa del recurrente no ha precisado los motivos casacionales ni especifica su pretensión impugnativa, más bien, su recurso está dirigido a que este Supremo Tribunal realice un análisis de los medios de prueba, que no cabe realizar, por su cognición limitada, al órgano de casación que no es posible hacerlo en virtud a los principios procedimentales de oralidad e inmediación que rigen la actividad probatoria (…)".

8. Causales para interponer recurso de casación

Las causales para acceder a la casación tienen relación con lo que en doctrina se conoce como interés casacional. Blasco Gasco señala que el interés casacional supone la idoneidad del asunto de acceder a la casación sin tener en cuenta no el objeto, ni la cuantía del procedimiento si concurren ciertas circunstancias o supuestos taxativos señalados en la ley y en sentido amplio se puede entender como aquel que trasciende al de las partes, por tanto más allá del *ius litigatoris*, es el criterio o los criterios de política legislativa que establece el legislador para acceder al recurso de casación(75).

Los supuestos para que la Corte Suprema se pronuncie sobre el fondo si es que sortean la calificación (art. 429) son los siguientes:

(75) Citado por YAIPÉN ZAPATA, Víctor. "La incautación como medida cautelar en el nuevo proceso penal". En: Revista *Gaceta Penal & Procesal Penal*. N° 19, Gaceta Jurídica, Lima, enero de 2011, p. 307.

a) Si la sentencia o auto han sido expedidos con inobservancia de algunas de las garantías constitucionales de carácter procesal o material, o con una indebida o errónea aplicación de dichas garantías

Esta casación controla si la sentencia recurrida ha observado garantías constitucionales como las que tutela el debido proceso. No de afectaciones de mera legalidad. Puede darse el caso que se ha omitido cumplir con las garantías constitucionales y en otros casos se hacen referencia a estas pero la aplicación es errónea al caso concreto.

En el auto de calificación del recurso de Casación N° 7-2010-Huaura del 19 de abril de 2010 se analiza la procedencia de la causal de falta de motivación esto es la carencia de razones para sustentar la decisión judicial de la siguiente forma:

> "(…) la admisibilidad del recurso de casación se rige por lo normado en el artículo cuatrocientos veintiocho del Código Procesal Penal y las normas concordantes (…) el acusado Silva Urbisagástegui reprocha en casación una sentencia de vista, que confirmando la de primera instancia, lo condenó como autor del delito de actos contra el pudor en agravio de la menor (el recurrente solo se limitó) a afirmar –en términos generales– que no se ha verificado ni acreditado en autos que se haya efectuado actos contra la menor agraviada o contra otros agraviados que importen la violación de su libertad sexual u otro tipo de delito, más aún si no se ha actuado prueba alguna en contrario, que permita rebatir el principio de presunción de inocencia, por lo que corresponde admitir dicho medio de exculpación a su favor; sin embargo, del tenor del mismo, se aprecia que **no identificó el aspecto o ámbito de los derechos fundamentales que se habrían vulnerado a los efectos de su control constitucional en vía casatoria, por el contrario** –confundiendo los alcances del recurso de casación–, lo que pretende es que este Supremo Tribunal realice un análisis independiente de los medios de prueba, pretensión que resulta inviable en virtud de los principios procedimentales de oralidad e inmediación que rigen la actividad probatoria, confundiendo juicio de legalidad o de suficiencia –que parte de los medios y elementos de prueba analizados por el órgano sentenciador y se proyecta al examen de la conclusión que se arriba sobre el tema de prueba– con el análisis autónomo de la prueba de cargo actuada, que no cabe realizar por su cognición limitada al órgano de casación –siendo ajeno a su objeto la revaloración de los medios probatorios que sirvieron de base a una sentencia de condena–; que, en tal virtud, lo alegado por el reclamante, respecto

a los agravios antes señalados, carece ostensiblemente de contenido casacional (…) declararon INADMISIBLE el recurso (…)".

En la Casación N° 09-2007-Huaura del 18 de febrero de 2008 se admitió a trámite por el motivo la inobservancia de las garantías constitucionales del debido proceso (por infracción del principio de inmediación) y defensa procesal (por vulneración del derecho a la prueba pertinente). La actora civil alegó que en segunda instancia no se le convocó para que preste declaración, pese a que su testimonio fue ofrecido como prueba, con infracción del artículo 422.5 del NCPP por lo que no se pudo valorar la prueba personal. La Sala Suprema determinó que el tema específico estaba centrado en establecer si existió o no vulneración del derecho a la prueba pertinente y con ello afectación del principio de inmediación. Como marco conceptual la Sala Suprema señaló que el derecho a la prueba pertinente está ligado al derecho de defensa y que no se puede ejercer tal derecho si no se permite a las partes llevar al proceso los medios que puedan justificar los hechos que han alegado; siempre que a) la prueba haya sido solicitada en la forma y momento procesalmente establecido, b) sea pertinente, es decir, debe argumentarse de forma convincente y adecuada el fin que persigue, y c) que la prueba sea relevante. La inmediación garantiza que el juez encargado de sentenciar tenga contacto directo con todas las pruebas y si no oye directamente la declaración del testigo sino que la lee de un acta, no está en condiciones de realizar un juicio de credibilidad respecto de lo que el testigo ha dicho. Tal declaración no puede ser contra examinada y por tanto sometida al test de la contradictoriedad. Sin inmediación la información ostenta una bajísima calidad y no satisface un control de confiabilidad mínimo. Que el Colegiado de segunda instancia al rechazar la prueba ofrecida por la actora civil, en cuanto al examen de la agraviada vulneró no solo el derecho a la prueba sino la garantía constitucional del debido proceso al afectar el principio de inmediación y la garantía de defensa procesal en su ámbito de derecho a la prueba pertinente. Como conclusión del examen del recurso declararon fundado el mismo.

b) Si la sentencia o auto incurre o deriva de una inobservancia de las normas legales de carácter procesal sancionadas con la nulidad

Debe entenderse que en este ámbito se controlará las inobservancias del estatuto procesal siempre que estas se encuentren sancionadas con nulidad absoluta, o insubsanables de tal forma que incidan en la decisión de la recurrida.

En la Sentencia de Casación N° 10-2007-Trujillo dado en Lima el 29 de enero de 2008 se desarrolla respecto de esta causal y la anterior que nos servirá de ilustración para entenderlos a partir de la casuística.

> "(…) el acusado (…) interpuso recurso de casación (…) Introdujo dos motivos de casación: a) la denominada "casación constitucional", centrada en la presunta vulneración de tres preceptos constitucionales: presunción de inocencia, debido proceso e *in dubio pro reo*; y, b) la denominada "casación procesal o por quebrantamiento de forma" (…) el agravio consiste en que –según el recurrente– la sentencia de vista, al apreciar la prueba –testimonial de Wildo Rubén Avila Navis–, no cumplió con los requisitos de suficiencia probatoria y, además, vulneró la regla de legitimidad y legalidad de la prueba testimonial. Alega al respecto que la admisión de dicha testifical fue ilegal porque se vulneró los apartados uno y dos del artículo trescientos setentitrés del nuevo Código Procesal Penal [solo se acepta nueva prueba, instalado el juicio oral, cuando las partes han tenido conocimiento de ella con posterioridad a la audiencia de control de la acusación] (…) En el escrito de acusación la señora fiscal provincial solo ofreció la copia de la manifestación de Wildo Rubén Avila Navis, (…) El juzgado (…) la declaró inadmisible porque su lectura en el juicio no correspondía (…) Sin embargo, en la estación de ofrecimiento de nueva prueba la fiscalía ofreció la declaración (…) sin oposición de la defensa del imputado, la que además tuvo la oportunidad de contrainterrogarlo (…) la insistencia del testimonio personal en el acto oral, en esas condiciones de rechazo del acta de declaración sumarial, muy bien puede ser invocada en la oportunidad prevista en el artículo trescientos setenta y tres, apartado dos, del nuevo Código Procesal Penal. La necesidad del pleno esclarecimiento de los hechos acusados exige que se superen interpretaciones formalistas de la ley procesal, sin que ello signifique, desde luego, una lesión a los derechos de las partes. En el presente caso el testigo citado asistió al acto oral, fue examinado por las partes y, es más, la solicitud probatoria que justificó su presencia no fue objetada por el imputado. No se está, pues, ante una prueba inconstitucional (…)".

En el auto de calificación del Recurso de Casación N° 09-2010-Tacna del 23 de abril de 2010 se señala que la inadmisibilidad del recurso, se rige por la concordancia de los artículos 428 y sus normas concordantes del NCPP para que se declare bien concedido. En el caso se aprecia que se ha recurrido una sentencia de vista por la que se absolvió al acusado de la acusación fiscal formulada en su contra, y estando a que el delito tiene en su extremo mínimo una pena privativa de libertad de 30 años, se cumple el presupuesto objetivo estatuido en el artículo 427 apartados 1 y 2 del NCPP. Además el recurso cumple los presupuestos formales correspondientes de tiempo, lugar, modo y fundamentación.

El fiscal superior, ha citado como motivos del recurso los incisos 1, 3 y 4 del artículo 429 del NCPP y los ha precisado separadamente como exige el apartado uno del artículo 430 lo que permite que la Sala Suprema ordenadamente analice su coherencia o correspondencia interna a los efectos de su admisibilidad. El primer motivo fue por inobservancia de normas legales de carácter procesal por la vulneración del principio acusatorio y del debido proceso.

Los argumentos jurídicos del fiscal son que de conformidad a la Resolución N° 2005-2006-PHC/TC el Tribunal Constitucional estableció que la potestad de incoar la acción penal y de acusar es exclusiva del Ministerio Público. El MP acusó al encausado como autor del delito de violación sexual de menor de 14 años, tipo penal descrito en el artículo 173 inciso 2 del Código Penal, sin embargo, de la sentencia impugnada se advierte que la Sala Superior no solo absolvió al encausado por este delito, sino que además extrañamente lo ha absuelto por el tipo penal descrito en el artículo 173 inciso 3 referido al delito de violación sexual de mayor de catorce y menor de dieciocho años, por lo que este motivo casacional se consideró su admisión.

c) Si la sentencia o auto importa una indebida aplicación, una errónea interpretación o una falta de aplicación de la ley penal o de otras normas jurídicas necesarias para su aplicación

Esta es la más cercana aplicación de la casación, el control de la legalidad material o sustantiva. El primer supuesto es la interpretación errónea que ha realizado el juzgador de una norma material la misma que debe ser expuesta en el agravio y además proponerse cuál es la interpretación correcta. La otra causal es cuando el juzgador ha omitido la aplicación de la norma penal que sea imprescindible para la resolución del caso. Ambas causales específicas no podrían citarse por ser contradictorias.

En el auto de calificación del Recurso de Casación N° 09-2010-Tacna del 23 de abril de 2010 se sustentó este en la indebida aplicación de la ley penal, autorizada por el artículo 429 inciso 3 del NCPP bajo el argumento que en la sentencia de vista se aplicó indebidamente los siguientes dispositivos legales: i) el artículo 173 inciso 3 del Código Penal, modificado por la Ley Nº 28704; ii) el artículo 20 numeral 10 del Código Penal; y iii) El Acuerdo Plenario Nº 4-2008 /CJ-116 los mismos que no resultan ser aplicables para el presente caso, pues la presente investigación se sigue en agravio de una menor de 14 años –artículo 173 inciso 2 del Código Penal– y no de una agraviada mayor de 14 años artículo 173, inciso 3 del citado Código. La Sala Suprema por esta causal determinó que el recurso era admisible.

d) Si la sentencia o auto ha sido expedido con falta o manifiesta ilogicidad de la motivación, cuando el vicio resulte de su propio tenor

En el mismo auto de calificación del Recurso de Casación N° 09-2010-Tacna del 23 de abril de 2010 se planteó la causal de **manifiesta ilogicidad del fallo porque** según el fiscal recurrente se habría producido en el considerando 32 de la sentencia y siguientes - se establecen las siguientes ilogicidades: a) que pese a que en el punto 33 se señala que no se acreditó la relación sentimental que el encausado aduce tener con la agraviada, la Sala Superior en el mismo punto señaló que dicha posibilidad no se puede descartar totalmente **–ilogicidad manifiesta**–; y b) que en el punto 34 de la sentencia se señaló que es preciso analizar si nos encontramos ante un error de tipo que podría excluir de responsabilidad al acusado. El fiscal alegó que aceptada la tesis del error de tipo solo cabe determinar si en las relaciones sexuales medió o no violencia, si fue con o sin consentimiento de la menor; esto es que la Sala pese a aceptar que hay error de tipo no aplica lo dispuesto en el artículo 14 del Código Penal, sino que por el contrario, procede a analizar y evaluar si la menor agraviada prestó o no su consentimiento, o si hubo o no violencia en las relaciones sexuales como si se tratase de una menor agraviada mayor de catorce años, aunado a que en el punto 46 de la sentencia se acotó que existe **duda razonable sobre el posible error de tipo** que hubiese incurrido el sentenciado, evidenciándose claramente la manifiesta ilogicidad en los fundamentos de la sentencia recurrida. En este auto la Sala Penal Suprema consideró que se trataba de un motivo susceptible de análisis en sede casacional.

e) Si la sentencia o auto se aparta de la doctrina jurisprudencial establecida por la Corte Suprema o, en su caso, por el Tribunal Constitucional (art. 429)

Si se invoca el numeral 4) del artículo 427, será procedente el recurso de casación cuando la Sala Penal de la Corte Suprema, discrecionalmente, lo considere necesario para el desarrollo de la doctrina jurisprudencial; el impugnante sin perjuicio de señalar y justificar la causal que corresponda conforme al artículo 429, deberá consignar adicional y puntualmente las razones que justifican el desarrollo de la doctrina jurisprudencial que pretende. Si el impugnante invoca este supuesto, la Sala Penal Superior, para la concesión del recurso, constatará la existencia de la fundamentación específica exigida en estos casos. La facultad para poder determinar si se pronuncia la Corte Suprema para el desarrollo de la doctrina jurisprudencial tiene un parangón en la doctrina del *stare decisis* norteamericano.

También se emplea como término más genérico los denominados precedentes vinculantes que son reglas jurídicas de obligatorio cumplimiento para los jueces, dictados por la Corte Suprema, cuya finalidad es uniformizar a la judicatura respeto a diversos tópicos del Derecho Penal en aras de hacer realidad una justicia predecible y garantizar la seguridad jurídica como cimiento del orden constitucional y democrático de Derecho.

Como causa para admitir el recurso es la afectación de un precedente del Tribunal Constitucional. En el caso de la jurisprudencia constitucional tenemos que los requisitos para fijar precedentes han sido establecidos en la propia la jurisprudencia del Tribunal Constitucional como las que fluyen del Exp. N° 0024-2003-AI/TC caso Municipalidad Distrital de Lurín de 10 de octubre de 2005 en el que ha estimado que hay necesidad de fijar reglas jurídicas vinculantes cuando existen precedentes conflictivos o contradictorios; interpretaciones erróneas de una norma del bloque de constitucionalidad; la existencia de vacíos normativos; normas carentes de interpretación jurisdiccional y cuando se evidencia la necesidad de cambiar de precedente vinculante.

El artículo 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial señala que los **"principios jurisprudenciales**" son fijados por las Salas Especializadas de la Corte Suprema que han de ser de obligatorio cumplimiento desde todas las instancias judiciales. En materia civil el artículo 400 del Código Procesal Civil modificado por la Ley Nº 29364 establece que la Sala Suprema Civil convoca al pleno de magistrados supremos civiles a efectos de emitir sentencia que constituya o varíe un **precedente judicial** y la decisión que se tome en mayoría absoluta de los asistentes al pleno casatorio constituye **precedente jurisprudencial** y vincula a los órganos jurisdiccionales del Estado, hasta que sea modificada por otro precedente. En materia penal el artículo 301 A del Código de Procedimientos Penales si hace referencia expresa al **precedente vinculante**. La Ley Nº 27584 en el artículo 34 en su versión original denominaba a las decisiones adoptadas en casación por la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República **doctrina jurisprudencial en materia contencioso administrativa**. Este artículo fue modificado por el Decreto Legislativo N° 1067, publicado el 28 junio 2008 y dice que cuando la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema fije en sus resoluciones principios jurisprudenciales en materia contencioso administrativa, constituyen precedente vinculante. La nomenclatura legal entonces considera que la doctrina jurisprudencial, los principios jurisprudenciales **son los precedentes vinculantes.**

En el caso del precedente judicial, existe la posibilidad que los jueces se aparten pero motivando esa discrepancia. En la Corte Suprema se considera que este apartamiento debe ser con argumento distinto a los que ha sustentado

las posturas minoritarias que han sido vencidos en plenos jurisdiccionales de jueces supremos o en sentencias plenarias, al amparo del artículo 301-A del Código de Procedimientos Penales.

Por otro lado la Corte Suprema tal como lo hace el Tribunal Constitucional puede apartarse de una regla jurídica sustituyéndola por otra y que se conoce como la técnica del *overruling*.

La Sala Suprema de oficio o a pedido de la fiscalía podrá decidir, atendiendo a la importancia del asunto llevado a su conocimiento expresamente señalará que lo resuelto constituye doctrina jurisprudencial para los jueces de la república. La *ratio decidendi* permanecerá vigente hasta que otra decisión expresa la modifique (art. 433.3 del NCPP).

En el caso que haya otra Sala Penal Suprema, sin perjuicio de resolverse el recurso de casación, a su instancia, se convocará inmediatamente al Pleno Casatorio de los Jueces Supremos en lo Penal de la Corte Suprema para la decisión correspondiente, que se adoptará por mayoría absoluta. No se requiere la intervención de las partes, ni la resolución que se dicte afectará la decisión adoptada en el caso que la motiva. La resolución que declare la doctrina jurisprudencial se publicará en el diario oficial.

Si hay posiciones discrepantes entre Salas Penales Supremas o entre integrantes de la Sala Penal, sobre la interpretación o la aplicación de una determinada norma, de oficio o a petición del Ministerio Público o de la Defensoría del Pueblo, obligatoriamente se convocará el Pleno Casatorio de los Jueces de lo Penal de la Corte Suprema. Previa a la decisión del Pleno de Jueces Supremos se anunciará el asunto que lo motiva, es decir sobre que se va a dictar reglas jurídicas; y se señalará día y hora para la vista de la causa. Se citará al Ministerio Público y, si fuese el caso a la Defensoría del Pueblo. La decisión se adoptará por mayoría absoluta y se publicará en el diario oficial.

En la medida que el recurso de casación es de reciente data se han dictado muy pocas como doctrina jurisprudencial. La mayor temática abordada del NCPP ha sido en los acuerdos plenarios, particularmente en el VI Pleno.

La Corte Suprema en materia penal ha empleado las siguientes modalidades para fijar precedentes vinculantes en el marco del Código de Procedimientos Penales como del NCPP.

1. Ejecutoria suprema vinculante. Esta ejecutoria se origina por la decisión de una Sala Penal Suprema de fijar en algunos de los considerandos

de su sentencia reglas jurídicas. El fundamento es el artículo 301-A del Código de Procedimientos Penales.

2. Sentencia Plenaria que resuelve discrepancias jurisprudenciales. Estas sentencias se han acordado en pleno de jueces supremos para dilucidar sobre las ejecutorias supremas contrapuestas, como el caso del momento consumativo del delito de robo agravado o la sustitución de la pena con base en el artículo 6 del Código Penal por las nuevas penas mínimas y máximas establecidas por la Ley Nº 28002 que modificó el artículo 297 del Código Penal. El fundamento es el artículo 301-A del Código de Procedimientos Penales y puede ser a iniciativa de una Sala Penal o también Fiscalía Suprema o Defensoría del Pueblo.

3. Acuerdo plenario de jueces supremos que aprueba que determinadas ejecutorias supremas se conviertan en vinculantes o sobre alguna materia sustantiva, procesal o de ejecución. Su base legal es el artículo 116 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que dice que los integrantes de las Salas Especializadas, pueden reunirse en plenos jurisdiccionales nacionales a fin de concordar jurisprudencia de su especialidad.

La calidad de vinculantes de los acuerdos plenarios no está exenta de críticas ya que quienes discrepan dicen que la única fuente de Derecho admitida es la jurisprudencia, y no la discusión, los debates o acuerdos a los que pueden arribar los magistrados del Poder Judicial, y que la jurisprudencia es formada por la actividad judicial expresada a través de sentencias o autos(76). Los acuerdos plenarios según interpretación de la Corte Suprema tienen carácter vinculante en una apreciación sistemática de las reglas para establecer principios jurisprudenciales. Consideramos que la fijación de los precedentes le corresponde por jerarquía al más alto tribunal. Los acuerdos plenarios no nacen de una discusión académica sino sobre la base de problemas derivados de los fallos de la misma Corte Suprema y de los órganos inferiores, lo que puede advertirse de una lectura de la justificación de los acuerdos.

En el VI, I Extraordinario, VII y VIII Pleno de Jueces Supremos a diferencia de los anteriores plenos se ha implementado debates previos con participación de instituciones del ámbito jurídico, acercando la problemática no solo a los jueces sino a la comunidad jurídica nacional. Las fases en que se desarrollan son:

(76) CASTILLO ALVA, José Luis. *Precedentes Vinculantes, Sentencias Plenarias y Acuerdos Plenarios en materia penal de la Corte Suprema de Justicia*. Los Precedentes Vinculantes. Apecc, Lima, 2009, p. 37.

Primera fase: Los jueces supremos discuten y debaten la agenda, la que debe contener la problemática o controversias en la judicatura en temas sustantivos, y además procesales dando énfasis al nuevo modelo procesal penal.

Segunda fase: Se organiza un foro de participación ciudadana en el portal de internet del Poder Judicial. Participan instituciones por medio de sus representantes, y se presentan ponencias que son sustentadas en audiencia pública.

Tercera fase: En esta se lleva a cabo la sesión plenaria en la que se realiza la discusión y formulación de los acuerdos plenarios cuya labor recae en los jueces supremos ponentes.

De acuerdo a la agenda fijada con base en ejes temáticos, también se discuten subtemas que merecen la fijación de reglas jurídicas.

Los acuerdos emitidos por los jueces supremos vinculados al NCPP son los siguientes:

- Acuerdo Plenario Nº 5-2010/CJ-116 que tuvo como centro de debate la medida cautelar patrimonial de la incautación que consideramos como la posesión de la cosa por la autoridad.
- Acuerdo Plenario Nº 4-2010/CJ-116 que desarrolló la naturaleza y alcances de la audiencia de tutela.
- Acuerdo Plenario Nº 6-2010/CJ-116 que trató sobre la acusación directa y el proceso inmediato.
- Acuerdo Plenario **N° 5-2011 sobre la víctima y constitución en actor civil.**

9. Interposición y admisión

Las reglas para poder interponer el recurso de casación sin perjuicio de los requisitos del artículo 405 del NCPP es que deben indicar separadamente la causal invocada. Esto permite que tenga un orden y coherencia. El impugnante tiene la obligación de citar con claridad los preceptos legales que considere erróneamente aplicados o inobservados. Además precisar los fundamentos doctrinales o legales que sustentan su pretensión casatoria y deberá expresar cuál es la aplicación que pretende (art. 430.1).

Interpuesto ante la Sala Superior se abre un primer examen de admisibilidad. Esta tendrá la capacidad de declarar inadmisibilidad si se dan los supuestos

fijados en el artículo 405 o cuando se invoquen causales distintas a las señaladas taxativamente por el NCPP (art. 430.2).

10. Concesión del recurso

Si se han cumplido los requisitos de admisibilidad y la Sala Superior concede el recurso, dispone que se notifiquen a todas las partes y se les emplazara para que se presenten ante la Sala Penal de la Corte Suprema y, si la causa proviene de un distrito judicial distinto de Lima se fije un nuevo domicilio procesal dentro del décimo día siguiente al de la notificación, obviamente dentro del radio urbano. La accesibilidad de los justiciables que radican fuera de Lima a la Corte Suprema es difícil y esto puede solucionarse a partir de la implementación más agresiva de la notificación electrónica.

Una vez que se ha elevado el expediente a la Sala Penal de la Corte Suprema, se correrá traslado del recurso a las demás partes por el plazo de diez días, siempre que previamente hubieren señalado domicilio procesal en Lima. Si no lo hicieron se les tendrá por notificado en la misma fecha de la expedición de las resoluciones que se dicten por la Sala Penal Suprema**.** Esto implica un grado de diligencia de las partes involucradas en el recurso casatorio.

11. Auto concesorio de apelación

La Sala Penal Suprema emitirá sin trámite alguno un auto por el que decidirá si es que el recurso ha sido bien concedido y si procede conocer el fondo de este (art. 428 del NCPP) Este es un primer tamiz en la suprema, y es en esta etapa que pueden ser rechazados los recursos casatorios si se ha incumplido con los requisitos de admisibilidad. El auto debe expedirse dentro del plazo de 20 días y bastan tres votos conformes de cinco supremos si procede que se pronuncien sobre el fondo.

En el auto de calificación del recurso de casación presentado por un Tercero Civil en Huaura, veintiséis de abril de dos mil diez, Exp. N° 10-2010, la Corte Suprema realizó el siguiente raciocinio:

> "(…) conforme al estado de la causa y en aplicación de lo dispuesto en el apartado seis del artículo cuatrocientos treinta del Código Procesal Penal de dos mil cuatro, corresponde decidir si el recurso de casación está bien concedido y si, en consecuencia, procede conocer el fondo del mismo; que, con carácter previo, es de precisar que se ha cumplido con el trámite de traslados respectivos, sin que las partes recurridas presenten sus alegatos correspondientes (…) el recurso de

casación, como todo medio de impugnación, está sometido al cumplimiento de presupuestos procesales **objetivos, subjetivos y formales**, cuya insatisfacción determina su rechazo liminar; que se ha recurrido una sentencia en el extremo del monto fijado como reparación civil –quince mil y cinco mil nuevos soles–, por lo que se cumple **con el presupuesto objetivo estatuido en el artículo cuatrocientos veintisiete, apartados tres, del Nuevo Código Procesal Penal [el citado dispositivo legal refiere que procede el recurso de casación cuando el monto fijado en la sentencia de primera o de segunda instancia sea superior a cincuenta unidades de referencia procesal o cuando el objeto de la restitución no pueda ser valorado económicamente**]; que, además, **el recurso cumple con los presupuestos formales correspondientes de tiempo, lugar, modo y fundamentación**. (…) el TERCERO CIVIL RESPONSABLE, (…) sus agravios están referidos a un motivo concreto, cuál es la falta de motivación –en cuanto a la reparación civil– en las sentencias emitidas por los órganos jurisdiccionales, al amparo de lo dispuesto en el inciso cinco del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución Política del Estado (…) en lo referente al agravio de la falta de motivación, el recurrente invoca como punto de partida que la sentencia de segunda instancia no se pronunció sobre el argumento expresado en su recurso de apelación, cual fue a su vez la falta de motivación en la sentencia de primera instancia respecto al monto fijado como reparación civil; que, el supuesto de motivación inexistente o vacía, es uno de los ámbitos expresamente reconocidos del motivo de casación establecido en el inciso cuatro del artículo cuatrocientos veintinueve del nuevo estatuto procesal; por consiguiente, es pertinente declarar bien concedido, la causal por vulneración del precepto constitucional referido la falta de motivación: - artículo cuatrocientos veintinueve, inciso cuatro, del Nuevo Código Procesal Penal (…)".

12. Audiencia

Una vez que se ha concedido el recurso de casación, el expediente quedará en la secretaria de la sala suprema para que las partes puedan examinarlo y si lo estiman así presentar alegatos ampliatorios por escrito (art. 431.1 del NCPP). Vencido este plazo se fijará la fecha para la audiencia de casación, y se citará a las partes apersonadas**.**

La audiencia se instalará con la concurrencia de las partes que asistan. Si el fiscal no asiste de manera injustificada y si este lo ha interpuesto la Sala Suprema declarara inadmisible el recurso presentado. Si lo presentó el abogado

y no asiste se aplicará la misma regla. En la Casación Nº 97-2010-Puno, 3 de mayo de 2011[77] por inasistencia injustificada del recurrente pese a que estuvo debidamente notificado se declaró inadmisible el recurso y condenaron al pago de costas que serían exigidas por el Juez de la Investigación Preparatoria.

El orden de intervención en la audiencia se determina a partir de quien la presentado el recurso, y es el abogado quien hará uso de la palabra. Si existiese varios impugnantes se seguirá el orden que establece el artículo 424.5[78]. Luego informaran los abogados de las partes recurridas. Si se hace presente el imputado se le concederá la palabra en último término.

Culminada la audiencia la Sala Suprema expedirá la sentencia en veinte días y se requieren para hacer resolución 4 votos conformes. La sala aplicará las reglas establecidas en el artículo 425.1 del NCPP[79] y 425.2.

13. Competencia

La Sala Penal Suprema conocerá del recurso centrando su pronunciamiento en las causales de casación que expresamente hayan sido invocadas por el impugnante. Esto no limita a la Sala Suprema ya que puede conocer las cuestiones que sean declarables de oficio en cualquier estado y grado del proceso (art. 432.1 del NCPP). Entonces, la facultad de examen de la resolución cuestionada es amplia y no se reduce a las causales de casación.

La competencia de la Sala Penal de la Corte Suprema se ejerce sobre los errores jurídicos que contenga la resolución recurrida. Está sujeta de manera absoluta a los hechos legalmente comprobados y establecidos en la sentencia o auto recurridos (art. 432.2). Pese a sus amplias facultades, la resolución impugnada le establece los límites, no puede salirse de ella.

(77) Extraída de <www.pj.gob.pe> en jurisprudencia sistematizada.

(78) 5. Al culminar la actuación de pruebas, las partes alegarán por su orden empezando por las recurrentes, de conformidad en lo pertinente con el numeral 1) de artículo 386. El imputado tendrá derecho a la última palabra. Rige lo dispuesto en el numeral 5) del artículo 386.

(79) 1. Rige para la deliberación y expedición de la sentencia de segunda instancia lo dispuesto, en lo pertinente, en el artículo 393. El plazo para dictar sentencia no podrá exceder de diez días. Para la absolución del grado se requiere mayoría de votos.

2. La Sala Penal Superior solo valorará independientemente la prueba actuada en la audiencia de apelación, y las pruebas pericial, documental, preconstituida y anticipada. La Sala Penal Superior no puede otorgar diferente valor probatorio a la prueba personal que fue objeto de inmediación por el juez de primera instancia, salvo que su valor probatorio sea cuestionado por una prueba actuada en segunda instancia.

Cuando se detecta errores jurídicos, hay que determinar si influyen en la decisión. Si no lo hacen no será causal de nulidad. Sin embargo estos errores deben ser corregido por la sentencia casatoria.

14. Sentencia casatoria. Contenido

Una primera opción que tiene la Corte Suprema según el artículo 433.1 del NCPP es que si declara fundado el recurso, además de declarar la nulidad de la sentencia o auto impugnados, podrá decidir directamente sobre el caso, es decir hacer primero el juicio rescindente y si considera que no es necesario un nuevo debate y no hay necesidad de ordenar el reenvío del proceso hará el juicio rescisorio. Dictada la sentencia esta se notificará a todas las partes, incluso a los que no han impugnado.

En la Casación N° 01-2007-Huaura del 26 de julio de 2007 se hace referencia al rescindente respecto de un caso vinculado a prisión preventiva. "Por ello, y como hace falta realizar en forma la audiencia de prisión preventiva con las citaciones correspondientes, la estimación del recurso de casación solo trae consigo un **juicio rescindente**". En virtud del artículo 433.1 del NCPP esto implica que el juicio rescisorio lo hará el juez de investigación preparatoria.

La Sala Suprema si opta por la anulación sin reenvío en la misma sentencia se pronunciará sobre el fondo dictando el fallo que deba reemplazar el recurrido. Los dos juicios se harán en la misma sentencia y no por separado por economía procesal.

Si la Sala por el contrario decide la anulación con reenvío, en la sentencia deberá indicar el juez o Sala Penal Superior competente y el acto procesal que deba renovarse. Es decir precisa los puntos en que el órgano jurisdiccional que reciba los autos deberá pronunciarse. Se debe proceder conforme al marco fijado por la Sala Penal Suprema.

15. Efectos de la anulación

Si la Corte Suprema se decide por la anulación, los efectos jurídicos procesales de esta decisión son los siguientes:

La anulación del auto o sentencia recurridos podrá ser total o parcial. Si es total se tendrá que rehacer la decisión y si es parcial que muchas veces se realiza porque la nulidad no alcanza a toda la resolución y por economía procesal y por no alterar los que las partes no han cuestionado.

De allí que cuando hay anulación parcial, las disposiciones de la sentencia impugnada que no ha sido anulada tendrán valor de cosa juzgada en las partes que no tengan nexo esencial con la parte anulada. Para que sea clara la decisión respecto a las partes de la sentencia impugnada que adquieren la calidad de firme o ejecutoria, la Sala Penal de la Corte Suprema declarará lo declarara expresamente en la parte resolutiva (art. 434). Esta regla es útil puesto que evitará la ambigüedad que obligue a las partes a solicitar aclaraciones.

16. Efectos de la casación sobre medidas cautelares

Si por efecto de la casación de un auto o sentencia impugnados deba cesar la detención del procesado, la Sala Penal de la Corte Suprema ordenará directamente la libertad. Esta regla se aplicará para la cesación de otras medidas de coerción (art. 435 del NCPP) Tiene sentido esto pues imaginemos que la Sala Suprema decida que la ejecución la realice el órgano jurisdiccional cuya resolución fue casada, implicaría la devolución de la causa lo que conlleva un tiempo determinado que afectaría los derechos de la persona destinataria de las medidas cautelares.

VII. Improcedencia de recursos contra sentencia casatoria y de sentencia dictada en juicio de reenvío

1. Antecedentes

La sentencia emitida por la Corte Suprema no puede ser impugnada por vía recursal ni la presentación de nulidad. Siendo la más alta instancia, esta cierra la posibilidad de medios ordinarios y legales, salvo la demanda de revisión o los procesos constitucionales como el hábeas corpus o el amparo.

En el marco del Código de Procedimientos Penales y el recurso de nulidad, la Corte Suprema dictó la Ejecutoria Suprema Vinculante R.N. N° 798-2005-Ica del 22 de agosto de 2005 en las que estableció reglas jurídicas respecto de la petición de Nulidad de una ejecutoria suprema de la siguiente forma:

> "(…) como criterio rector, es del caso dejar sentado que la sentencia Ejecutoria que emite la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, pronunciándose sobre el recurso de nulidad interpuesto por las partes en el ámbito de sus derechos e intereses legítimos, por su propia naturaleza y jerarquía, es definitiva e inmodificable –salvo, claro está, los supuestos de aclaración y corrección de resoluciones–, y contra ella no procede recurso alguno, menos articulación de nulidad de actuados

> basada en motivos de mérito, que en buena cuenta persiguen un reexamen del recurso o cuestión controvertida definitivamente resuelta".

La Sala Suprema deja sentada que la Sentencia Ejecutoria que resuelve un recurso de nulidad es definitiva e inmodificable, salvo en los supuestos de aclaración y corrección de resoluciones, y contra dicha resolución no procede recurso alguno y menos articulación de nulidad de actuados que persiguen una revisión de la cuestión controvertida ya decidida. Continúa señalando el Supremo Tribunal:

> "(...) que, asimismo, excluida *in limine* toda alegación que pretenda una nueva valoración de la cuestión jurídica decidida, y en tanto ello no implique volver a examinar lo ya resuelto –alegando supuestos vicios *in iure*–, solo es posible cuestionar indirectamente el fallo invocando, de un lado, vicios de procedimiento en la tramitación del recurso en la propia Sala Penal, siempre que importen una efectiva indefensión a la parte afectada, y, de otro lado, pero muy restrictivamente, vicios por defecto de la propia sentencia de mérito, y solo cuando se vulnere el principio de congruencia entre pretensión impugnatoria y absolución del grado o sentencia proferida, cuyo amparo por lo demás está sujeto a que ese tema no haya sido tratado implícita o explícitamente en el fallo al respeto al principio de enmienda y conservación de los actos procesales; que fuera de esos vicios, que suponen infracción de la norma que guía el trámite del procedimiento impugnatorio en la Corte Suprema de Justicia o cautela la configuración del fallo en orden a lo que debe decidir, siempre que sobre los alcances de la congruencia no exista una motivación puntual en el propio fallo, no cabe articulación alguna contra la ejecutoria suprema y, extensivamente, contra una sentencia que resuelva el objeto procesal de una causa en vía recursal, y siempre en este último caso que no exista contra la misma un recurso impugnatorio posible de interponerse y el punto no haya sido objeto de la pretensión impugnatoria por haberse seguido sorpresivamente luego de su expedición".

Establece excepciones cuando existen vicios de procedimiento en la tramitación del recurso en la propia Sala Penal, que han dejado en indefensión a la parte afectada, y cuando, muy restrictivamente hay vicios por defecto de la propia sentencia de mérito, y solo cuando se vulnere el principio de congruencia entre pretensión impugnatoria y absolución del grado o sentencia proferida, cuyo amparo por lo demás está sujeto a que ese tema no haya sido tratado implícita o explícitamente en el fallo por respeto al principio de enmienda y conservación de los actos procesales.

Sobre este asunto además es de tener en cuenta la institución de la cosa juzgada puesto que plantea límites y establece responsabilidades para los que incumplan el mandato contenido en el artículo 4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial que en la parte pertinente dice:

> "No se puede dejar sin efecto resoluciones judiciales con autoridad de cosa juzgada, ni modificar su contenido, ni retardar su ejecución, ni cortar procedimientos en trámite, bajo la responsabilidad política, administrativa, civil y penal que la ley determine en cada caso".

Esta regla jurídica le da primacía a la seguridad jurídica que es uno de los principios sustanciales del Estado de derecho, y que se manifiesta en la institución de la cosa juzgada, y que también es aplicable a las sentencias casatorias.

2. Cuestionamiento de la sentencia casatoria

La sentencia casatoria o la de juicio de reenvío tal como la sentencia dictada al amparo de un recurso de nulidad que hemos examinado, no es susceptible de ser impugnada pues no se encuentra previsto un recurso contra ellas. Si alguien deseara cuestionarlas, la vía más adecuada sería la constitucional como una acción de amparo. Además está previsto un procedimiento de revisión de la sentencia condenatoria cuyas causales están descritas en el NCPP (art. 436.1).

La sentencia dictada en el juicio de reenvío por la causal acogida en la sentencia casatoria es inimpugnable. Si podría ser recurrida, si la nueva sentencia emitida se refiere a otras causales distintas de las resueltas por la sentencia casatoria. En realidad esta es la expresión de reglas de congruencia pues si la sentencia casatoria ya estableció el marco de decisión del juicio de reenvío y así ha sido resuelto, no es razonable que nuevamente se examine vía la casación este tema hasta el infinito. En todo caso en resguardo de los derechos de la parte que se considera agraviada, su recurso será en los aspectos distintos a la causal casatoria.

VIII. El recurso de queja

Este recurso está dirigido a cuestionar la resolución por la que se declaró inadmisible el recurso de apelación presentado. Así lo establece el artículo 437.1 del NCPP que establece que procede el recurso de queja de derecho contra la resolución del juez que declara inadmisible el recurso de apelación.

La queja también puede interponerse contra la resolución de Sala Penal Superior que declara inadmisible el recurso de casación (art. 437.2). Es decir siempre el sentido de este recurso es remover la denegatoria del recurso interpuesto.

Es competente para conocer del recurso de queja el órgano donde se interpone la instancia superior del que denegó el recurso.

Se considera que este recurso se tramita en cuerda separada o incidental pues no suspende la tramitación del principal, ni la eficacia de la resolución denegatoria.

1. El trámite del recurso de queja

En el recurso de queja se precisará:

- Motivo de su interposición.
- Invocación de norma jurídica vulnerada.
- Se acompañará el escrito que motivó la resolución recurrida, esto es el recurso de apelación o los escritos referentes a su tramitación.
- La resolución recurrida; el escrito en que se recurre; y, la resolución denegatoria (art. 438.1 del NCPP).

El NCPP hace una remisión al artículo 403 del Código Procesal Civil en los dos últimos párrafos que respecto del trámite y los tiempos dicen lo siguiente:

> "Tratándose de distritos judiciales distintos a los de Lima y Callao, puede el peticionante solicitar al juez que denegó el recurso, dentro del plazo anteriormente señalado, que su escrito de queja y anexos sea remitido por conducto oficial.
>
> El juez remitirá al superior el cuaderno de queja dentro de segundo día hábil, bajo responsabilidad".

Una vez que tiene el recurso el órgano competente, este podrá adoptar sin trámite alguno su admisión y si es fundado. A despecho del sistema oral el artículo 438.3 establece que si faltase algún elemento documental el órgano superior puede solicitar al inferior copia de actuación procesal. La solicitud en aras de la celeridad puede cursar vía fax o por otro medio. No se descarta la vía electrónica.

El órgano superior conforme al artículo 438.4 del NCPP si declara fundada la queja, se concede el recurso denegado y se ordena al juez de la causa que envíe el expediente o ejecute lo que corresponda, sin perjuicio de la notificación a las partes.

Si el superior declara infundada la queja, se comunica la decisión al Ministerio Público y a los demás sujetos procesales.

¿Cuáles serían los motivos para denegar el recurso impugnatorio? Pueden ser por falta de legitimidad activa para interponerlo; si el agraviado no se constituyó en actor civil; si la norma expresamente no ha previsto este tipo de recursos o el plazo para interponerlo ya venció.

IX. La acción de revisión

1. Recurso de revisión

Denominado también del hecho nuevo, se dirigen contra las sentencias que tienen autoridad de cosa juzgada, como las dictadas por la Corte Suprema, tiene por objeto reparar los posibles errores judiciales. Es una excepción al principio de autoridad de la cosa juzgada; pero su razón de ser es clara: evitar, en lo posible, el grave daño del error judicial[80]. Es decir evitar que una persona que ha sido condenada injustamente siga sintiendo sobre sus espaldas los efectos del yerro judicial.

En el Derecho español la revisión es regulada en los artículos 954 a 961 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal española de 1882, como un medio de impugnación de la cosa juzgada material que produce la sentencia penal.

Se entiende de manera pacífica en España que la revisión no es un recurso, sino un "proceso", al menos en sentido formal, pues no es un verdadero proceso entre partes, por el que se ataca la cosa juzgada material de una sentencia penal firme, que es injusta con base en determinados motivos, en particular por causa de hechos falsos o de hechos nuevos. Los antecedentes son también los mismos[81].

(80) LEVENE, Ricardo. Tomo II. Ob. cit., p. 672.
(81) GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis. "La revisión en el proceso penal español". En: <perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/.../a_20080521_88.pdf>, p. 1.

En la revisión penal se pide la anulación, y por tanto, es revisable toda sentencia definitiva, firme y condenatoria a una pena de cualquier índole, dictada en proceso ordinario o especial por delito del que haya conocido un tribunal español (art. 954 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). Los requisitos de la sentencia que se cuestionara vía la revisión son:

a) El haber sido dictada en un proceso por delito, no por falta.

b) El haber sido dictada por órgano jurisdiccional español, no extranjero, incluido el tribunal del jurado.

c) El que sea definitiva, es decir, que ponga fin a un proceso resolviendo definitivamente su objeto.

d) Que sea firme, invariable para el juez o tribunal, e inimpugnable para las partes.

e) Que condene a una pena, no a una medida de seguridad(82).

2. Regulación en el Código de Procedimientos Penales de 1940

En el Código de Procedimientos Penales de 1940 el recurso está regulado de la siguiente manera:

> "Artículo 361.- La sentencia condenatoria deberá ser revisada por la Corte Suprema, cualquiera que sea la jurisdicción que haya juzgado o la pena que haya sido impuesta:
>
> 1. Cuando después de una condena por homicidio se produzcan pruebas suficientes de que la pretendida víctima del delito vive o vivió después de cometido el hecho que motivó la sentencia;
>
> 2. Cuando la sentencia se basó principalmente en la declaración de un testigo condenado después como falso en un juicio criminal;
>
> 3. Cuando después de una sentencia se dictara otra en la que se condene por el mismo delito a persona distinta del acusado; y no pudiendo conciliarse ambas sentencias, de su contradicción resulte la prueba de la inocencia de alguno de los condenados;

(82) GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis. "La revisión en el proceso penal español". En: <perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/.../a_20080521_88.pdf>, p. 2.

4. Cuando la sentencia se haya pronunciado contra otra precedente que tenga la calidad de cosa juzgada; y

5. Cuando con posterioridad a la sentencia se acrediten hechos por medio de pruebas no conocidas en el juicio, que sean capaces de establecer la inocencia del condenado".

Están legitimados para interponer la demanda revisión (art. 362[83]) el Fiscal Supremo en lo Penal en tanto garante de la legalidad, y por el condenado. Se ha previsto que si el condenado fuese incapaz, podrá ser promovida por su representante legal; y, si hubiera fallecido o estuviere imposibilitado de hacerlo, por su cónyuge, sus ascendientes, descendientes y hermanos, en ese orden.

Una condena injusta aparte de las afectaciones derivadas de la decisión judicial afectan a un bien que tiene que ver más con el ámbito subjetivo de la persona, como lo es la imagen. Por eso en aras de limpiar la memoria del condenado ya fallecido se puede interponer la demanda de revisión (art. 363 del NCPP).

3. Trámite

El procedimiento establece que la demanda de revisión con sus recaudos será presentada ante la Sala Penal de la Corte Suprema. El escrito debe contener la referencia precisa y completa de los hechos en que se funda, y la cita de las disposiciones legales pertinentes. También se aparejarán los medios de prueba. Se debe precisar el domicilio del agraviado si se constituyó en parte civil.

Si la demanda reúne los requisitos exigidos la Sala solicitará de inmediato el expediente que genera la revisión, con citación de las partes.

Recabado el expediente se dispondrá vista fiscal, salvo que el fiscal hubiere presentado la demanda de revisión. Si el solicitante es el fiscal se correrá traslado de la demanda al acusado o a su representante legal o a sus familiares, a la parte civil constituida, por el plazo de diez días.

Cumplido el trámite la Sala fijará la vista de la causa. Si encuentra fundada la causal invocada, declarará sin valor la sentencia motivo de la impugnación y remitirá el proceso a nuevo juicio cuando el caso lo requiera, o pronunciará directamente la sentencia absolutoria.

(83) Modificado por Dec. Leg. N° 959, publicado el 17/08/2004.

En el caso que sea absolutoria, se ordenará la restitución de los pagos efectuados por concepto de reparación civil y de multa. La pretensión del solicitante puede ser también la indemnización por error judicial, de tal forma que si hay absolución la Sala fijará el monto respectivo por este concepto. La decisión final se notificará a todas las partes del proceso originario (art. 365 del Código de Procedimientos Penales).

La demanda de revisión no suspende la ejecución de la sentencia; pero la Sala en cualquier momento del procedimiento, podrá suspender la ejecución de la sentencia impugnada y disponer, de ser el caso, la libertad del imputado, incluso aplicando, si correspondiere, una medida de coerción alternativa (art. 365) La norma no señala las razones para tomar esta determinación, por lo que interpretándola debe suspenderse las medidas si es que según el caso planteado hay una alta probabilidad que el demandante sea absuelto.

En el NCPP el recurso de revisión tiene su propia regulación con algunas diferencias con el Código de 1940 que examinaremos seguidamente.

La revisión de las sentencias firmes, es decir con calidad de cosa juzgada, puede hacerse en cualquier momento, pues no hay límites temporales y solo a favor del condenado (art. 439) en estos supuestos.

- **Cuando después de una sentencia se dictara otra que impone pena o medida de seguridad por el mismo delito a persona distinta de quien fue primero sancionada, y del resultado de su contradicción la prueba de la inocencia de alguno de los condenados.**

Esta causal tiene sentido porque si en un caso de homicidio se sanciona a A y luego a B por el mismo hecho en calidad de autores, es imposible sostener que ambos hayan realizado el mismo hecho, salvo que se haya planteado originalmente un coautoría; pero si el autor participó individualmente, estas decisiones contradictorias no pueden sostenerse en el sistema jurídico. La situación no solo comprende penas sino medidas de seguridad para alguien declarado inimputable pero peligroso para la comunidad. El objeto de revisión en el fondo serían dos sentencias. Que sucedería si se declara infundada la revisión de la primera sentencia. ¿La Sala Suprema podría extender sus efectos a la segunda sentencia cuya revisión no fue solicitada? Consideramos que la legitimidad para solicitar la revisión no le corresponde al órgano jurisdiccional supremo, en todo caso solo podrían incoar la acción la fiscalía o el segundo condenado y, en todo caso, en esta causal no hay exigencia formal que en la segunda sentencia tenga necesariamente la calidad de firme.

- **Cuando la sentencia se haya pronunciado contra otra precedente que tenga la calidad de cosa juzgada**.

En este supuesto la sentencia cuya revisión se solicita debe tener la condición de firme y sea contradictoria con otra sentencia que con anterioridad haya sido dictada y también tenga la calidad de cosa juzgada.

- **Si se demuestra que un elemento de prueba, apreciado como decisivo en la sentencia, carece de valor probatorio que se le asignara por falsedad, invalidez, adulteración o falsificación.**

La prueba cuya falsedad se compruebe debe tener una importancia decisiva en el fallo dictado pues si aparte de estas existen pruebas periféricas que corroboran la responsabilidad penal del acusado, no procede declarar fundada la demanda de revisión.

- **Si con posterioridad a la sentencia se descubren hechos o medios de prueba, no conocidos durante el proceso, que solos o en conexión con las pruebas anteriormente apreciadas sean capaces de establecer la inocencia del condenado.**

En esta línea de revisión y remoción de la cosa juzgada se tiene que si los medios de prueba son determinantes de la inocencia del sentenciado, entonces procederá abrir a prueba y valorar si la prueba tiene la suficiente solidez para que se modifique el fallo de condena. Se tiene que establecer claramente que las nuevas pruebas tengan un alto grado de confiabilidad y sean pertinentes a lo que fue el objeto de prueba.

- **Cuando se demuestre, mediante decisión firme, que la sentencia fue determinada exclusivamente por un delito cometido por el juez o grave amenaza contra su persona o familiares, siempre que en los hechos no haya intervenido el condenado.**

Aquí se alude una decisión firme que debemos interpretar como una sentencia con calidad de cosa juzgada que acredite que la sentencia cuya revisión se solicita fue el resultado de una actuación delictiva del juez, como un acto de corrupción. El otro supuesto es que el juez haya sido amenazado directamente para que sentencie al impugnante o que también las amenazas hayan sido realizadas contra su persona o familiares. Si el condenado intervino en las amenazas no es posible conceder la revisión o anular la sentencia condenatoria.

- **Cuando la norma que sustentó la sentencia hubiera sido declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional o inaplicable en un caso concreto por la Corte Suprema.**

Una norma del sistema jurídico positivo que ha sido declarada inconstitucional ya no pertenece al mismo en consecuencia no existe. El artículo 81 primer párrafo del Código Procesal Constitucional dice que las sentencias fundadas recaídas en el proceso de inconstitucionalidad dejan sin efecto las normas sobre las cuales se han pronunciado. La decisión del Tribunal Constitucional tiene alcances generales y carecen de efectos retroactivos. Se publican íntegramente en el diario oficial y producen efectos desde el día siguiente de su publicación. Cuando se señala que tiene efectos generales, quiere decir que todos los funcionarios públicos incluido los jueces deben dejar de aplicar la norma declarada inconstitucional, pues implicaría regular un hecho con una norma inexistente. Como ejemplo podemos especular que en un caso de violación sexual se aplicara el artículo 173 inciso 3 del Código Penal que recientemente mediante sentencia de inconstitucionalidad en el Exp. N° 8-2012 de enero de 2013 ha sido declarado inconstitucional; esta situación jurídica legitimaría al condenado a presentar una demanda de revisión.

Otro supuesto contemplado es que si la norma en un caso concreto ha sido inaplicada por la Corte Suprema, debemos interpretar que se ha empleado el control difuso a diferencia del anterior que es control constitucional concentrado. El sustento normativo constitucional está previsto en el artículo 138 segundo párrafo de la Carta Política que dice: "En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior".

4. Legitimidad para demandar

Se ha previsto tal como lo señala el Código de Procedimientos Penales que el fiscal supremo como garante de la legalidad pueda interponer la demanda de revisión bajo alguno de los supuestos comentados ut supra. Obviamente también el condenado está legitimado para iniciar la acción. Incluso si fuese incapaz porque a diferencia del Código anterior también a quien se le haya aplicado una medida de seguridad puede impugnar salvo que la incapacidad haya sobrevenido posterior a la sentencia de condena. La acción la promoverá quien sea su representante legal. También se contempla que los familiares del sentenciado que ha fallecido puedan demandar la revisión en aras de reivindicar y limpiar su memoria (art. 440).

5. Contenido de la demanda

Debe indicar cuál es sentencia cuya revisión se demanda, con indicación del órgano jurisdiccional que la dictó. En este caso el demandante puede presentar copia de la sentencia y de recaudos del proceso penal, y solicitar que se remita de oficio para que conozca.

La precisión de la causal invocada y la referencia específica y completa de los hechos en que se funda, así como las disposiciones legales pertinentes de conformidad a los supuestos establecidos en el NCPP. Por ejemplo si hay otro condenado por el mismo hecho presentara los recaudos que generaron la sentencia contradictoria y en todo caso solicitara que la Sala Penal pida el informe al órgano jurisdiccional que conoce dicha causa.

El demandante de la revisión de la sentencia de condena puede aparecer una pretensión indemnizatoria precisa el carácter de esta, es decir si corresponde a daño patrimonial o moral. Debe fijar un monto y las pruebas si correspondiese de estos. Esta pretensión es potestativa del demandante. Si logra que se declare fundada la demanda de revisión y no planteo pretensión indemnizatoria esto no es obstáculo para que pueda demandar civilmente por los daños y perjuicios ocasionados en su contra.

Como requisitos formales debe acompañarse copia de las sentencias expedidas en el proceso cuya revisión se demanda. Se acompañará la prueba documental si el caso lo permite o la indicación del archivo donde puede encontrarse esta. No es una condición sine qua non porque la parte puede tener solo los datos de los expedientes y la Sala Suprema puede disponer que se solicite la información al órgano judicial respectivo.

Si demostración de la causal de revisión no surge de una sentencia judicial irrevocable, el demandante deberá indicar todos los medios de prueba que acrediten la verdad de sus afirmaciones (art. 441). Este requisito tiene sentido porque si bien una sentencia judicial firme puede ser presentada como prueba y pese a que allí hay información sintética del proceso y de las pruebas que se actuaron, puede ser insuficiente para probar las afirmaciones de inocencia del solicitante por lo que este debe señalar todos los medios de prueba adicionales que permitan corroborar su planteamiento de revisión.

Frente a las dificultades en el cumplimiento de las formalidades se faculta a la Sala Penal de la Corte Suprema que otorgue al demandante un plazo razonable para que este los complete.

6. Efectos de la demanda

Si la Corte Suprema admite a trámite la demanda de revisión esto no significa que la ejecución de la sentencia se suspende (art. 442). Esta regla no es absoluta porque la Sala puede suspender la ejecución e incluso ordenar la libertad del imputado o aplicarle una medida cautelar distinta a la detención como una comparecencia con restricciones, arresto domiciliario o impedimento de salida. Esta determinación sin pronunciamiento de fondo implica que haya un *fumus bonis iuris* que el demandante es inocente.

Una vez presentada la demanda con sus medios probatorios, la Sala realzara una calificación de esta si reúne los requisitos para su admisión. Si no los tuviese la demanda no se admitirá. La decisión debe ser por unanimidad, si hubiese discordia se llamara al juez supremo que corresponda. La decisión constara en un auto.

En el caso que la Sala admita la demanda se pondrá en conocimiento de la demanda al fiscal o al condenado, según quien haya presentado el caso. La sala necesariamente solicitará el expediente de cuya revisión se trate y, si hubiese sido ofrecida, la prueba documental señalaba por el demandante.

Si fuere necesario la Sala Suprema dispondrá la recepción de los medios de prueba ofrecidos por el demandante, por la otra parte y los que considere útiles para la averiguación de la verdad. Las actuaciones de pruebas se deberán documentar en un acta. La Sala en aras de la celeridad procesal en esta demanda excepcional puede designar que uno de los jueces supremos realice su actuación. En la línea jerárquica consideramos que debe ser el juez menos antiguo, quien luego dará cuenta al colegiado de la actuación para el debate. La actuación no puede exceder de treinta días (art. 443.4). Vencido el plazo la Sala señalara la fecha para la audiencia de revisión, a la que se citará al fiscal supremo y el defensor del condenado, de su representante o del familiar más cercano. Si el demandante no asiste a la audiencia se declara inadmisible la demanda. Se deberá establecer si es que persona ha sido citada debidamente, y en todo caso haya presentado una justificación razonable del motivo de su ausencia.

Si se instala la audiencia de revisión, se dará cuenta de la demanda de revisión y de la prueba actuada. En esta audiencia informarán oralmente el fiscal y el abogado del condenado, de su representante o del familiar más cercano. Si el demandante imputado asiste a la audiencia hará uso de la palabra en último lugar. Finalizada la audiencia la Sala emitirá sentencia en audiencia pública en el plazo de veinte días (art. 443.5) y conforme a las reglas establecidas en el

artículo 425.4 que dice: "La sentencia (…) se pronunciará siempre en audiencia pública. Para estos efectos se notificará a las partes la fecha de la audiencia. El acto se llevará a cabo con las partes que asistan. No será posible aplazarla bajo ninguna circunstancia".

7. Sentencia de revisión

La sentencia contiene la decisión de la Sala Penal Suprema respecto de la pretensión del demandante. Si es estimada la demanda la Sala declarará sin valor la sentencia motivo de la impugnación y podrá dictar sentencia absolutoria que sería lo más beneficioso para el demandante con la anulación de los antecedentes generados en su contra; además se ordenará la restitución de los pagos efectuados por concepto de reparación y de multa. Si se solicitó indemnización esta también será fijada en la sentencia fundado en error judicial.

La Sala Suprema puede decidir que se realice un nuevo juicio para lo cual ordenara que el órgano jurisdiccional que previno y realizo el juzgamiento, lo efectivice. La renovación del juicio oral se hará conforme a las reglas procesales vigentes; pero si pueden fijarse algunos límites como que el ofrecimiento de prueba y la sentencia no podrán fundarse en una nueva apreciación de los mismos hechos del proceso, con independencia de las causales que tornaron admisible la revisión. La sentencia se notificará a todas las partes del proceso originario (art. 444).

Si ya la demanda de revisión es una acción excepcional y con posibilidades de remover la cosa juzgada, si se denegó la revisión de la sentencia de condena o se confirmó esta, no impide aunque es de sumo difícil una nueva demanda de revisión, la que tendrá que fundar en otros hechos o pruebas (art. 445).

¿Es posible la impugnación de la sentencia de revisión? No hay forma de hacerlo porque el procedimiento legal no ha fijado reglas para cuestionarla. De todas formas ante la revisión de una condena que ha sido declarada fundada, ¿dónde quedan los sujetos procesales que intervinieron en el proceso originario? Pues no se dice nada. La normativa procesal nueva ni la del Código de Procedimientos Penales de 1940 previeron su participación por lo que en aras de que puedan defenderse, pues se señala de errores judiciales que puede extenderse a errores fiscales, que pueden ser materia para exigir indemnización por daños y perjuicios consideramos que en el proceso de revisión, como propuesta de *lege ferenda*, se debe incluir a al juez, fiscal o parte civil que tomaron

parte del proceso anterior, para que expongan sus posturas siempre dentro del objeto propuesto para la revisión, de tal forma que no haya afectación al derecho a la defensa. Si ya no hay juez ni fiscal puede salir al proceso de revisión las respectivas procuradurías.

8. Jurisprudencia constitucional y la revisión de sentencias

En la STC Exp. N° 01731-2011-PHC/TC-Piura, caso José Ruiz Ruesta a favor de Francisco Alfaro Sánchez del 19 de octubre de 2011 se desarrolla el caso girando alrededor de una demanda de revisión bajo los cánones del Código de Procedimientos Penales que pueden ilustrarnos la óptica del TC sobre esta acción.

El demandante refirió que en el proceso que se le siguió al favorecido por la comisión del delito de violación sexual en agravio de menor de 14 años, se le condenó a 20 años de pena privativa de libertad y al pago de cuatro mil soles de reparación civil, y que, frente a ello, interpuso recurso de revisión ofreciendo como medios probatorios tres declaraciones testimoniales, en su concepto trascendentales. En el proceso constitucional de hábeas corpus se cuestionó la resolución expedida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, de fecha 1 de octubre de 2009, que dispuso declarar infundado el recurso de revisión de la sentencia que condenó al favorecido por delito de violación sexual en agravio de menor de 14 años. Esta sentencia, según indica el accionante, no se pronuncia sobre el nuevo pedido que realiza de tres declaraciones testimoniales a su favor y solo señala que la sentencia condenatoria ha adquirido la calidad de cosa juzgada, deviniendo en inmotivada por lo que solicita se declare la nulidad de dicha resolución.

Para el TC el recurso de revisión, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 361, inciso 5, del Código de Procedimientos Penales, dispone que una de las causales para que la sentencia condenatoria sea revisada por la Corte Suprema se configura cuando con posterioridad a la sentencia se acreditan hechos por medio de pruebas no conocidos en el juicio, que sean capaces de establecer la inocencia del condenado.

La Corte Suprema en la resolución cuestionada señaló en el cuarto considerando que "de los recaudos y argumentos expuestos por el recurrente en su demanda de revisión, aun cuando se aprecian nuevos elementos probatorios consistentes en las declaraciones Ignacio Ogaña Rocillo, exautoridad política de la localidad de Suyo, Sergio Rivera Herrera y Teódulo Alfaro Lima ante el Juez de Paz de Única Nominación El Obrero, Provincia de Sullana, en sí

misma no aporta datos o elementos capaces de desvirtuar los componentes que fueron merituados en la sentencia condenatoria ejecutoriada (…) no se puede pretender que a través de esta vía se persiga el reexamen de una cuestión ya resuelta".

Es decir que en la ejecutoria suprema en el recurso de revisión como un primer filtro determinó que los testimonios no eran relevantes para cuestionar la sentencia que tiene la calidad de cosa juzgada habiendo motivado adecuadamente esta. Debe tenerse en consideración que estamos ante un recurso excepcionalísimo de tal manera que las causales deben ser lo suficientemente claras de tal forma que se permita remover la cosa juzgada, por lo que el TC desestimó la nulidad de la resolución que declaró infundada la revisión.

En la STC Exp. N° 00261-2011-PA/TC-Lima, Caso Jesús Loyola Cavero Caruz de Lima 9 de noviembre de 2011 se reiteró la línea jurisprudencial de que en sede constitucional no pueden revisarse pruebas ni ser empleadas como instancia ordinaria.

9. Antecedentes

Se cuestiona la resolución de fecha 20 de enero de 2009 de la Corte Suprema que desestimó su recurso de revisión de sentencia al haberse vulnerado sus derechos al debido proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva, ya que el órgano judicial no evaluó su prueba ofrecida Traducción Oficial del Certificado de No Responsabilidad Penal Nº 921216 emitido por el Tribunal Penal de Inglaterra, ni la traducción oficial del informe legal emitido por la Corte Suprema de Inglaterra, documentos que daban cuenta de la absolución de los cargos de evasión fraudulenta de importar droga controlada, por lo que entiende que en el Perú se le ha condenado por los mismos hechos, contraviniéndose el principio *ne bis in ídem*.

El TC precisa que en reiterada jurisprudencia ha dejado establecido que los procesos constitucionales no pueden promoverse para reexaminar los hechos o la valoración de los medios probatorios ofrecidos y que ya han sido previamente compulsados por las instancias judiciales competentes para tal materia, a menos claro está que de dichas actuaciones se ponga en evidencia la violación manifiesta de algún derecho fundamental, situación que no ha acontecido en el caso. El órgano judicial sustentó el carácter desestimatorio del recurso de revisión de sentencia precisamente en la inexistencia de nuevos hechos o nuevos elementos probatorios que acrediten la inocencia del recurrente, situación que no podía ser revertida con la presentación de

los documentos antes glosados, pues estos ya habían sido materia de análisis y evaluación al momento de resolver la excepción de cosa juzgada deducida en el proceso penal.

El TC rechazó la acción precisando que no correspondía a la jurisdicción constitucional efectuar una nueva valoración de las pruebas como si fuera tercera instancia, o calificar su significado y trascendencia, pues obrar de ese modo significa sustituir a los órganos jurisdiccionales ordinarios (regla sostenida en la STC Nº 00728-2008-PHC/TC, fundamento 38).

PARTE XII

LA EJECUCIÓN DE LA SENTENCIA

Capítulo I
El curso de la decisión sobre el fondo

I. Cuestiones generales

La ejecución de la sentencia tiene como presupuesto que haya sido dictada en su forma condenatoria. Si ha sido recurrida, para que surta sus efectos con plenitud tiene que poseer la calidad de cosa juzgada. La ejecución de la sentencia trae consigo un conjunto de actos procesales de características coactivas, por ejemplo la privación de libertad, la inhabilitación, el requerimiento del pago de reparación civil, las medidas de ejecución forzada como los embargos.

En la doctrina procesal se plantea la posibilidad de ejecutar la sentencia absolutoria o el auto de sobreseimiento. Hinojosa Segovia(84) citado por San Martín Castro dice que la sentencia absolutoria y el sobreseimiento exige que su contenido se ejecute lo que puede importar la libertad del imputado y el levantamiento de medias cautelares denominándose como ejecución impropia. La cancelación de medidas cautelares se hacen de oficio aun cuando la resolución haya sido recurrida, esto es que no generan un procedimiento ejecutivo. Sobre esto Clariá Olmedo dice que la sentencia absolutoria también contiene elementos ejecutables aun de naturaleza sustancial, pero ello no provoca propiamente un trámite con la entidad suficiente que permita hablar de una etapa procesal; se limita a meros trámites singulares para el restablecimiento de situaciones alteradas, por el hecho juzgado o por el procedimiento cumplido(85). Aquí prácticamente ha desaparecido el contradictorio pues nadie en su sano juicio se opondría a la liberación de un absuelto preso por ejemplo.

Por ello, solo se entiende la ejecución penal como el conjunto de pasos necesarios para la realización de la sanción y de la reparación civil contenida

(84) SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho Procesal Penal*. Vol. II, Editorial Grijley, Lima, 2001, p. 1074.
(85) CLARIÁ OLMEDO, Jorge. Ob. cit., Tomo II, p. 241.

en una sentencia de condena[86] que tiene la calidad de un título de ejecución como señala Asencio Mellado[87].

Sustancialmente la ejecución en el proceso penal es el procedimiento dirigido a efectivizar, hasta su agotamiento, el cumplimiento de la condena o la sanción impuesta en la sentencia que puso fin al trámite cognoscitivo. Capta principalmente la condena penal y/o medida de seguridad, y en su caso también la civil cuando está contenida en la sentencia del tribunal penal[88].

1. Fundamento

El objeto del procedimiento ejecutivo es lo decidido sobre el fondo en la resolución ejecutable, vale decir la condena contenida en la sentencia que causa ejecutoria. Puede tratarse de una condena penal, de la aplicación de una medida de seguridad o de una condena civil, incluso el pago de las costas procesales. Las más importantes son las que imponen pena privativa de la libertad no dejada en suspenso o una medida de seguridad, por cuanto dan vida práctica a la pretensión punitiva del Estado[89].

El artículo 488.1 del NCPP establece que quienes tienen legitimidad para ejercitar sus derechos frente a la ejecución de una sentencia que les afecte. En principio es el condenado, el tercero civil y las personas jurídicas afectadas puede cuestionar aquello que les afecte. Estas partes legitimadas según el 488.2 están facultadas a plantear ante el Juez de la Investigación Preparatoria los requerimientos y observaciones que legalmente correspondan respecto de la ejecución de la sanción penal, de la reparación civil y de las demás consecuencias accesorias impuestas en la sentencia que tiene relación con sanciones a las personas jurídicas.

El titular del control de la ejecución de las sanciones penales en general, y que debe instar las medidas de supervisión y control es el Ministerio Público que formulará al Juez de la Investigación Preparatoria los requerimientos que fueren necesarios para la correcta aplicación de las leyes.

(86) SAN MARTÍN CASTRO, César. Ob. cit., p. 1074.
(87) ASENCIO MELLADO, José María. *Derecho Procesal Penal*. Tirant lo Blanch, España, 2001, p. 359.
(88) CLARIÁ OLMEDO, Jorge. Ob. cit., Tomo II, p. 241.
(89) Ibídem, p. 242.

2. Competencia

Es el Juez de la Investigación Preparatoria es el responsable de la ejecución de las sentencias condenatorias, con la excepción de los beneficios penitenciarios que están regulados por el Código de Ejecución Penal conforme lo señala el artículo 498.1 del NCPP; y estará facultado para resolver todos los incidentes que se susciten durante la ejecución de las sanciones. Deberá hacer las comunicaciones dispuestas por la Ley y practicará las diligencias necesarias para su debido cumplimiento. 498.2.

Se ha dicho que el procedimiento ejecutivo se desarrolla en forma continua una vez cumplidas las medidas que son consecuencia inmediata de la condena. Se trata de los incidentes o cuestiones equivalentes que pueden provocarse o plantearse ante el órgano jurisdiccional competente durante el cumplimiento de la pena privativa o limitativa de la libertad(90).

II. Cómputo de la pena privativa de libertad

1. Cómputo de la prisión preventiva y la pena

El cómputo de la pena ha traído más de un problema a lo largo de la historia del Derecho Procesal Penal que procesalistas como Carnelutti lo ha mencionado en sus estudios así:

> "Un hermoso caso para estudiar la imperfección humana del proceso, y peor todavía, de los remedios contra él. Un fulano, condenado definitivamente por apropiación indebida, tiene que expiar la pena. Ahora bien, cuando le es notificada la orden de encarcelación, se encuentra en estado de detención preventiva por una imputación posterior de robo. Más tarde, el segundo proceso se cierra con absolución. ¿Desde cuándo corre la expiación de la pena en orden a la primera condena? La Corte de casación (25 de noviembre de 1938, (...) 1940, IV, 183) ha respondido en un caso análogo que desde el día en que cesó el efecto de la captura dispuesta en el segundo proceso; en efecto, antes de aquel día, era él un imputado en estado de detención preventiva, no un condenado en expiación de pena"(91).

(90) Ibídem, p. 248.
(91) CARNELUTTI, Francesco. *Cuestiones sobre el proceso penal*. El Foro, Buenos Aires, 1994, p. 441.

Una primera referencia necesaria para ingresar a este tópico es lo expuesto por el artículo 47 del Código Penal: El tiempo de detención que haya sufrido el procesado se abonará para el cómputo de la pena impuesta a razón de un día de pena privativa de libertad por cada día de detención.

Si la pena correspondiente al hecho punible es la de multa o limitativa de derechos, la detención se computará a razón de dos días de dichas penas por cada día de detención (de conformidad con el artículo Único de la Ley N° 28577, publicada el 9 de julio de 2005, se deroga la Ley N° 28568 que modifica el artículo 47 del Código Penal).

En la ejecución de la pena privativa de libertad, corresponde al Juez de la Investigación Preparatoria disponer la captura si el condenado se encuentra en libertad (art. 490.1 del NCPP). Este supuesto solo podría darse en dos casos: en una condena del acusado luego de ser absuelto en primera instancia, o una lectura de sentencia en ausencia del acusado. Por lo general si se lee una sentencia condenatoria en presencia del imputado que tiene comparecencia, la privación de libertad se ejecuta de inmediato.

El artículo 490.2 establece que cuando el condenado es capturado el Juez de la Investigación Preparatoria, una vez que haya identificado plenamente realizará el cómputo de la pena. Si fuera el caso realizará el descuento si es que el condenado estuvo con prisión preventiva. Además se le descontará la detención domiciliaria; pero la norma no señala la forma como se hace el descuento en este último caso y sigue siendo una omisión legislativa que hasta ahora no ha podido ser precisada en este código. En el Código Procesal Penal de 1991 el congreso hizo la equiparación de un día por arresto y un día de privación de libertad con la Ley N° 28568 que fue declarada inconstitucional. También se debe descontar la privación de libertad sufrida en el extranjero como consecuencia del procedimiento de extradición instaurado para someterlo a proceso en el país.

Puede darse un error en el cómputo de la pena por lo que el artículo 490.3 dice que este cómputo será siempre reformable, aun de oficio, si se comprueba un error o cuando nuevas circunstancias lo tornen necesario. La fijación del cómputo de la pena se comunicará inmediatamente al Juzgado que impuso la sanción y al Instituto Nacional Penitenciario (art. 490.4).

2. Cómputo de pena en arresto domiciliario

Este indudablemente es un tema controvertido toda vez que se tiene como antecedente que la Ley N° 28568 que modificó el artículo 47 del Código Penal

y que equiparó un día de arresto para descontarse de una pena privativa de libertad efectiva. En principio debe advertirse que esta ley aprobada el ocho de junio del 2005 por el Congreso de la República. En dicha sesión se dio lectura al resumen del dictamen de la Comisión de Justicia así:

> "Dictamen de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos, recaído en el Proyecto de Ley N° 12952/2004-CR, que propone modificar el artículo 47 del Código Penal con el objeto de que el tiempo de detención preliminar, preventiva y domiciliaria que haya sufrido el imputado se abone para el cómputo de la pena impuesta a razón de un día de pena privativa de libertad por cada día de detención"(92).

Luego como puede verse en el diario de debates solo intervinieron dos congresistas e inmediatamente se hizo la votación. Todo el "debate" consta en una sola página. Esta ley fue el detonante para la protesta de instituciones de la sociedad civil y también políticos con el argumento que era una ley que abonaba en la impunidad ante la corrupción. El congreso dio marcha atrás y en sesión de fecha 7 de julio del 2005 en una discusión cuya trascripción tiene más de 50 páginas del diario de debates solo pudieron llegar a la derogatoria de la Ley N° 28568. La ley cuestionada ha sido derogada por la Ley N° 28577, promulgada por el Presidente de la República el 8 de julio del 2005, y publicada en el diario oficial *El Peruano* al día siguiente. El congreso no pudo resolver si los días de arresto domiciliario se debían descontar de la pena efectiva, y para los que consideraban que se debía descontar plantearon desde 2 días de arresto por uno de prisión hasta quince por uno.

Independientemente de esto, un grupo de congresistas acudieron al TC demandando la inconstitucionalidad de la Ley N° 28568 y fue resuelta por sentencia de fecha 21 de julio del 2005, Exp. N° 0019-2005-PI/TC, cuando la norma ya había sido derogada; pero se pronunciaron sobre sus efectos. El sustento de la petición de inconstitucionalidad fue la afectación al Derecho a la igualdad ante la ley (inciso 2 del artículo 2 de la Constitución) y el principio de que el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad (inciso 22 del artículo 139 de la Constitución).

El TC se formuló la siguiente interrogante ¿Entre el arresto domiciliario y la pena privativa de libertad, existe tal similitud sustancial? Luego de hacer un recorrido de la detención preventiva y el arresto domiciliario expulso del

(92) Diario de los Debates - Segunda Legislatura Ordinaria de 2004. Tomo IV. 2442. Extraído <www.congreso.gob.pe>.

ordenamiento jurídico los efectos de la Ley N° 28568 sustentando en la siguiente conclusión:

> "Así pues, tal como a la fecha se encuentran regulados el arresto domiciliario y la prisión preventiva, y aun cuando comparten la condición de medidas cautelares personales, son supuestos sustancialmente distintos en lo que a su incidencia sobre el derecho fundamental a la libertad personal respecta; ello porque, en el caso del arresto domiciliario, el *ius ambulandi* se ejerce con mayores alcances; no existe la aflicción psicológica que caracteriza a la reclusión; no se pierde la relación con el núcleo familiar y amical; en determinados casos, se continúa ejerciendo total o parcialmente el empleo; se sigue gozando de múltiples beneficios (de mayor o menor importancia) que serían ilusorios bajo el régimen de disciplina de un establecimiento penitenciario; y, en buena cuenta, porque el hogar no es la cárcel".

La paradoja de este caso es que cuando el procesado Wolfenson solicitó se le compute el tiempo de arresto domiciliario a razón de uno por un día de prisión efectiva el Poder Judicial en última instancia, le rechazó esta petición por lo que años después acudiendo al TC en el Exp. N° 6201-2007-PHC/TC se declaró fundado el hábeas corpus con sentencia de fecha 10 de marzo del 2008 y se dispuso su libertad.

El argumento del accionante fue que había cumplido en exceso su condena de cuatro años de pena privativa de la libertad (equivalente a 1460 días) impuesta por la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, haciendo el siguiente calculo:

> "i) durante la sustentación del proceso penal estuvo bajo arresto domiciliario en el periodo comprendido entre el 24 de mayo de 2002 y el 26 de enero de 2005, haciendo un total de 977 días; ii) asimismo, estuvo recluido en el Establecimiento Penal para Presos Primarios de Lima (ex San Jorge) desde el 27 de enero de 2005 hasta el 8 de julio del mismo año y el 25 de julio de 2005 reingresó a dicho recinto penitenciario por lo que a la fecha de interposición de esta demanda se han acumulado 901 días; iii) de otro lado, también el beneficiario ha redimido la pena por el trabajo a razón de 5 días de labor efectiva por 1 de pena, en aplicación de la Ley N° 27770, en consecuencia, 901 días de labor efectiva equivalen a la redención de 180 días de pena. Por tanto, como se advierte en el escrito de demanda cuando se hace referencia explícita sobre el cumplimiento de la pena impuesta, "que si los 4 años de pena privativa de libertad equivalen a 1460 días, de ellos

> debe sustraerse aquellos que han sido objeto de redención por el trabajo (180); por lo que corresponde una privación de libertad efectiva no mayor de 1280 días. A lo que debe restarse el total de la carcelería efectivamente sufrida, que es de 901 días, quedando una porción de la pena ascendiente a 379 días de pena privativa de libertad que debe ser compurgada con el arresto domiciliario sufrido".

En primera instancia el juez consideró que en la STC Exp. N° 0019-2005-PI/TC se declaró inconstitucional permitir que el tiempo de arresto domiciliario sea abonado para el cómputo de la pena impuesta a razón de un día de pena privativa de la libertad por cada día de arresto domiciliario y que esta regla vinculante es de cumplimiento obligatorio por los jueces pero que resultaba viable que se utilicen otras fórmulas del cómputo del arresto domiciliario y aplicando un test de proporcionalidad concluyó que el tiempo de arresto domiciliario sea abonado para el cómputo de la pena impuesta a razón de un día de pena privativa de la libertad por cada cuatro días de arresto domiciliario. Esta sentencia fue declarada infundada por la Sala Superior con el argumento que no existe norma que determine que el arresto domiciliario sea homologado como parte de la pena privativa de la libertad y que la pretensión que el juez constitucional asuma funciones que son propias del Poder Legislativo resultaría inválido y atentaría contra la seguridad jurídica.

El TC se planteó como primer problema determinar si era posible abonar los días de arresto domiciliario al cómputo de la pena y constatando en su propia jurisprudencia que el arresto domiciliario restringe la libertad individual concluyó:

> "(...) teniendo en cuenta a) que la detención domiciliaria es una medida cautelar que le sigue en grado de intensidad a la detención preventiva; b) que su dictado supone una restricción de la libertad individual; y, c) que el artículo 47 del Código Penal contempla la posibilidad de abonar al cómputo del *quantum* condenatorio, además de la detención preventiva, la pena multa o limitativa de derechos; resulta, por tanto, razonable y constitucionalmente válido que los días, meses o años de arresto en domicilio, a pesar de no existir previsión legal que contemple este supuesto, sean considerados por el juez a efectos de reducir la extensión de la pena, o dicho en otros términos, para abonar al cómputo de la pena y contribuir al cumplimiento de la condena".

El NCPP sí ha previsto el abono del arresto domiciliario a la pena efectiva. Esta referencia está en el artículo 490 inciso 2, lo que no ha establecido

es la proporción. Esto último es detectado por el Tribunal Constitucional, sin embargo considera que dicha omisión no:

> "(...) constituye justificación suficiente para que un juez constitucional, que tiene que velar por la protección y defensa de los derechos fundamentales de la persona, deje de administrar justicia (art. 139 inc. 8 de la Constitución). Si la ley no ha previsto un hecho violatorio de la libertad individual, la solución está en la Constitución que es autosuficiente para dar respuesta a todas las posibles afectaciones de los derechos fundamentales".

Ante la existencia de una laguna normativa y estando a que en aras de la tutela procesal efectiva, el Tribunal Constitucional precisando sus propias limitaciones dijo:

> "Por tanto, si bien es verdad que no hay previsión legal que permita actuar en el presente caso y que el Tribunal Constitucional no puede asumir atribuciones que son propias del parlamento para darle un valor numérico a los días de arresto domiciliario, también es verdad que este colegiado no puede dejar de administrar justicia más aún si se encuentra ante una situación irrazonable y desproporcionada como la que afecta al beneficiario a consecuencia de la actuación legalista del ente administrativo penitenciario. Es el contenido de la propia Constitución, en consecuencia, la que da respuesta a este problema dado su fuerza normativa y carácter fundante y fundamentador del ordenamiento jurídico y la que respalda a este colegiado para que estime la demanda, ya que de lo contrario estaríamos validando la arbitrariedad que supone no reconocer valor alguno a los días que el beneficiario sufrió bajo arresto domiciliario".

Además de declarar fundada la demanda y ordenar la libertad del beneficiario formuló una exhortación para que el **Congreso de la República**:

> "(...) en el menor tiempo que suponga el proceso legislativo previsto por la Constitución, expida una ley que regule la fórmula matemática a aplicarse con ocasión de abonar la detención domiciliaria al cómputo de la pena y evite la violación de los derechos fundamentales de todas aquellas personas que podrían verse inmersas en una situación como la planteada en este caso".

Han pasado varios años y esa exhortación ha caído en saco roto; entonces, si bien este es un tema como tantos otros que deben ser tomados en cuenta y aceptando que hay una similitud entre el arresto domiciliario y la detención

preventiva en cuanto a la restricción de la libertad personal, también hay diferencias puesto que el arresto domiciliario es menos gravoso que la prisión preventiva por lo que el abono debe ser a partir de los días contemplados para los beneficios penitenciarios, esto es cinco días de arresto por un día de prisión. Podríamos establecer más o menos días pero hay que fijar ciertos parámetros razonables. Sin haber establecido cálculos numéricos el TC en su sentencia casi admite dos y medio de arresto por un día de prisión (Wolfenson alegaba haber estado 977 días de arresto y le quedaba por cumplir 379 días en prisión, la proporción es de 2.57 por 1). El magistrado Fernando Calle Hayen en su voto singular en el Exp. N° 6201-2007-PHC/TC propone un límite respecto a la posibilidad de la equiparación así:

> "En ese sentido, sin perjuicio de exhortar al Congreso a que dicte una norma contemplando el arresto domiciliario para el cómputo de la pena efectiva, cabe precisar que no sería inconstitucional que el legislador le otorgue un valor jurídico al mismo, siempre que se cumplan con los principios de razonabilidad y proporcionalidad, vale decir que cualquier plazo superior al señalado en la STC N° 0019-2005-PI/TC, sería constitucional".

Siendo un fallo polémico por tratarse de un condenado por graves delitos de corrupción durante el régimen del expresidente Alberto Fujimori los magistrados dieron muestra de su postura constitucional en algunos votos singulares así Carlos Mesías Ramírez en el Exp. N° 6201-2007-PHC/TC señaló:

> "Mantener al favorecido en prisión porque el legislador no ha efectuado una equiparación del arresto domiciliario y la prisión, es irrazonable y desproporcionado porque subordina la Constitución a la omisión del legislador, lo que significa un positivismo puro que no se condice con el techo valorativo de la Ley Fundamental. En suma, se trata como diría Gustav Radbruch: que el derecho injusto no es derecho".

A su vez el magistrado Gerardo Eto Cruz refirió:

> "El presente voto particular refleja mi firme convicción de que una democracia donde no se respeten los derechos fundamentales de las personas es igual a una dictadura. De que la única manera de defender firmemente la forma democrática de gobierno es el respeto a las normas establecidas y a los derechos. Por último, el íntimo convencimiento de que una democracia que se defiende de sus enemigos sin respetar las reglas de juego que ella mismo dispuso, es un ataque al corazón mismo de su legitimidad".

El doctor Fernando Calle Hayen en su voto singular hace referencia a la omisión legislativa lo que no se considera como una razón para no pronunciarse:

> "(...) el hecho de no existir norma expresa que regule el tema del abono del arresto domiciliario al tiempo de detención, no implica que los magistrados constitucionales estén en la imposibilidad de resolver este caso, toda vez que no se puede permitir que se vulnere el derecho fundamental a la libertad del ser humano y por qué se debe tener en cuenta el principio *pro homine* y *pro libertate* por lo que debe efectuarse una labor integradora del derecho, casualmente para garantizar la vigencia efectiva de los derechos constitucionales conforme a lo señalado por el artículo II del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional".

Para ser equilibrados es menester referir que esta sentencia fue dictada en mayoría y que los magistrados Ricardo Beaumont Callirgos y César Landa Arroyo opinaron porque se declare infundada con los siguientes argumentos:

> "(…) la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha determinado que los plazos de detención y de arresto domiciliario no pueden equipararse (STC Exp. N° 1565-2002-HC/TC, STC Exp. N° 0209-2002-HC, STC Exp. N° 0376-2003-HC).
>
> Esto no significa que el arresto domiciliario no pueda ni deba ser considerado para efectos del cumplimiento de la pena privativa de la libertad impuesta, pero esa es una cuestión que está en la competencia legislativa del Congreso de la República y no en la competencia jurisdiccional del Tribunal Constitucional.
>
> (...) no puede concluirse que tal vacío legislativo exista para el caso del arresto domiciliario. Por el contrario, más bien se aprecia que, en función de su facultad de libre configuración de la ley penal, el legislador simplemente no ha optado, hasta ahora, porque los días de arresto domiciliario se abonen al cómputo de la pena privativa de la libertad. Y esta decisión del legislador no contraviene la Constitución del Estado en la medida que, como se dijo supra: a) no existe un mandato constitucional que le obligue a prever beneficios penitenciarios para todos los que han delinquido; b) su denegatoria no afecta propiamente el derecho fundamental a la libertad personal; y c) no existe un deber constitucional que obligue al legislador a prever que los días de arresto domiciliario sean abonados al cómputo de la pena efectiva".

Como conclusión de este espinoso tema es que todavía está en la agenda del legislativo normar sobre la equivalencia de los días de arresto domiciliario y los días de pena privativa de libertad para efectos de cómputo.

III. Juez competente en ejecución. Facultades

La sentencia podrá ser modificada en cuanto a la conversión y revocación de la revocación de la suspensión de la ejecución de la pena y de la reserva del fallo condenatorio, y a la extinción o vencimiento de la pena. Las solicitudes se formularan al Juez de la Investigación Preparatoria y estarán legitimados para hacerlo el Ministerio Público, el condenado y su defensor (art. 491.1 del NCPP).

Las peticiones generarán incidencias que deberán ser resueltas dentro del plazo de 5 días previa audiencia. El artículo 491.2 le da facultades al Juez de la Investigación Preparatoria para que incorpore elementos de prueba aun de oficio y previo a la realización de la audiencia o suspendiendo esta, ordenará una investigación sumaria por breve tiempo que determinará razonablemente, después de la cual decidirá. La policía realizará dichas diligencias, bajo la conducción del fiscal.

El artículo 491.3 establece como regla que todos los **incidentes relativos** a la libertad anticipada, fuera de los beneficios penitenciarios de semilibertad y liberación condicional y de la medida de seguridad privativa de libertad y los requerimientos que sean importantes serán resueltos en audiencia convocada por el Juez de la Investigación Preparatoria. Allí asistirán los órganos de prueba que hayan sido citados.

El juez competente para conocer los incidentes derivados de la ejecución de la sanción penal conforme el código de ejecución penal es el Juez Penal unipersonal. Las decisiones se tomarán en audiencia con asistencia de las partes (art. 491.4 del NCPP).

Respecto a la presentación de medio impugnatorio contra una resolución dictada en ejecución de sentencia le corresponde conocer a la Sala Penal Superior según el artículo 491.6 del NCPP.

Cuando se trate de solicitudes de **refundición o acumulación** de penas son de competencia del Juzgado Penal colegiado. Las peticiones serán resueltas previa realización de una audiencia con la concurrencia del fiscal, del condenado y su defensor.

IV. Refundición de penas

1. Para hechos delictuosos anteriores a la Ley N° 28730

El Instituto de Refundición de Penas fue creado por la Ley N° diez mil ciento veinticuatro, para los casos de conexión de procesos previstos en el artículo veintiuno del Código de Procedimientos Penales; esto es, para los procesos que oportunamente no se pudieron acumular, que tenía en giro un procesado en forma paralela, ya sea por no encontrarse en el mismo estado procesal o por la complejidad de los procesos; y se hubieran producido sucesivos juzgamientos con igual número de condenas. Las penas se refunden en una sola para los fines de un único tratamiento, bajo la regla de absorción, esto es que las penas se refunden en la pena más grave.

El instituto de la refundición o acumulación como también se le denomina en el NCPP es tratada ampliamente en la jurisprudencia suprema. En el R.N. N° 2346-2005[93]-Amazonas del catorce de setiembre de dos mil cinco se fija que el objeto de la refundición de penas es el tratamiento único de las penas impuestas al condenado dictadas en dos sentencias, siempre y cuando los hechos a que se refiere la segunda sentencia se hayan cometido antes de dictarse la primera. En la Ejecutoria Suprema R.N. N° 2958-2005[94] de Lima del once de octubre de dos mil cinco se establece igualmente el objeto como tratamiento único de las penas impuestas pero que no procede cuando no se cumple el requisito de temporalidad. En la Ejecutoria Suprema R.N. N° 1299-2005[95], Huánuco del veintitrés de mayo del año dos mil cinco se considera la refundición como un derecho del justiciable. Así también se sostiene en la Ejecutoria Suprema Exp. N° 2957-2005[96] de Santa del seis de octubre de dos mil cinco:

> "(...) es derecho de toda persona sentenciada y condenada en más de una oportunidad de acogerse a la refundición de penas, solo en caso que se reúnan los requisitos de procedibilidad (...)".

En el R.N. N° 34-2005[97] de Huaura del once de abril de dos mil cinco se establece como criterio, que los actos delictivos que darán inicio a sucesivos juzgamientos deben ser anteriores a estos a efectos de la refundición:

(93) Jurisprudencia Sistematizada de la Corte Suprema del Perú. Editado por Comisión Europea, Jusper, Poder Judicial, 2008, edición digital.
(94) Ídem.
(95) Ídem.
(96) Ídem.
(97) Ídem.

> "Que para el caso de autos es preciso advertir que el supuesto habilitante para la aplicación del artículo cuatro de la ley diez mil ciento veinticuatro consiste en que los actos delictivos que darán lugar a 'sucesivos juzgamientos' deben ser anteriores al inicio de estos; de otro lado, los casos de penas subsiguientes no dan derecho a la refundición y, por tanto, de tratarse de penas privativas de libertad efectiva estas se ejecutan sucesivamente (...)".

La base para poder establecer la refundición de penas es el concurso real retrospectivo señalado en el artículo 51 del Código Penal antes de su modificatoria por la Ley N° 28730 publicada el 13/05/2006. Así se establece en la Ejecutoria Suprema R.N. N° 1882-2005[98] de La Libertad del diecisiete de agosto de dos mil cinco.

En el R.N. N° 1938-2005[99] de La Libertad del veintiuno de julio de dos mil cinco se señalan los criterios para refundir penas:

> "Que para la aplicación de la consecuencia jurídica prevista en el artículo cuatro de la ley diez mil ciento veinticuatro, se requiere que como resultado del juzgamiento sucesivo de los múltiples eventos delictivos conexos, las penas que se impongan en la primera y siguientes causas –en el sentido de proceso– se subsumen en la pena que resulte de cada nuevo juzgamiento, '(...) con el mejor conocimiento de (la) personalidad criminal' del agente; que es de aclarar que refundición de penas no significa que las penas mayores absorban simplemente a las penas menores, sino que se evalúe el marco punitivo con arreglo a las reglas previstas por la concordancia de los artículos cincuenta y cuarenta y ocho del Código Penal".

En la Ejecutoria Suprema R.N. N° 0962-2003[100] de Huánuco de veintidós de agosto de dos mil tres se establece que no procede la refundición cuando el recurrente cometió delito cuando se encontraba gozando de semilibertad de la primera sentencia.

> "Que el artículo cuatro de la ley diez mil ciento veinticuatro, concordante con el artículo veinte del código de procedimientos penales, establece que son requisitos de la refundición de penas, la conexión de causas y la temporalidad; es decir, que las causas a refundirse hayan

(98) Ídem
(99) Ídem.
(100) Jurisprudencia Sistematizada de la Corte Suprema Perú. Editado por Comisión Europea. JUSPER. Poder Judicial. 2008. Edición Digital.

> sido pasibles de acumulación en algún momento y que además la segunda condena debe haber sido dictada por un hecho anterior a la primera; en el presente caso la segunda sentencia ha sido dictada por un hecho nuevo y posterior a la primera".

La refundición debe operar cuando las sentencias han quedado firmes lo que no sucede en el R.N. Exp. N° 1359-2003[101] de Ica del nueve de setiembre del dos mil tres que dice:

> "(...) respecto a la refundición efectuada de oficio en la recurrida, es menester declarar nulo dicho extremo, dado que la sentencia que en copia certificada aparece a fojas ciento setenta y siete, su fecha treinta de enero del dos mil tres, de la instrucción número setenta y dos, que se pretende refundir al presente proceso, se advierte a fojas ciento ochenta vuelta, que ha sido objeto de recurso de nulidad, el mismo que se encuentra pendiente de resolver, conforme se aprecia de la razón de secretaría de esta Suprema Sala a fojas cinco del cuadernillo formado en esta instancia (...)".

La Jurisprudencia española en la Causa Nº 583-2008[102] del 1 de octubre del 2008 Tribunal Supremo sobre la refundición de penas establece que el auto de acumulación siempre debe estar abierto a efectos que aparezca otra pena no acumulada pero que tenía que haberse dado en su momento y aquí se emplea el principio de favorabilidad del reo:

> "Pues bien, la doctrina jurisprudencial de esta Sala a aplicar en casos como el presente, se encuentra recogida en la sentencia de esta Sala Segunda del T.S. N° 937/2003, de 27 de junio , en la que, analizando un supuesto similar al presente establece que: '(...) La consecuencia es que un auto de acumulación ha de estar abierto siempre a la posibilidad de que aparezca después otra pena no acumulada, pero que tenía que haberlo sido de haber existido una tramitación normal. En estos supuestos no cabe hablar de eficacia de cosa juzgada que pudiera impedir una reconsideración del caso en beneficio del reo. Si aparecieran nuevas condenas por delitos no contemplados en la anterior resolución sobre acumulación dictada conforme al artículo 988 de la LECr., habrá de dictarse un nuevo auto para hacer un cómputo que abarque la totalidad de las condenas'".

(101) Ídem.
(102) Extraída del banco de jurisprudencia del Poder Judicial de España <www.poderjudicial.es>.

La Ejecutoria Suprema vinculante dictada por la Sala Penal Permanente en el R.N. N° 4052-2004 Ayacucho del diez de febrero de dos mil cinco trata sobre los efectos de la refundición de penas que trae como resultado una nueva pena siendo la regla introducir la pena menos grave en la más grave, y otro efecto es la modificación del cómputo de la pena tratándose de privativa de libertad. El concurso real en su texto antes de la modificatoria tenía como finalidad evitar juzgamientos sucesivos y que el condenado sea tratado más severamente que lo que hubiese sido si el juzgamiento de sus infracciones hubiera tenido lugar simultáneamente. La Sala Suprema fija como criterio que cuando la Ley N° 26320, de fecha 2 de junio de 1994 en su artículo 4 en casos de TID prohíbe un beneficio penitenciario a quien ha sido objeto de una condena anterior no puede entenderse que está referida al dato formal de la existencia de una sentencia, pues esta incluso puede comprender varios hechos típicos juzgados simultáneamente, es decir, un concurso real de delitos, y que dicha interpretación incorpora un factor de desigualdad irrazonable cuando, por circunstancias derivadas de la persecución penal, no se acumularon hechos delictivos en un solo proceso antes de la sentencia. Claro si esto se hubiera dado estaríamos ante una sola sentencia y una sola condena por una pluralidad de delitos y por ello el Supremo Tribunal establece como regla que cuando se produce la refundición de penas como consecuencia de un concurso real retrospectivo debe entenderse que la condena es una sola o única, y que el resultado que se obtiene es una pena única refundida y no es aplicable el impedimento regulado en el artículo 4 de la Ley N° 26320. Este criterio es similar al citado en la sentencia del Tribunal Supremo español 583-2008 del 1 de octubre del 2008. El límite es que estos beneficios penitenciarios no se conceden a quienes han sido condenados por TID agravado artículo 297 del Código Penal por más refundición que haya.

La ejecutoria vinculante R.N. N° 4052-2004, se contrapone al criterio adoptado por el TC en el Exp. N° 0868-2003-HC/TC Huánuco-Pasco, caso Manuel Mendoza Goñas del 2 de julio de 2004 siendo el antecedente que al accionante se le denegó el beneficio de semilibertad, dictada por el Juez Penal de Leoncio Prado, Tingo María. El señor Mendoza alegaba que si bien fue sentenciado hasta en dos oportunidades por el delito de tráfico ilícito de drogas, las penas correspondientes fueron refundidas en una sola, no siendo aplicable a su caso el artículo 4 de la Ley N° 26320, de fecha 2 de junio de 1994, que no concede el beneficio de semilibertad a los sentenciados por el delito de tráfico ilícito de drogas cuando estos tengan dos o más condenas.

El TC establece como pauta legal lo señalado por el artículo 4 de la Ley N° 26320, en el sentido que los sentenciados por delito de tráfico ilícito de drogas previsto en los artículos 296, 298, 300, 301 y 302 del Código Penal,

podrán acogerse a los beneficios penitenciarios de (...) semilibertad y liberación condicional, siempre que se trate de la primera **condena** a pena privativa de libertad. El TC en el sumario confirma que al accionante se le refundió las penas pero que esto no significa que se hayan refundidos las dos condenas respectivas, y hace una diferencia entre pena y condena sin precisar sus alcances y que no estaría dentro del artículo 4 de la Ley N° 26320 por lo que desestimaron la acción de garantía. Esta es una sentencia que siendo una sola no constituye parte de la doctrina constitucional por lo que estamos obligados a respetar la jurisprudencia vinculante de la Corte Suprema como la ejecutoria R.N. N° 4052-2004 que nos parece más racional y garantista en su interpretación.

2. Vigencia de la refundición para hechos posteriores a la Ley N° 28730

Consideramos que ya no hay refundición conforme la Ley N° 10124 para hechos sucedidos posterior a la modificación del artículo 50 y 51 del código penal por la Ley N° 28730 publicada el 13 de mayo de 2006 que les beneficiaba a los condenados, ya que bajo el supuesto de concurso real de delitos se acumulaba en la pena más grave. En todo caso si existiera un caso de concurso real de delitos posterior a la ley y estos no fueron juzgados en su momento una refundición para tratamiento único de penas implicaría la suma de las penas concretas conforme a los nuevos criterios. La refundición tendría que tomar como cómputo de inicio la fecha más remota del delito que fue juzgado primero y a su vencimiento se sumaría la otra sanción penal que existiese.

El artículo 51 del Código Penal modificado por la Ley N° 28730 estableció que si después de la sentencia condenatoria se descubriere otro hecho punible cometido antes de ella por el mismo condenado, será sometido a proceso penal y la pena se sumará a la anterior hasta un máximo del doble de la pena del delito más grave no pudiendo ser más de treinta y cinco años. Si uno de los delitos tiene como pena cadena perpetua, se aplicará únicamente esta, sin perjuicio de fijarse la reparación civil para el nuevo delito. Consideramos que la redacción del artículo es desacertada porque da la impresión que podría aplicarse más de una cadena perpetua que de por si es ilógico. Debe tenerse en cuenta que el artículo 50 del Código Penal también ha sido modificado por la Ley N° 28730 porque si antes en caso de concurso real se reprimía con la pena del delito más grave ahora se suman las penas privativas de libertad hasta un máximo del doble de la pena del delito más grave no pudiendo exceder de 35 años. Si antes los criterios del artículo 51 se empleaban para sobreseer la causa, ahora en delitos menos graves se ordena abrir proceso y además se deja abierta la posibilidad que se fije una reparación civil distinta.

En el Código Penal de 1924, el artículo 108 definía el concurso real de delitos como la existencia de varios hechos punibles que debían tratarse como delitos independientes; y en cuanto a la pena se asumía la doctrina de la absorción por la que se aplica la pena establecida para el delito más grave (*poena mayor absorbet minorem*)[103]. Este sistema continuó con el Código Penal de 1991, artículos 50 y 51, hasta su modificación legislativa por Ley N° 28730 el 2006. Siendo que la modificatoria fue publicada el 13 de mayo en 2006 en rigor la aplicación del nuevo sistema de acumulación de penas tenía que ser para hechos ocurridos posteriormente bajo la regla de prohibición de retroactividad desfavorable.

Recordemos que la doctrina en la aplicación de penas en concurso real de delitos reconoce tres sistemas: el de acumulación material, el de absorción y el de acumulación jurídica. En el primero se consideran aisladamente cada delito, se aplica a la pena que corresponda y la suma de ellas determinara la condena que haya de cumplir el condenado. El segundo se basa en el principio en que impuesta la pena correspondiente al delito de mayor gravedad esta absorbe a las penas impuestas por delitos menos graves. El tercero constituye una suerte de sistema mixto de los dos anteriores ya que consiste en sumar las penas, pero con una reducción de las mismas y fijación de límites máximos[104].

En el sistema de aplicación de penas del Perú se ha pasado **del sistema de absorción al de acumulación jurídica** esto es que se somete al culpable a una suma aritmética de penas parciales pero con un tope legal, por ello se dice que es jurídica. Este sistema elimina el peligro de la impunidad y también evita la injusticia por exceso de rigor[105].

La acumulación de penas en concurso real de delitos de una misma especie también se asume en el Derecho Penal argentino estableciéndose como regla que el mínimo aplicable será el mínimo mayor de los delitos que concurren y el máximo la suma de las penas máximas de los delitos que concurren[106].

No deja de tener cierta lógica lo referido por el legislador puesto que una persona puede cometer cinco hechos punibles y solo le es aplicable la pena tomando como referencia el delito más grave dejando con cierta impunidad los demás hechos. Una persona que ha cometido un homicidio comparado

(103) EZAINE CHÁVEZ, Amado. *Diccionario de Derecho Penal*. 3ª edición, Tomo I, Editores AFA, Lima, 1999, p. 219.
(104) OSSORIO y FLORITT, Manuel. *Acumulación de penas*. Enciclopedia Omeba, Tomo I, Editado por Driskill, Argentina, 1996, p. 454.
(105) Ibídem, p. 455.
(106) LAFFITE, Fernando. *Esbozo para una teoría del delito*. Lerner Editores, Buenos Aires, 1989, p. 202.

con otro sujeto que ha cometido homicidio, secuestro y robo, resulta teniendo la misma pena que este porque para él manda la pena del delito más grave que es homicidio y los otros delitos como si no existieran; por ello particularmente dentro de una política criminal de tutela del ciudadano es razonable la acumulación de penas limitada por los principios de lesividad y proporcionalidad.

3. Jurisprudencia sobre determinación de la pena en concurso real

El Acuerdo Plenario **N° 4-2009/CJ-116 del 13 de noviembre de 2009** estableció como problema la necesidad de concretar los criterios del concurso real de delitos, para la identificación jurídico material y las reglas para la determinación de la pena, así como el ámbito del poder de definición penológica del órgano jurisdiccional y las potestades que resultan cuando hay recurso impugnatorio.

Los jueces supremos asumen que los presupuestos y requisitos legales del concurso real de delitos son los siguientes:

a) Pluralidad de acciones.

b) Pluralidad de delitos independientes.

c) Unidad de autor.

Como resultado el agente en el concurso real de delitos debe ser objeto de enjuiciamiento en un mismo proceso penal –enjuiciamiento conjunto–, lo que da lugar a una imputación acumulada al agente de todos los delitos perpetrados en un determinado espacio de tiempo. La comisión de varios delitos en concurso real crea los presupuestos de su enjuiciamiento simultáneo en función a la conexidad material existente entre ellos.

En el considerando sétimo el Pleno dice que para fijar la pena concreta se debe asumir las reglas derivadas del denominado "principio de acumulación" y el procedimiento que el órgano jurisdiccional debe aplicar es el siguiente:

1. Identificación de una pena básica esto es la posibilidad se sanción de acuerdo a los límites mínimo y máximo según la ley respectiva.

2. Atendiendo a las circunstancias correspondientes y/o concurrentes de su comisión, la fijación de la pena concreta. Esto debe hacerse tantas veces como delitos estén en concurso real.

La pena concreta debe ser sometida a un doble examen de validación.

1. Verificar que la pena no exceda de 35 años si es pena privativa de libertad temporal.

2. No exceda el equivalente al doble de la pena concreta parcial establecida para el delito más grave de los comprendidos por el concurso real.

Si la pena concreta total supera cualquiera de esos dos límites legales, su extensión deberá de reducirse hasta el límite correspondiente, esto es 35 años o el doble de la pena concreta parcial fijada para el delito más grave.

Si uno de los delitos tiene como pena parcial concreta cadena perpetua, dicha sanción punitiva sería la única que tendría la condición de pena concreta, suprimiéndose las demás penas concretas parciales.

4. Concurso real retrospectivo

En el noveno considerando del Acuerdo Plenario N° 4-2009/CJ-116 el Pleno adopta una regla proveniente de la doctrina citando a Hurtado Pozo, José: (Ver su *Manual de Derecho Penal. Parte General I*. 3ª edición, Editorial Grijley, Lima, 2005, p. 942) quien dice que en este caso el autor no debe resultar con una pena concreta final y total, luego de sus sucesivos juzgamientos y condenas, que sea más severa que aquella que se le habría aplicado si hubiese sido juzgado simultáneamente, en un solo proceso, por todos los delitos que cometió y que dieron lugar al concurso real.

Por ello, el artículo 51 del Código Penal modificado por la Ley N° 28730 ha establecido que la pena concreta surgirá de la aplicación del mismo procedimiento regulado para el concurso real de delitos en el artículo 50 CP. Esto es que el juez fije las penas básicas para cada delito, las sume y luego las someta a las reglas de validación no más de 35 años o no más del doble de la pena concreta del delito más grave. Y por último si hay cadena perpetua como pena parcial, las otras penas parciales por obvias razones quedan fuera.

Toda esta digresión es para llegar a la conclusión que si bien existe la refundición de penas esta debe entenderse para el tratamiento único del condenado, en todo caso si existiesen dos sanciones por concurso real que en su momento no fueron juzgados en un juicio único, entonces la refundición debe ponerse en el supuesto de la sumatoria de penas para fijar un cómputo único.

En la siguiente ejecutoria superior vemos como la Segunda Sala del Callao en el Exp. N° 3094-2006 declara improcedente la refundición por ser uno de los hechos posteriores a la modificatoria de los artículos 50 y 51 del Código Penal.

> "(...) el recurrente sostiene que la Refundición de Penas que solicita es con relación a la sentencia expedida con fecha **26 de marzo del 2007** (…) dictada por la Cuarta Sala Penal para Procesos con Reos en Cárcel de Lima en el Expediente número 149-06, que lo condenó a 7 años de pena privativa de libertad por delito de robo agravado (…) por hechos ocurridos el **17 de enero del 2005**; y; la sentencia condenatoria expedida con fecha **19 de julio del 2007** (…), dictado por la Segunda Sala Penal del Callao en el Expediente número 164-07 que le impuso 15 años de pena privativa de libertad por delito de robo agravado (…) por hechos ocurridos el **22 de agosto del 2006**, pues de ellas se establece que la ocurrencia del primer hecho acontecieron antes que se dictara la sentencia de fecha 19 de julio de 2007 (…) la refundición solicitada no resulta amparable, pues si bien existe conexidad entre ambas sentencias como lo sostiene el recurrente, los mismos que se configuran en un concurso real retrospectivo, también es cierto, que los hechos contenidos en la sentencia de fecha **19 de julio del 2007**, fueron con posterioridad a la entrada en rigor de las Leyes N°s 28726 y 28730 (...)".

Consideramos que en el caso de concurso real de delitos y la modalidad retrospectiva al realizarse la acumulación jurídica ya estaría intrínsecamente resuelta la refundición. En concurso real retrospectivo por la razón de principio de igualdad de todos bajo la ley tendría que sumarse las penas.

Capítulo II
Ejecución de la inhabilitación

I. La inhabilitación. Cuestiones generales

En Alemania la inhabilitación se aplica para cargo público y significa que el agente pierde la capacidad para desempeñarlos. Además con la inhabilitación se pierden los cargos que ya ostentara el condenado(107). También se considera la inhabilitación de los derechos de sufragio pasivo y activo. La finalidad es de prevención general y especial, esto es de apartar al reo de todas las esferas de responsabilidades públicas y la influencia sobre la conciencia jurídica general(108).

Para Zaffaroni la pena de inhabilitación consiste en la pérdida, o suspensión de uno o más derechos de modo diferente al que comprometen las penas de prisión y multa. La inhabilitación en el código tejedor estaban bajo el título de **penas privativas del honor y humillantes**(109). Para Peña Cabrera consiste en la privación y restricción de ciertos derechos del delincuente sean políticos, económicos y sociales, como consecuencia de la realización de un delito y su carácter es infamante que es el sentido que se le quiso dar a esta pena originalmente y cita al Código Penal español de 1822 que en su artículo 74 decía que a quien se le imponga la pena de infamia perderá hasta obtener la rehabilitación todos los derechos de ciudadano(110).

Muñoz Conde dice respecto a la descripción del Código Penal español de la inhabilitación que esta figura es un tanto complicada. Esta apreciación en mi concepto también le alcanza a la que ha realizado el legislador peruano en nuestro Código Penal. Muñoz señala que puede sistematizarse

(107) JESCHEK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. Traducción al español por S. Mig. Puig y F. Muñoz Conde. Volumen I, Editorial Bosch, Barcelona, 1978, p. 719.
(108) Ibídem, p. 720.
(109) ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Derecho Penal. Parte General*. Volumen I, Editado Ediar, Buenos Aires, 2000, p. 935.
(110) PEÑA CABRERA, Raúl. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. Editorial Grijley, Lima, 1999, p. 617.

de la siguiente forma: Inhabilitación absoluta que consiste en privación definitiva de honores, empleos y cargos, privación temporal del derecho a obtener estos. Inhabilitación especial para cargos y empleos públicos, derecho al sufragio, para profesión oficio o para el ejercicio de la patria potestad, suspensión temporal del empleo. El autor dice que la diferencia entre inhabilitación absoluta e inhabilitación especial para cargo público radica en que la primera recae sobre todos los honores, cargos y empleos públicos, mientras que la segunda lo hace sobre el concreto cargo que tuviera el penado y otros análogos(111). Sobre esto hay que decir que no se puede inhabilitar sobre lo que no se tiene en cuanto a cargo o empleo público por eso esa diferencia de "cargo concreto" es insuficiente para explicar la distinción como lo hace el profesor español Muñoz Conde y tiene que ver con esa apreciación que él realiza que es farragosa, situación en la que él cae también cuando trata de sistematizar esa división. De lo que puedo extraer es que la diferencia podría darse en los títulos y honores genéricos y los que deviene de un cargo o empleo presente, más la propia inhabilitación del cargo.

II. La inhabilitación en el Código Penal

Encontramos en la exposición de motivos; que se suprime el carácter perpetuo de la inhabilitación, sin embargo en la actualidad se ha restituido ese carácter en el artículo 36 inciso 6 segundo párrafo modificado por la Ley N° 29106 publicada el 18/10/2007 del Código Penal cuyo texto es: "Incapacidad definitiva para obtener licencia o certificación de autoridad competente para portar o hacer uso de armas de fuego, en caso de sentencia condenatoria por delito doloso con pena privativa superior a cuatro (4) años; medida que debe ser impuesta en forma obligatoria en la sentencia". Además en el artículo 39 del Código Penal se precisa los casos en que la inhabilitación se aplicará como pena accesoria, permitiendo adecuarla a la naturaleza del deber infringido.

La inhabilitación está considerada como una pena limitativa de derechos conforme a los artículos 28 y 31 del Código Penal. El artículo 36 del acotado, establece los efectos de la Inhabilitación según lo que se disponga en la sentencia como:

(111) MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARANA, Mercedes. *Derecho Penal. Parte General*. Valencia, 2000, p. 586.

1. Privación de la función, cargo o comisión que ejercía el condenado, aunque provenga de elección popular. Esto es que el inhabilitado debe ser retirado de la función pública no importando la forma como llegó allí.

2. Incapacidad para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público. Se aplica ante la posibilidad futura de obtención de cargos públicos, es decir el Estado queda cerrado en cuanto a su acceso al inhabilitado.

3. Suspensión de los derechos políticos que señale la sentencia. Un ejemplo sería la posibilidad de participar como candidato a un cargo público.

4. Incapacidad para ejercer por cuenta propia o por intermedio de tercero profesión, comercio, arte o industria, que deben especificarse en la sentencia. Básicamente está vinculada esta inhabilitación con el delito que cometió, por ejemplo en los casos de lesiones culposas que contemplen la inhabilitación del autor o aborto con las agravantes establecidas en el artículo 117 del Código Penal.

5. Incapacidad para el ejercicio de la patria potestad, tutela o curatela, vinculado a delitos contra la familia como el artículo 121-A del Código Penal.

6. Suspensión o cancelación de la autorización para portar o hacer uso de armas de fuego. Incapacidad definitiva para obtener licencia o certificación de autoridad competente para portar o hacer uso de armas de fuego, en caso de sentencia condenatoria por delito doloso con pena privativa superior a cuatro (4) años; medida que debe ser impuesta en forma obligatoria en la sentencia.

7. Suspensión o cancelación de la autorización para conducir cualquier tipo de vehículo como el delito de conducción en estado de ebriedad.

8. Privación de grados militares o policiales, títulos honoríficos u otras distinciones que correspondan al cargo, profesión u oficio del que se hubiese servido el agente para cometer el delito.

III. Acuerdos Plenarios de la Corte Suprema e inhabilitación

1. Acuerdo Plenario N° 2-2008/CJ-116. Ejecución de la pena de inhabilitación en el Código de Procedimientos Penales de 1940

Señala el Acuerdo Plenario 2-2008/CJ-116 que la ejecución de la pena de inhabilitación que haya sido impuesta como pena principal o accesoria, requiere como paso previo, que al adquirir firmeza la sentencia condenatoria el órgano jurisdiccional de instancia que la dictó cumpla con lo dispuesto en el artículo 332 del Código de Procedimientos Penales como la remisión del testimonio de condena respectivo para su inscripción en el Registro Judicial y, si correspondiera, al Instituto Nacional Penitenciario y al Establecimiento Penal donde se encuentra el reo. A continuación, ese mismo órgano judicial debe remitir la causa al Juez Penal competente para dar inicio al proceso de ejecución. Este último procederá, en lo pertinente, a lo siguiente:

1. Notificará al penado para que cumpla con la prohibición impuesta, bajo apercibimiento de ser denunciado por delito de desobediencia a la autoridad (artículo 368 del Código Penal).

2. Remitirá al Registro Personal el correspondiente testimonio de condena, conforme a lo dispuesto en los artículos 2030 y 2032 del Código Civil.

3. En caso de privación de función, cargo o comisión de carácter público o de su incapacitación (artículo 36. 1 y 2 del Código Penal) remitirá testimonio de condena a la entidad pública donde prestaba servicios el condenado y, en su caso, a la que correspondiere en atención a la función, cargo o comisión afectadas.

4. Si la privación o la incapacitación se refiere a cargos o comisiones públicas de elección popular, así como a la suspensión de derechos políticos (artículo 36.1, 2 y del Código Penal), se deberá remitir testimonio de condena al Jurado Nacional de Elecciones para su debida anotación y difusión.

5. Si la incapacitación se refiere al ejercicio de profesión, comercio, arte o industria, enviará testimonio de condena al colegio profesional respectivo o a la federación de colegios profesionales de la profesión concernida cuando se trate de aquellas de necesaria colegiación; o a la entidad oficial que corresponda si se trata del ejercicio de una actividad sujeta a control público.

6. Si se dicta la suspensión, cancelación o incapacidad definitiva para portar o hacer uso de armas de fuego se deberá remitir testimonio de condena al organismo respectivo del Ministerio del Interior encargado de su control; y, si se dicta la suspensión o cancelación de la autorización para conducir vehículos, el testimonio de condena se remitirá a los organismos competentes del Ministerio del ramo o del Gobierno Regional, así como del Ministerio del Interior encargado del control del tránsito.

7. Si la incapacitación es del ejercicio de la patria potestad, tutela o curatela se remitirá testimonio de condena a la persona con quien se comparte la primera; o, en su defecto, a la autoridad encargada de designar a quien haya de sustituir al penado, así como –si correspondiere– a la autoridad judicial o administrativa competente en materia de institución tutelar o de acogimiento, incluso al juzgado que esté conociendo de un proceso de derecho de familia del que sea parte el condenado.

8. Si la inhabilitación consiste en la privación de grados militares o policiales, títulos honoríficos u otras distinciones afines, el testimonio de condena se remitirá a la institución o corporación que las otorgó.

El control de la efectividad de la pena de inhabilitación corresponde al Juez Penal, quien deberá comunicar e instar la vigilancia correspondiente a la autoridad administrativa competente –nacional, regional o municipal– y la policía.

Al cumplirse el tiempo de la inhabilitación el sentenciado recupera, de pleno derecho sin necesidad de resolución judicial el goce del ejercicio de los derechos suspendidos o afectados, con exclusión dice el Pleno de Jueces Supremos de aquellas privaciones definitivas de derechos ya indicadas en el fundamento jurídico pertinente.

2. Acuerdo Plenario N° 10-2009. Ejecución de la inhabilitación en el NCPP

El Acuerdo Plenario N° 10-2009, Pleno de Supremos, dice que respecto a los recursos hay dos modelos, el sistema de ejecución provisional y el sistema suspensivo y que en la Legislación Procesal Penal nacional se ha optado por ambos. Al examinar el régimen del NCPP se advierte que en el caso de la sentencia condenatoria se inclina por el primer modelo esto es que hay ejecución provisional y la impugnación no tiene efecto suspensivo. Esta regla se encuentra contenida en el artículo 402.1 que dice que: "La sentencia condenatoria,

en su extremo penal, se cumplirá provisionalmente aunque se interponga recurso contra ella, salvo los casos en que la pena sea de multa o limitativa de derechos". El Pleno la reconoce como regla específica frente a la genérica del artículo 412 inciso 1 del Código que dice: "Salvo disposición contraria de la ley, la resolución impugnada mediante recurso se ejecuta provisionalmente, dictando las disposiciones pertinentes si el caso lo requiere".

Con respecto a las sentencias absolutorias o autos de archivo que disponen la libertad del procesado que estuviera en cárcel y han sido impugnadas, el segundo párrafo del artículo 412 dice que **no podrán tener efecto suspensivo**.

El artículo 402 establece una excepción y es la de la imposición de las penas de multa o limitativas de derechos y según el artículo 31 inciso 3 del Código Penal se extiende a la pena de inhabilitación. De esto se infiere que solo las sentencias que fijan penas de privativas de libertad y restrictivas de libertad tal como estaban establecidas en los artículos 29(112) y 30(113) del Código Penal se **ejecutan provisionalmente** pese a la interposición de recurso impugnatorio contra ellas. En consecuencia se fija en el acuerdo plenario que si el condenado estuviera en libertad y se impone pena o medida de seguridad privativa de libertad de carácter efectivo, el Juez Penal, interpuesto el recurso, podrá ejecutar provisionalmente o alternativamente imponer alguna restricción de las previstas en el artículo 288 que son las siguientes:

"1. La obligación de someterse al cuidado y vigilancia de una persona o institución determinada, quién informará periódicamente en los plazos designados.

2. La obligación de no ausentarse de la localidad en que reside, de no concurrir a determinados lugares, o de presentarse a la autoridad en los días que se le fijen.

3. La prohibición de comunicarse con personas determinadas, siempre que no afecte el derecho de defensa.

(112) Artículo 29.- Duración de la pena privativa de libertad

La pena privativa de libertad puede ser temporal o de cadena perpetua. En el primer caso, tendrá una duración mínima de dos días y una máxima de treinta y cinco años (modificado por el artículo 1 del Dec. Leg. N° 982 publicado el 22/07/2007).

(113) Artículo 30.- Pena restrictiva de libertad

La pena restrictiva de libertad es la expulsión del país, tratándose de extranjeros. Se aplican después de cumplida la pena privativa de libertad (modificado por la Ley N° 29460 publicada el 27/11/2009 en el diario oficial *El Peruano*).

4. La prestación de una caución económica, si las posibilidades del imputado lo permiten. La caución podrá ser sustituida por una fianza personal idónea y suficiente".

Lo que no vemos en este Acuerdo Plenario N° 10-2009/CJ-116, es el sustento para una aplicación distinta a la pena efectiva de libertad mientras se evalúe el recurso impugnatorio, o es que se sobreentiende que el fundamento nace desde la facultad que tiene la instancia superior establecida en el artículo 418 del Código Procesal Penal que dice:

"1. El recurso de apelación tendrá efecto suspensivo contra las sentencias y los autos de sobreseimiento, así como los demás autos que pongan fin a la instancia.

2. Si se trata de una sentencia condenatoria que imponga pena privativa de libertad efectiva, este extremo se ejecutará provisionalmente. En todo caso, el Tribunal Superior en cualquier estado del procedimiento recursal decidirá mediante auto inimpugnable, atendiendo a las circunstancias del caso, si la ejecución provisional de la sentencia debe suspenderse".

Este es un punto no aclarado porque expresamente le da la facultad de ejecución provisional en forma limitada al órgano revisor pero no al a quo. El artículo 418 inciso 2 del Código Procesal Penal permite que si se hubiera optado por la inmediata ejecución de la pena impuesta, la Sala Superior podrá suspenderla, atendiendo a las circunstancias del caso y que ese efecto suspensivo termine cuando la sentencia queda firme.

El acuerdo plenario concluye que la pena de inhabilitación conforme a las reglas del Código Procesal Penal del 2004 no se **ejecuta hasta que la sentencia condenatoria adquiera firmeza y rige plenamente en este tema el sistema suspensivo**.

3. Acuerdo Plenario N° 10-2009. Ejecución de la inhabilitación según el Código de Procedimientos Penales de 1940

El Pleno de Jueces Supremos señala que la regulación sobre la ejecución de la pena de inhabilitación en el Código de Procedimientos Penales es distinta a la del Código Procesal Penal. El artículo 330 consagra la adopción del sistema de ejecución inmediata o provisional para todas las penas excepto las de internamiento, relegación, penitenciaría o expatriación; pero las tres primeras ya no tienen vigencia con el Código Penal de 1991.

Un caso singular lo constituye la sanción de expatriación que por ejemplo se debía aplicar a los exministros del régimen fujimorista que fueron condenados por el golpe de Estado del año 1992, al haber cometido el delito de rebelión; sin embargo la Sala Penal especial de la Corte Suprema inaplicó la misma por su falta de sustento constitucional.

Los jueces supremos en el Plenario acordaron que si bien la expatriación estaba considerada dentro del artículo 30.1 del Código Penal su legitimidad era inaceptable desde la perspectiva superior del artículo 22.5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que consagra el derecho a no ser expulsado del territorio del Estado del cual es nacional, ni ser privado del derecho de ingresar al mismo. Concordante con esta línea de cuestionamiento de los Jueces Supremos a la expatriación que atentaba contra el derecho a vivir en un territorio el parlamento nacional modificó los artículos 30 y 346 del Código Penal por Ley N° 29460 publicada el 27/11/2009 en el diario oficial *El Peruano* eliminando esta figura.

El Pleno de Supremos dice que la sentencia condenatoria impugnada, solo si impone pena de expatriación, exigirá que el encausado quede "(...) entre tanto, bajo vigilancia de la autoridad política" –así lo precisa el artículo 331 del Código de Procedimientos de 1940–; sin embargo, esta regla no tiene razón de ser ante la desaparición de esa figura.

No es del mismo parecer el Pleno cuando se refiere a la pena de expulsión del país, que igualmente es una pena restrictiva de libertad, que está prevista en el artículo 30 del Código Penal modificado por la Ley N° 29460 y que es solo aplicable a los extranjeros y precisa que esta sanción no tiene grave vicio de ilegitimidad y que se podrá emplear los mecanismos de vigilancia si es que se ha apelado la decisión.

El Acuerdo Plenario N° 10-2009, luego del análisis arriba a la conclusión que la pena de inhabilitación según del Código de Procedimientos Penales a diferencia del Código Procesal Penal del 2004 **se ejecuta provisionalmente** y no hay ninguna regla de excepción similar a la contenida en el Código de 2004. No hace falta esperar la firmeza de la sentencia condenatoria que la imponga para comenzar a ejecutar la pena de inhabilitación. El Pleno frente a esta conclusión hace la precisión que los alcances de la pena de inhabilitación respecto del Acuerdo Plenario N° 2-2008/CJ-116, del 18 de julio de 2008, funcionan en los Distritos Judiciales en los que se dictó la pena conforme al Código Procesal Penal se ejecuta una vez que la sentencia condenatoria que la impuso adquirió firmeza y el plazo de ejecución se inicia desde esa fecha.

Si la pena de inhabilitación fue impuesta bajo el Código de Procedimientos Penales de 1940, y hay impugnación, esta no tiene efecto suspensivo. Entonces como procedimiento el Pleno de Supremos dice que concedido el recurso impugnatorio el juez de la causa remitirá las copias pertinentes al juez de ejecución para que inicie el procedimiento provisional de ejecución, según las reglas sancionadas en los fundamentos jurídicos 15 al 16 del Acuerdo Plenario Nº 2-2008/CJ-116.

El Acuerdo Plenario N° 10-2009 como regla jurídica establece que en aplicación supletoria del artículo 380[114] del Código Procesal Civil, si la sentencia es anulada o revocada se declarará la ineficacia de todo lo actuado sobre la base de su vigencia y que el Juez Penal, precisará las actuaciones que quedan sin efecto atendiendo a lo resuelto por el superior. Lo que dice el Pleno es que si ya se ejecutó la pena de inhabilitación, aunque sea provisional, tiene que dejarse sin efecto. Entonces consideramos que frente a esta nueva situación jurídica el juez de la causa pondrá en conocimiento del juez de ejecución el resultado de la apelación para que este deje de ejecutar la pena de inhabilitación.

Lo que podemos concluir es que hay un tratamiento más favorable con en el NCPP frente al Código de Procedimientos Penales de 1940 consagrándose en la práctica un criterio de desigualdad que se espera se termine cuando el nuevo modelo se ha implementado totalmente.

IV. Ejecución de la medida de seguridad

La medida de seguridad tiene su sustento en la peligrosidad del sujeto activo. En este caso se sanciona a la persona que siendo su conducta típica, antijurídica es inimputable o imputable relativo. El inimputable no tiene la capacidad para entender la ilicitud de su acto, sin embargo es objetivamente peligroso para la sociedad por eso se le impone la medida de seguridad. Es de reiterar que la Ejecutoria Suprema R.N. N° 104-2005-Ayacucho de dieciséis de marzo de dos mil cinco con carácter vinculante ha realizado precisiones respecto de esta medida.

Clariá Olmedo dándole relevancia a la ejecución, dice que la finalidad de las medidas de seguridad es la de eliminar la peligrosidad a través de un tratamiento

(114) Artículo 380.- Nulidad o revocación de una resolución apelada sin efecto suspensivo

La nulidad o revocación de una resolución apelada sin efecto suspensivo, determina la ineficacia de todo lo actuado sobre la base de su vigencia, debiendo el juez de la demanda precisar las actuaciones que quedan sin efecto, atendiendo a lo resuelto por el superior.

progresivo de curación, educación y corrección, y que no cabe duda de que el tribunal de la ejecución debe intervenir también para resolver sobre su cese a través de los informes y dictámenes que le permiten el debido contralor(115).

El Código Penal en su artículo 71 señala dos clases: internación; y tratamiento ambulatorio. El artículo 72 establece los requisitos. En principio que el agente haya realizado un acto previsto como delito y que del hecho y de la personalidad del agente pueda deducirse un pronóstico de comportamiento futuro que revele una elevada probabilidad de comisión de nuevos delitos. Aquí entran a tallar los exámenes realizados por peritos de tal forma que se pueda establecer objetivamente su pronóstico de peligrosidad. Sin embargo, la medida no puede aplicarse en forma desproporcionada y que debe atender a la peligrosidad delictual del agente, la gravedad del hecho cometido y los que probablemente cometiera si no fuese tratado.

La internación es un régimen por el que se ingresa al inimputable a un centro hospitalario con fines terapéuticos esto es de tratamiento, pero también de custodia, es decir un régimen cerrado, privado de su libertad, y esto se aplicara cuando hay el peligro que el inimputable cometa delitos graves. El parámetro para establecer la duración de la medida de seguridad es la pena hipotética que se le hubiese impuesto. Existe una exigencia de controlar el tratamiento por eso la autoridad encargada de la medida cada seis meses deberá remitir al Juez una pericia médica a fin de darle a conocer si las causas que hicieron necesaria la aplicación de la medida han desaparecido. Si se diera esto último el juez hará cesar la medida de internación impuesta.

La otra medida de seguridad es más flexible y es el tratamiento ambulatorio que se aplicará conjuntamente con la pena al imputable relativo que lo requiera con fines terapéuticos o de rehabilitación, es decir para contribuir en su regeneración.

Si se tuviera que aplicar al imputable relativo una medida de internación o a un toxicómano o alcohólico imputable, el juez dispondrá que ella tenga lugar antes de la pena y ese periodo se computará como tiempo de cumplimiento de la pena.

En la ejecución de las medidas de seguridad conforme al artículo 492.2 del NCPP, el Juez Penal examinará, periódicamente, la situación de quien sufre una medida de internación. Se fija un plazo no mayor de seis meses entre cada examen para decidir lo necesario previa audiencia y teniendo a la vista

(115) CLARIÁ OLMEDO, Jorge. Ob. cit., Tomo II, p. 267.

el informe médico del establecimiento y del perito. La decisión tendrá como finalidad cesar o continuar con la ejecución de la medida, incluso de acuerdo a la recomendación médica pude ordenar la modificación del tratamiento.

Si el juez tiene un informe del médico que trae como conclusiones que desaparecieron las causas que motivaron la aplicación al sujeto de la medida de seguridad, dispondrá la sustitución o cancelación de aquella.

V. La ejecución civil

1. Tratamiento de la jurisprudencia vinculante de la ejecución de sentencia según el Código de Procedimientos Penales de 1940

La Ejecutoria Suprema Vinculante R.N. N° 2476-2005[116] de Lambayeque del veinte de abril de dos mil seis estableció que las reglas jurídicas estaban contenidas entre el considerando cuarto al séptimo:

> **"Cuarto:** Que el artículo sesenta y uno del Código Penal, invocado por el citado encausado y por el Superior Tribunal, exige que haya transcurrido el plazo de prueba y que el condenado no haya cometido nuevo delito doloso ni infringido de manera persistente y obstinada las reglas de conducta establecidas en la sentencia; que, en cuanto al cómputo del indicado plazo, es de tener presente el artículo trescientos treinta del Código de Procedimientos Penales, que establece que la sentencia condenatoria, como en el presente caso, se cumplirá aunque se interponga recurso de nulidad, salvo los casos en que la pena sea la de internamiento, relegación, penitenciaría o expatriación; que ello significa que, salvo esas penas, la impugnación contra una sentencia condenatoria no es suspensiva y, por consiguiente, se ejecuta provisionalmente conforme a sus propios términos, lo que por lo demás reitera el artículo doscientos noventa y tres del Código de Procedimientos Penales y, en tal virtud, obliga al órgano jurisdiccional a disponer lo conveniente para que sus disposiciones se ejecuten cumplidamente mientras se absuelva el grado, lo que significa que deberá instarse el cumplimiento de las reglas de conducta, las penas que no son objeto de suspensión y el pago de la reparación civil, en tanto que para tales cometidos la competencia del órgano jurisdiccional

(116) Jurisprudencia Sistematizada de la Corte Suprema del Perú. Editado por Comisión Europea. Jusper, Poder Judicial, 2008, edición digital.

> de ejecución no está suspendida; que, por consiguiente, en el caso de autos ese primer requisito se ha cumplido, pues la sentencia de primera instancia se emitió el treinta de octubre de dos mil uno y el periodo de prueba venció el veintinueve de octubre de dos mil cuatro".

Un aspecto a señalar es que la sentencia condenatoria se cumplirá aunque se interponga recurso de nulidad, salvo los casos en que la pena sea la de internamiento, relegación, penitenciaría o expatriación. Es decir que la impugnación contra una sentencia condenatoria no es suspensiva y se ejecuta provisionalmente conforme a sus propios términos y el órgano jurisdiccional está obligado a ejecutar la sentencia mientras se absuelva el grado, y en concreto debe exigir el cumplimiento de las reglas de conducta, las penas que no son objeto de suspensión y el pago de la reparación civil. Esta regla se sujeta a lo establecido por el artículo 293 del Código de Procedimientos Penales que dice que el recurso de nulidad no impide que se cumpla la sentencia expedida por el Tribunal, salvo lo dispuesto en los artículos 330 y 331.

Como regla jurídica tenemos que la interposición del recurso de nulidad no interrumpe la ejecución de la pena ni el cobro de la reparación civil.

Sobre el tema reparativo podemos precisar que la ejecución del pago debe hacerse aplicando supletoriamente el Código Procesal Civil, con intervención del fiscal provincial y del actor civil. La finalidad es poder resarcir el daño causado al agraviado. Igualmente para la ejecución forzosa del pago de la multa y de la venta o adjudicación de bien comisado se aplicará, en lo pertinente, las normas del Código Procesal Civil.

Un problema que sale a la luz en la etapa de ejecución es respecto de si hay necesidad que el agraviado se haya constituido en actor civil, previamente para poder intervenir activamente en la ejecución.

La respuesta la ha dado el Supremo Tribunal en la Ejecutoria Suprema vinculante R.N. N° 1538-2005 de Lima del veinte de junio de dos mil cinco al considerar, que si el agraviado no se constituyó en parte civil en el proceso, este no es impedimento para actuar dentro del proceso de ejecución cuando existe reparación civil a su favor. La constitución en parte civil tiene sentido en cuanto permite a la víctima la intervención procesal para perseguir una indemnización que solo puede ser definida en sentencia firme de condena. Si en ejecución se exige ese requisito se estaría afectando el derecho a la tutela jurisdiccional garantizado por el artículo 139 apartado 3 de la Constitución.

Ahora el Supremo Tribunal cuando señala que tampoco es impedimento del cobro el hecho que el agraviado haya promovido un juicio civil, habilita

a las víctimas para que impulsen sus pretensiones reparatorias en dos vías y estaríamos frente a un problema de doble juzgamiento respecto de una misma pretensión indemnizatoria; lo que nos parece contraproducente porque si bien se establece que debe tenerse en cuenta lo declarado en sede civil; sin embargo contribuimos a una actitud pragmática en los justiciables, en cuanto a sus pretensiones reparatorias, haciendo trabajar doblemente sobre un mismo objeto a los órganos jurisdiccionales. Debe tenerse en cuenta que si bien los agraviados tienen el derecho a la tutela jurisdiccional, y el acceso a la justicia; también debe observarse que el orden jurídico no ampara el abuso de derecho. En el NCPP se señala que cuando la víctima se ha constituido en actor civil, que es la nomenclatura empleada, hay impedimento de presentar demanda indemnizatoria en la vía extrapenal (art. 106). Sin embargo, si el actor civil se desiste como tal antes de la acusación fiscal, no tiene prohibición para ejercer la acción civil. Siendo justos en reconocer también que la víctima a veces acude a la vía civil porque muchas veces en lo penal se fijan reparaciones civiles irrisorias.

En conclusión consideramos que es correcta la regla jurídica en el sentido de facilitar en ejecución el resarcimiento del daño del agraviado evitándole colocarle más trabas, toda vez que su pretensión indemnizatoria como objeto civil ya ha sido resuelta y que si bien la ejecutoria vinculante está referida al Código de Procedimientos de 1940 no vemos inconveniente para aplicarla al NCPP por su razonabilidad.

2. Incautación y comiso

El comiso implica la desposesión definitiva de un bien que sea efecto o instrumento del delito. Como antecedente tenemos la Ley N° 28008 de delitos aduaneros que en su artículo 22 dice que el juez resolverá en la sentencia el decomiso de las mercancías incautadas, de los instrumentos con que se hubiere ejecutado el delito aduanero y las ganancias obtenidas por la comisión de los delitos tipificados en la ley. Asimismo, se procederá a incautar aun cuando las mercancías o instrumentos hayan sufrido transformaciones.

Si el bien no se encuentra asegurado judicialmente, el artículo 491.1 del NCPP dispone que el Juez de la Investigación Preparatoria decidirá respecto de su aprehensión. A los bienes comisados se le dará el destino que corresponda según su naturaleza, conforme a las normas de la materia. En caso de lavado de activos o tráfico de drogas corresponde coordinar con la Conabi (Comisión Nacional de Bienes Incautados) que ha asumido competencia que antes tenía la Oficina Ejecutiva de Control de Drogas - Ofecod.

En la legislación penal aduanera, el artículo 23 de la Ley N° 28008 señala que la administración aduanera es la encargada de la adjudicación o destrucción de las mercancías e instrumentos provenientes de estos delitos. El presupuesto para la disposición es que la sentencia tenga la calidad de consentida o ejecutoriada la sentencia condenatoria y resuelto el decomiso de las mercancías y de los instrumentos con los que se hubiere ejecutado el delito, previa notificación de esta, se adjudicarán las mercancías o instrumentos a las entidades del Estado, los gobiernos regionales, municipales y a las instituciones asistenciales, educacionales, religiosas y otras sin fines de lucro oficialmente reconocidas. También se dispone en ejecución, destruir mercancías que carecen de valor comercial; sean nocivas para la salud o el medio ambiente; atenten contra la moral, el orden público y la soberanía nacional; bebidas alcohólicas y cigarrillos; y prohibidas o restringidas.

Si existiesen bienes no sujetos a comiso, estos serán devueltos a quien se le incautaron y como presupuesto es la firmeza de la sentencia, que debe entenderse como una absolutoria. Si los bienes fueron entregados en depósito provisional, se notificará al depositario la entrega definitiva para que se realice la devolución (art. 491.2 del NCPP).

En el caso de bienes incautados del condenado que no fueron objeto de comiso, esto es por haberse determinado que no eran efectos del delito por ejemplo. sí podrán ser inmediatamente embargados para hacer efectivo el cobro de las costas del proceso y de la responsabilidad pecuniaria y civil declarada en la sentencia (art. 491.2).

VI. Sentencia y falsedad instrumental

Es conocido que cuando en sentencia penal se declara la falsedad de un documento público, y el afectado solicita la nulidad del documento falso, en la vía penal para poder paliar sus efectos y eliminar la nocividad de estos instrumentos, se le dice que acuda a la vía civil lo cual es una afectación a la tutela procesal efectiva y a la celeridad procesal. La vía empleada era utilizando con el viejo Código de 1940 las reglas de la restitución de los bienes que provienen del artículo 93[117] del Código Penal. En el NCPP la regla es expresa ya que el artículo 495.1 dice que cuando una sentencia declare falso un instrumento público, corresponderá al Juez de la Investigación Preparatoria ordenar

(117) Artículo 93.- La reparación comprende: 1. La restitución del bien o, si no es posible, el pago de su valor; y 2. La indemnización de los daños y perjuicios.

que el acto sea reconstruido, suprimido o reformado y si fuera el caso, ordenará las rectificaciones registrales que correspondan.

Todos los códigos se ocupan en forma expresa de la ejecución de los pronunciamientos que declaran una falsedad instrumental referida a los documentos públicos sobre los que ha recaído la conducta juzgada. Es una restitución específica que no implica la devolución material del objeto secuestrado.

Clariá Olmedo dice que cuando hay sentencia que declara la falsedad ordenará que el instrumento sea reconstruido, suprimido o reformado según sea el sentido de esta declaración de falsedad(118). Si el documento es público debe ser reconstruido cuando el verdadero hubiere sido suprimido o destruido, en todo o en parte. Ser suprimido cuando se hubiere construido un documento totalmente falso. Será reformado cuando el documento verdadero hubiere sido adulterado por supresiones, agregados o sustituciones parciales(119).

1. Consecuencia cuando se ha extraído un documento de archivo

En este caso, en el derecho procesal argentino se contempla el caso en que el instrumento público haya sido extraído de un archivo. Entonces corresponderá restituirlo a este, poniéndose en cada una de sus hojas una nota marginal explicativa de la operación y agregándose también para el archivo copia autenticada de la sentencia que declaró su falsedad total o parcial y los datos de identificación del tribunal, fecha, expediente y firma de los jueces que intervinieron en el fallo(120).

En esta línea el artículo 495. 2 del NCPP señala que si documento ha sido extraído de un archivo, será restituido a él, con nota marginal en cada página, y se agregará copia de la sentencia que hubiera establecido la falsedad total o parcial. De esta forma se pretende que este nuevo documento tenga la eficacia jurídica que le hubiese correspondido al original.

2. Documento en protocolo notarial

Sobre este tópico en la doctrina se dice que tratándose de instrumentos privados u otros procedimientos protocolizados o de los que integran el protocolo, debe hacerse una anotación en la matriz inserta en el protocolo, y también en los testimonios que hubieren presentado al tribunal o en el registro respectivo.

(118) CLARIÁ OLMEDO, Jorge. Ob. cit., Tomo II, p. 291.
(119) Ibídem, p. 292.
(120) Ídem.

Se trata de una consignación marginal por lo que se dejará constancia clara y sintética de la manifestación hecha en la sentencia que declaró la falsedad[121].

Artículo 495. 3 del NCPP en esta orientación prescribe que si trata de un documento protocolizado, la declaración hecha en la sentencia se anotará al margen de la matriz, en los testimonios que se hayan presentado y en el registro respectivo. Esta norma tiene que compatibilizarse con las correspondientes al Derecho notarial pues sabido es que el notario es uno de los depositarios de la fe pública.

VII. Tercerías en ejecución

El juez civil es competente para conocer de la incidencia promovida por un tercero que alegue la propiedad de los bienes embargados. A él se le remitirá para conocimiento de la petición de tal forma que con su formación especializada pues resolver la controversia, manteniendo la retención del bien el Juez de la Investigación Preparatoria (art. 496.1 del NCPP). Sin embargo como es un tema específico patrimonial no veo complicación que un Juez Penal pueda ser capacitado en esta materia como está previsto, por ejemplo, en la legislación respecto a la extinción de dominio vinculado a delito de lavado de activos. En este proceso hay intervención del fiscal provincial en lo civil como parte. Sin son delitos en agravio del Estado la norma no prohíbe la intervención de las procuradurías públicas.

(121) Ídem.

Capítulo III
Las costas

I. Concepto

En sentido económico amplio son la totalidad de los gastos económicos que se produzcan en la sustanciación de un proceso, sea quien sea el que los sufrague[122]. Su configuración no está condicionada a quien corresponda pagarlas.

Para Lino Palacio se denominan costas a las erogaciones o desembolsos que las partes se ven obligadas a efectuar como consecuencia directa de la tramitación del proceso, y dentro de él, como son el sellado de actuación, el impuesto de justicia, los honorarios de los abogados y procuradores o de los peritos, etcétera. Hace una referencia que antiguamente los gastos judiciales se dividían en **costas** y **costos***,* según se tratase de **gastos fijos** (papel sellado, remuneración de los actuarios) **o a fijarse** (honorarios de los profesionales intervinientes). Tal distinción no perduró en la práctica ni fue consagrada en las leyes actuales[123].

Fue Chiovenda quien expuso el verdadero fundamento de la condena en costas al vencido al expresar "que la justificación de este instituto encuéntrase en que la actuación de la ley no debe representar una disminución patrimonial para la parte en favor de la cual se realiza, siendo interés del comercio jurídico que los derechos tengan un valor posiblemente puro y constante"[124].

1. Clasificación

En la doctrina germánica según Alcalá-Zamora Torres y Alcalá-Zamora Castillo, *La condena en costas*, Madrid, 1930 citado por Faire, se clasifican las "costas" en judiciales crearían una relación de Derecho público, y extrajudiciales o de las partes de Derecho privado. Las judiciales se integrarían a su

(122) FAIRÉN GUILLÉN, Víctor. Ob. cit., p. 547.
(123) PALACIO, Lino Enrique. *La prueba en el Proceso Penal*. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2000, p. 248.
(124) Ídem.

vez por dos partidas: las percibidas por el Estado de las partes, las "tasas arancelarias", fijadas según la cuantía del asunto y clases de la actividad procesal y otro, las percibidas por el Estado a título de ejecución de actos procesales, pago de viajes a los funcionarios judiciales que hayan de desplazarse. Las costas extrajudiciales son las retribuciones, libres o por arancel, de abogados y procuradores –más las indemnizaciones a testigos y honorarios de peritos, si no pagare el Estado[125]–.

Las costas en el NCPP son un cargo pecuniario contra el vencido en juicio que en el proceso penal sería el condenado también respecto de un incidente de ejecución como lo señala el artículo 497.1.

Corresponde al juez pronunciarse de oficio, esto es sin necesidad que se lo soliciten y con fundamentación respecto del pago de costas (art. 497.2). Si bien como regla general las costas están a cargo del vencido sin embargo el Juez puede motivadamente eximirlo, total o parcialmente (art. 497.3).

La decisión sobre las costas puede ser apelada autónomamente siempre que se pueda legalmente recurrir la resolución principal que la contiene y por la vía prevista para ella, conforme lo señala el artículo 497.4 del NCPP.

Hay una excepciona legal para imponer las costas y son en los procesos por faltas, inmediatos, terminación anticipada y colaboración eficaz. En las querellas o procesos por ejercicio privado de la acción penal no hay costas si se culmina por transacción o desistimiento.

2. Composición de las costas

Los elementos constitutivos de las costas en la legislación comparada los podemos ver en el artículo 241 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de España que dice que las costas consisten en:

El pago de los derechos de arancel (tasas).

El pago de los honorarios devengados por los abogados y peritos.

Las indemnizaciones correspondientes a los testigos que las hubieren reclamado, si fueren de abono, y en los demás gastos que se hubieren ocasionado en la instrucción de la causa.

(125) FAIRÉN GUILLÉN, Víctor. Ob. cit., p. 549.

El artículo 533 del Código Procesal Penal argentino establece que la composición de las costas es la siguiente:

1. En el pago de la tasa de justicia.

2. En los honorarios devengados por los abogados, procuradores y peritos.

3. En los demás gastos que se hubieren originado por la tramitación de la causa.

El Código Procesal Penal chileno hace alusión genérica al contenido de las costas, así el artículo 46 dice que las costas del procedimiento penal comprenderán tanto las procesales como las personales.

El Código Procesal Penal de Costa Rica en el artículo 269 dice que las costas consistirán en:

a) Los gastos originados por la tramitación del procedimiento.

b) El pago de los honorarios de los abogados, de otros profesionales y demás personas que hayan intervenido en el procedimiento.

En el artículo 498 del NCPP se fija el contenido de las costas así:

- Las tasas judiciales, en los procesos por delitos de acción privada, o cualquier otro tributo que corresponda por actuación judicial. Estos aranceles son regulados cada año por el Poder Judicial y tiene como base la unidad de referencia procesal que a su vez se calcula de un 10 % de la Unidad Impositiva Tributaria.

- Los gastos judiciales realizados durante la tramitación de la causa.

- Los honorarios de los abogados de la parte vencedora, y de los peritos oficiales, traductores e intérpretes, en caso no constituyan un órgano del sistema de justicia, así como de los peritos de parte. Estos conceptos serán objeto de una tabla de montos máximos. Del monto fijado para los abogados según la tabla respectiva, un cinco por ciento se destinará al Colegio de Abogados respectivo para su fondo mutual.

Las etapas procesales en las que es posible fijar costas la señala el artículo 498.3 del NCPP cuando se refiere a las actuaciones de la investigación preparatoria, la ejecución de penas, consecuencias accesorias y medidas de seguridad. En ese tramo se pueden establecer las costas.

En el Código Procesal Civil respecto de estos cargos se emplean dos subtipos: costas y costos. El artículo 410 del CPC señala que las costas están constituidas por las tasas judiciales, los honorarios de los órganos de auxilio judicial y los demás gastos judiciales realizados en el proceso. Mientras que el artículo 411 se refiere a los costos que estén conformados por el honorario del abogado de la parte vencedora, más un cinco por ciento destinado al Colegio de Abogados del Distrito Judicial respectivo para su fondo mutual y para cubrir los honorarios de los abogados en los casos de auxilio judicial. Todos estos conceptos están integrados en las costas en el proceso penal.

3. Entidades y sujetos procesales exentos de costas

La legislación comparada prevé la posibilidad que algún sujeto procesal quede exento de costas como el Código Procesal Penal de Costa Rica que en su artículo 268 dice que no serán condenados en costas los representantes del Ministerio Público, abogados y mandatarios que intervengan en el proceso, no podrán ser condenados en costas con las excepciones de ley, esto sin perjuicio de la responsabilidad civil, penal o disciplinaria en que incurran.

En el Código Procesal Penal chileno en su artículo 50 establece como exentos fiscales, abogados y los mandatarios de los intervinientes en el procedimiento, sin embargo se les podrán sancionar con costas cuando se acredita notorio desconocimiento del derecho o de grave negligencia en el desempeño de sus funciones. El pago puede ser total o parcial fijada en resolución.

Palacio señala que esta exención va en la sentencia y justificado en la existencia de "razón probable o fundada para litigar" que es un concepto amplio y elástico que remite a la conducta del vencido, y que resulta aplicable cuando, por las circunstancias del caso, puede considerarse que el litigante vencido actuó sobre la base de una convicción razonable acerca de la existencia de su derecho. También se ha aplicado la excepción en los casos de cuestiones jurídicas complejas o sobre las que existe jurisprudencia contradictoria, o recientemente modificada, o cuando se trata de la aplicación de leyes nuevas[(126)]. Estas causas pueden ser adoptadas por el juzgador al momento de eximir de costas independientemente de los declarados legalmente exentos de ser condenado con costas.

El NCPP establece un catálogo de instituciones que están exentas de pagar las costas. El artículo 499 las enumera así:

(126) PALACIO, Lino Enrique. Ob. cit., p. 249.

En caso de entidades públicas son los representantes del Ministerio Público, procuradurías públicas del Estado, y los abogados y apoderados o mandatarios de las partes, así como los poderes ejecutivo, legislativo y judicial, el Ministerio Público, los órganos constitucionalmente autónomos, los gobiernos regionales y locales, y las universidades públicas.

Igualmente, la persona que en el proceso penal que obtuvo auxilio judicial en la forma y modo previsto por el Código Procesal Civil. El auxilio judicial penal se entiende para estos solos efectos y supletoriamente rige las disposiciones del Título VII de la Sección Tercera del citado código (arts. 179 al 187).

El artículo 499.3 del NCPP establece un caso especial de imposición de costas y es bajo la premisa, que si se ha acreditado que el denunciante provocó un procedimiento judicial movilizando al aparato fiscal y judicial por medio de una denuncia falsa o temeraria, se le impondrá total o parcialmente el pago de costas. El denunciante puede ser cualquier persona que pone en conocimiento la noticia criminal, y lo que hay que acreditar es el comportamiento doloso de esta cuando se hace referencia a la denuncia falsa y temeraria o si actúa en forma culposa, apresurada o imprudente. El denunciante no siempre es la víctima, por eso se entiende que esta condena en costas va dirigido a esta parte que accionó preliminarmente.

4. Fijación de costas al imputado

En el Código Procesal Penal de Costa Rica, en el artículo 267 regula la fijación de las costas que estarán a cargo de la parte vencida, pero el tribunal podrá eximirla, total o parcialmente, cuando haya razón plausible para litigar. Si son varios los condenados al pago de costas, el tribunal fijará la parte proporcional que corresponda a cada uno, sin perjuicio de la solidaridad que establezca la ley.

La regla para determinar las costas conforme al Código Procesal Penal argentino en el artículo 534 dispone que los honorarios de los abogados y procuradores se determinarán de conformidad a la ley de arancel que es una especie de tabla de los honorarios judiciales pero permite introducir otras factores para el cálculo como el valor o importancia del proceso, las cuestiones de derecho planteadas, la asistencia a audiencias y, en general, todos los trabajos efectuados a favor del cliente y el resultado obtenido.

El artículo 45 del Código Procesal Penal de Chile señala que toda resolución que pusiere término a la causa o decidiere un incidente deberá pronunciarse sobre el pago de las costas del procedimiento.

Como regla general las costas son de cargo del sentenciado declarado culpable incluso dice el NCPP cuando se trate de reserva del fallo condenatorio según el artículo 62 del Código PenaI y cuando son declarados exentos de pena con arreglo al artículo 68 del acotado. También se impondrán costas cuando se dicte contra el inimputable una medida de seguridad (art. 500. 1 NCPP).

Respecto a la proporción de las costas que le corresponden a los sujetos procesales tenemos como referencia el artículo 535 que dice que cuando sean varios los condenados al pago de costas el tribunal fijará la parte proporcional que corresponda a cada uno, sin perjuicio de la solidaridad establecida por la ley civil.

El artículo 500.2 del NCPP fija una regla de proporcionalidad para el pago de las costas señalando:

> Cuando en una sentencia se pronuncian absoluciones y condenas, se establecerá el porcentaje que asumen el respectivo imputado y el que corresponde a los demás condenados conforme al numeral 1 del artículo 500.

Esta regla debe aplicarse en función de delitos distintos, entre más grave mayores las costas del proceso. Así la gravedad es un rasero para fijar la proporción. Esto tiene sindéresis con lo señalado en el numeral 3 del artículo 500 que dice que cuando son varios los condenados por el mismo delito, incluyendo los de reserva de fallo y los exentos de pena o la imposición de medidas de seguridad, responden solidariamente al pago de costas.

Si se prueba que el imputado tiene solvencia económica y ha sido asistido por abogado de oficio, este deberá pagar al Ministerio de Justicia. Esta regla tiene sentido toda vez que los abogados de oficio se ocupan de asesorar imputados que no tienen recursos para poder ejercer una defensa idónea.

II. Costas en absolución

El procesado absuelto tiene como beneficio el no aplicársele costas (art. 501.1); pero hay una excepción y además otros sujetos procesales pasibles de ser condenados a sufragar las costas como son:

- El actor civil, o el querellante particular, según el porcentaje que determine el órgano jurisdiccional, siempre y cuando se acredite de sus actuaciones que han obrado con temeridad o mala fe.

- El imputado cuando hubiese provocado su propia persecución denunciándose falsamente a sí mismo o confesado falsamente el hecho.

Estas reglas también se aplican cuando se dicte el sobreseimiento de la causa o cuando la persecución penal no pueda proseguir al ampararse una cuestión previa o una cuestión prejudicial. Deberá pagar las costas el actor civil si este hubiere instado la iniciación o la continuación del proceso.

Como antecedente tenemos que en el Código Procesal chileno, en el supuesto de absolución y sobreseimiento definitivo establece que el Ministerio Público será condenado en costas, salvo que hubiere formulado la acusación en cumplimiento de orden judicial o cuando el tribunal estime razonable eximirle por razones fundadas (art. 48). En dicho evento será también condenado el querellante, salvo que el tribunal lo eximiere del pago, total o parcialmente, por razones fundadas que expresará determinadamente. Aquí el Ministerio Publico debe ser cuidadoso al acusar, es decir que no puede arbitrariamente desarrollar la persecución penal y al fracasar no quede exento de responsabilidades civiles.

III. Las costas en acción privada

Las acciones privadas por los delitos establecidos por el Código Penal como los que lesionan el honor o la intimidad, emplean los mecanismos del poder judicial para resolver respecto de las imputaciones contra la parte querellada, lo que irroga un gasto al Estado. Las costas respecto de su cobro solo se limitan al supuesto del artículo 136[(127)] del Código Penal, y podemos inferir que se hace esto porque se considera que en este caso el dolo es más intenso. Si hay transacción entonces no habrá lugar el pago de costas (art. 503.1 del NCPP).

Si en el proceso se declara la responsabilidad civil y se impone la reparación civil, el imputado y el tercero pagarán solidariamente las costas, corriendo la suerte con la parte vencida penalmente.

Si no se impone la responsabilidad civil, pagará las costas el actor civil quien es el que generó la querella.

Si la acción civil no puede proseguir, cada parte soportará sus propias costas.

(127) Artículo 136.- Difamación o injuria encubierta o equívoca

El acusado de difamación o injuria encubierta o equívoca que rehúsa dar en juicio explicaciones satisfactorias, será considerado como agente de difamación o injuria manifiesta.

Si el querellante hizo abandono del proceso entonces deberá ser condenando en costas por los gastos en que incurrió la otra parte, así como el Estado (art. 503 NCPP). Esto tiene lógica puesto que el emplazamiento con una querella ocasiona gastos al querellado como tasas o los honorarios de los abogados y si el demandante hace abandono de la causal se le debe imputar las costas del proceso para que las pague.

IV. Costas en incidentes de ejecución y recursos

1. Costas en incidentes de ejecución

Cuando un sujeto procesal promueve un incidente si es que le fuera desfavorable pagará las costas. Si le fuera favorable quien le hizo oposición será quien las asuma en la proporción fijada por el juez. Si nadie se opuso y el que promovió incidente obtuvo resolución favorable no se impondrán costas (art. 504.1 NCPP). Como regla general paga la parte que promueve el incidente o la que se opone pero siempre que la decisión final les haya sido desfavorable.

Si hubo apelación pero no tuvo éxito, el apelante pagará las costas. Esta regla también opera si se desistió del recurso. Si gana el recurso, las costas se impondrán a quien se opuso a su pretensión impugnatoria, en la proporción que fije el órgano jurisdiccional. Si no medió oposición al recurso que ganó el recurrente, no se impondrán costas (504.2). La parte perdedora paga las costas.

La fijación de costas se establece por instancias conforme el artículo 505.1, pero si la resolución de segunda instancia revoca la de primera instancia, la parte vencida pagará las costas de ambas instancias. Este criterio se aplica también para lo que resuelva la Corte Suprema en el recurso de casación. El perdedor pagará las costas de cada instancia.

Cuando corresponda distribuir el pago de costas entre varios sujetos procesales, el órgano judicial fijará con precisión el porcentaje que debe sufragar cada uno de los responsables, sin perjuicio de la solidaridad (art. 501.2 NCPP).

El artículo 501.3 fija criterios para establecer la proporción de los porcentajes y precisa que se atenderá especialmente a los gastos que cada uno de ellos hubiere provocado, a su conducta procesal, y al resultado del proceso o incidente en proporción a su participación procesal y a las razones para litigar.

2. Liquidación de costas

La liquidación entendida como cálculo conforme al artículo 506.1 del NCPP será realizada por el Secretario del órgano jurisdiccional, después de quedar firme la resolución que imponga las costas o la que ordena se cumpla lo ejecutoriado. Este acto del secretario judicial deberá tomar en cuenta todos los rubros que están señalados y la resolución es inimpugnable.

Cuando hay observación el juez correrá traslado a la otra parte por tres días. Si hay absolución se conferirá traslado al primero por tres días y con su absolución o sin ella, el juez de la investigación preparatoria resolverá. La decisión que adopte puede ser apelada sin efecto suspensivo. Es competente para conocer del recurso la Sala Penal Superior que absolverá el grado, sin otro trámite que la vista de la causa. Las partes podrán asistir para hacer uso de la palabra.

V. Oportunidad de pago

Las costas deben pagarse inmediatamente después de ejecutoriada la resolución que las aprueba. Si hay mora devengan intereses legales, esto es, aquellos establecidos por el BCR (art. 506). El Juez de la Investigación Preparatoria será quien exija el pago de las costas y las resoluciones que expida son inimpugnables.

Las costas se hacen efectivas por el Juez de la Investigación Preparatoria a través del procedimiento de ejecución de suma líquida establecido en el artículo 716 del Código Procesal Civil que dice que si el título de ejecución condena al pago de cantidad líquida o hubiese liquidación aprobada, se concederán a solicitud de parte, medidas de ejecución con arreglo a los criterios sobre medidas cautelares para futura ejecución forzada. Si hubiese bien cautelado, judicial o extrajudicialmente, se procederá con arreglo al Capítulo V que regula la ejecución forzada de los bienes afectados que se realiza por remate o por adjudicación.

VI. Anticipo de gastos

Es conocido que no todas las veces el Estado tiene recursos para ser dispuestos en los gastos que demanden una diligencia, o si los tiene, hay que hacer un trámite que implica más tiempo de lo debido por lo que se requiere el dinero para poder hacer el pago de inmediato. Por celeridad procesal el artículo 507.1 del NCPP, hace un cargo anticipado a la parte que ofreció una medida

quien debe consignar la suma necesaria para llevar a cabo dicha actuación de acuerdo al estimado que haya sido calculado por el juez. Quien ofreció la medida anticipará el pago con la suma necesaria para la diligencia. Generalmente se hace el depósito en el Banco de la Nación a nombre del juzgado.

Si la parte solicitante está en imposibilidad de sufragar el anticipo del gasto, siempre que sea posible y la medida imprescindible, lo hará el Estado con cargo a su devolución cuando corresponda. Esto implica que se genere un fondo dentro del poder judicial para cubrir estos gastos.

Una figura parecida, pero que va de Estado a Estado, está contemplado en el artículo 156 del Código Procesal Penal de Costa Rica que dice que cuando la cooperación internacional demande gastos extraordinarios, se puede solicitar a la autoridad requirente el anticipo o el pago de los gastos.

Como conclusiones tenemos que la ejecución de sentencia presupone la existencia de una decisión condenatoria; el levantamiento de medidas cautelares en sentencia absolutoria no tiene la naturaleza coactiva, porque tienen que ser realizadas de oficio; la competencia del juez depende de las materias controvertidas en ejecución; el resultado exitoso es determinante para el cálculo de las costas judiciales.

PARTE XIII

LA COOPERACIÓN JUDICIAL EN EL NUEVO PROCESO PENAL. EXTRADICIÓN Y ACTOS DE ASISTENCIA

Capítulo I
Autoridad central y actos de la cooperación judicial

I. Generalidades

La cooperación internacional en la persecución del delito consiste en la colaboración de los Estados para procesar personas involucradas en la comisión de ilícitos. Sirve para el acopio de información y coerción. La base de esa cooperación se encuentra en los tratados internacionales suscritos por los Estados y en su defecto por el principio de reciprocidad; esto es, que a falta de base normativa, rige la obligación de los Estados de brindarse recíprocamente colaboración. El marco de fondo son los derechos humanos que limitan la facultad punitiva de los Estados.

El fenómeno de globalización de las economías, y la formación de una aldea internacional crean el escenario donde se desarrolla una criminalidad con esa característica y que obliga a los Estados a apoyarse para combatirla. Por ello la cooperación judicial y sus instituciones son la clave para contribuir en la paz social nacional y mundial.

Esta parte de la obra busca delimitar la forma como operan las instituciones de la cooperación judicial internacional en el NCPP, y el impacto en la jurisprudencia nacional de las instituciones de mayor trascendencia como la extradición tanto en su modalidad activa como pasiva; los actos de asistencia judicial poniendo énfasis en el traslado temporal de detenidos sujetos a un proceso penal o de condenados, cuando su comparecencia como testigo sea necesaria, así como de personas que se encuentran en libertad; el traslado de condenados y entrega vigilada de bienes delictivos. Igualmente respecto a la solicitud de autorización y ejecución de medidas cautelares, tanto personales como reales y cómo es el trámite para su autorización en el país.

El procedimiento que siguen los actos de cooperación para cada institución concreta y cómo operan en sus roles, el fiscal, el imputado, la defensa,

la autoridad central en el trámite, calidad que posee la Fiscalía de la Nación. La actuación de la Corte Suprema y el Poder Ejecutivo; y la intervención del Estado extranjero.

Para la cooperación internacional, el NCPP establece como preceptos generales los siguientes:

Las relaciones de las autoridades peruanas con las extranjeras y con la Corte Penal Internacional en materia de cooperación judicial internacional se rigen por los tratados internacionales celebrados por el Perú y, en su defecto, por el principio de reciprocidad en un marco de respeto de los derechos humanos. La reciprocidad se concibe como la promesa que ante un pedido similar el país beneficiado deberá responder de la misma manera.

Los tratados como fuentes del Derecho internacional público, son la base para que los países suscribientes puedan desarrollar la cooperación judicial. Dentro de esos marcos se realizará el trámite. Sin perjuicio de ello las normas de derecho interno, del NCPP servirán para interpretarlas y se aplicarán en todo lo que no disponga en especial el tratado, cuando exista algún vacío o laguna jurídica (art. 508).

II. La Fiscalía de la Nación como autoridad central

Dentro de un esquema acusatorio, corresponde al Ministerio Público el monopolio de la acción penal, proyectándose no solo en el ámbito nacional, sino en áreas de repercusión internacional, de allí que para la cooperación internacional se le reconoce como autoridad central.

La autoridad extranjera se dirigirá a ella para iniciar los actos de cooperación judicial internacional (art. 512.1 del NCPP). Tiene un rol coordinador y consultivo. La importancia de la Fiscalía de la Nación en este ámbito es de relevancia. En el caso peruano pese a sus limitaciones de logística, los órganos jurisdiccionales siempre han tenido el apoyo de la Fiscalía Suprema[128] encargada de la Cooperación Judicial y su equipo de fiscales.

(128) La responsabilidad ejecutiva la tiene la Fiscal Adjunta Suprema Dra. Secilia Hinojosa Cuba que ha dirigido esta área con eficiencia y diligencia con su equipo de fiscales, lo que puedo dar fe como magistrado.

El NCPP dispone que el Ministerio de Relaciones Exteriores, debe brindar el apoyo a la Fiscalía de la Nación, en sus relaciones con los demás países y órganos internacionales. Interviene en la tramitación de las solicitudes de cooperación que formulen las autoridades nacionales. Si así lo disponen los tratados, recibir y poner a disposición de la Fiscalía de la Nación las solicitudes de Cooperación Judicial Internacional que presentan las autoridades extranjeras (art. 512.2) En la práctica tenemos que el procedimiento se hace sumamente engorroso y debiera pensarse, en la medida que el crimen se ha globalizado, en mecanismos de cooperación judicial directa entre autoridades centrales, es decir de fiscalías a fiscalías.

III. Actos de la cooperación internacional

Los actos de cooperación judicial internacional, sin perjuicio de lo que dispongan los tratados, son los siguientes:

a) Extradición activa o pasiva.

b) Notificación de resoluciones y sentencias. Citación de testigos y peritos con la finalidad que presten testimonio.

c) Recepción de testimonios y declaraciones de personas.

d) Exhibición y remisión de documentos judiciales o copias de estos.

e) Remisión de documentos e informes.

f) Realización de indagaciones o de inspecciones.

g) Examen de objetos y lugares.

h) Práctica de bloqueos de cuentas, embargos, incautaciones o secuestro de bienes delictivos, inmovilización de activos, registros domiciliarios, allanamientos, control de comunicaciones, identificación o ubicación del producto de los bienes o los instrumentos de la comisión de un delito, y de las demás medidas limitativas de derechos.

i) Facilitar información y elementos de prueba.

j) Traslado temporal de detenidos sujetos a un proceso penal o de condenados, cuando su comparecencia como testigo sea necesaria, así como de personas que se encuentran en libertad.

k) Traslado de condenados.

l) Diligencias en el exterior.

m) Entrega vigilada de bienes delictivos.

La Cooperación Judicial Internacional también comprende los actos de asistencia establecidos en el Estatuto de la Corte Penal Internacional y desarrollados en el NCPP (art. 511.2).

Capítulo II
La extradición

I. Definición

Se denomina extradición al acto por el cual un Estado entrega un individuo a otro Estado que lo reclama, con el objeto de someterlo a un juicio penal o a la ejecución de una pena[129]. La idea central es evitar la impunidad por prescripción de la acción penal; y en el caso de la pena, evitar la sustracción.

Si una persona presuntamente responsable de la comisión de un hecho delictivo trata de encontrar refugio en un Estado que no posee jurisdicción sobre él, o en un Estado que no quiera o no pueda procesarla, en virtud de que las pruebas, evidencias y testigos se encuentran en el extranjero, el Derecho Penal internacional ha desarrollado la institución de la extradición. El régimen de extradición participa tanto del derecho internacional como del derecho interno. Las reglas del Derecho internacional no son de orden consuetudinario, sino de orden convencional, como resultado de tratados[130]. Aunque es de tener en consideración que el Derecho consuetudinario es una de las fuentes del Derecho internacional.

La extradición no es una institución de Derecho sustantivo o de fondo, sino de Derecho procesal. Su objeto es posibilitar mediante su entrega, el juicio y el castigo de las personas acusadas o condenadas que se encuentran en un país distinto del que las acusa o las ha condenado. La extradición se funda en la preservación de las soberanías en juego y en el auxilio internacional a ese efecto. Los principios relativos a la extradición regulan la solicitud del delincuente a otro Estado (extradición activa) o su entrega a este (extradición pasiva)[131]. Hay que entender que la extradición como instituto sujeto a requisitos tiene

(129) SOLER, Sebastián. *Derecho Penal argentino.* 10ª reimpresión. Tomo I, Editorial, Tipográfica Editora, Buenos Aires, 1992, p. 235.
(130) GÓMEZ-ROBLEDO VERDUZCO, Alonso. *Derecho Internacional Público. Temas selectos.* 5ª edición, UNAM, México, 2008, p. 101.
(131) NÚÑEZ, Ricardo C. *Manual de Derecho Penal*. 4ª edición, Edit. Córdoba, Córdoba, 1999, p. 86.

naturaleza procesal, de allí que por ejemplo el fracaso de una extradición no significa que la persona es inocente, pues no es una declaración de responsabilidad o irresponsabilidad penal.

En cuanto a la naturaleza de la infracción, la extradición no es por lo general otorgada más que respecto de aquellas conductas que se consideran suficientemente graves como para justificar la entrega de una persona; y se concede únicamente en caso de que el acto por el cual se le requiere, constituya una infracción en el Derecho del Estado requerido y es susceptible de penas comparables (principio de la "doble incriminación")[132].

Puede darse el caso que el Estado requerido se rehúse la extradición si el acto por el cual ha sido demandado ha violado sus propias leyes: este sería el caso cuando la infracción fuera constitutiva de dos delitos distintos o de un "delito internacional", o si constituye un elemento de un "delito complejo" en donde otro elemento puede vincularse al Estado requirente. Pero entonces deberá perseguirlo efectivamente: represión o extradición, es una alternativa que se encuentra en varios tratados de extradición (*aut dedere, aut judicare*)[133]. Punir o juzgar. El Estado puede que no encuentre garantías en el otro Estado para extraditarlo pero puede asumir competencia residual para proceder a su juzgamiento.

Su naturaleza jurídica es discutible: algunos la califican como acto de asistencia jurídica (Jiménez de Asúa, Von Liszt), o como una institución de reciprocidad (Garraud), o un contrato de Derecho internacional (Cerezo Mir); no obstante, se trata de un acto que no requiere pacto o contrato y que tampoco exige reciprocidad. La "extradición" es la institución por la cual un Estado, denominado requerido, entrega a otro –el requirente– la persona que le solicita y que se encuentra en su territorio, para que el requirente lo procese penalmente o para que cumpla una condena cuando ya lo ha sentenciado. Se califica de "activa", en relación al país requirente, y de "pasiva", respecto del requerido, que es quién debe hacer la entrega[134].

La doctrina ha establecido las condiciones de procedencia de la extradición[135] y con las condiciones que permiten agruparlos así: a) las que tienen relación con la vinculación que une a los Estados afectados; b) con la calidad

(132) GÓMEZ-ROBLEDO VERDUZCO, Alonso. Ob. cit., p. 102.
(133) Ibídem, p. 102.
(134) GARRIDO MONTT, Mario. *Derecho Penal. Parte general*. Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2001, p. 140.
(135) Es de verse que las condiciones han sido desarrolladas por SOLER, Sebastián. *Derecho Penal argentino.* 10ª reimpresión, Tomo I, Editorial, Tipográfica Editora, Buenos Aires, 1992, p. 236.

del hecho; c) con las circunstancias de la persona cuya entrega se solicita, y d) con la punibilidad del hecho[136].

Las condiciones de vinculación exigen como presupuesto que los Estados intervinientes hayan suscrito tratados y si no lo han hecho, respecto de la aplicabilidad del principio de reciprocidad; la calidad del hecho implica que sean considerados como delitos en ambos países, la denominada doble incriminación, sea de cierta gravedad y debe ser común y no político; las circunstancias tiene que ver por ejemplo cuando los países requeridos se niegan a entregar a sus connacionales, aunque se pueden obligar a juzgarlos en su propio país como lo dispone el artículo 345 del Código de Bustamante, en aplicación del principio de representación sustentado en la solidaridad interestatal: y sobre las condiciones de punibilidad se debe verificar que no se haya juzgado el mismo hecho, o no haya prescrito, o sido absuelto.

II. La extradición en la jurisprudencia

La Corte Suprema en la Extradición Activa N° 49-2005 del 19 de julio de 2005 precisa los requisitos para procederse a la extradición: "principio de legalidad (*nulla raditio sine lege*); de acuerdo con la legislación nacional y tratados internacionales, los delitos materia de extradición deben estar contemplados en un tratado de extradición celebrado por el país requirente como por el país requerido; b) principio de "la doble incriminación" o "principio de identidad de la norma" este principio exige que el hecho imputado al extraditurus, sea considerado delito, tanto en la legislación del país requirente como del país requerido".

La Sala Penal Transitoria en la Extradición Exp. N° 27-2005 Lima, 26 de mayo de 2005 señaló que: "(…) la extradición es un instrumento internacional de Estado a Estado, en virtud del cual mediante un pedido formal, un Estado obtiene de otro la entrega de un procesado o condenado por un delito común para juzgarlo penalmente o ejecutar la pena que se le hubiere impuesto, conforme a las normas preexistentes de validez interna e internacional". La extradición es también considerada como instrumento y tiene cierto sentido porque es una institución de carácter procesal.

Siendo un freno a la extradición la cosa juzgada o *res iudicata* tenemos que la Corte Suprema en la Extradición N° 07-2005-Callao del 7 de febrero de

(136) GARRIDO MONTT, Mario. Ob. cit., p. 141.

2005 independientemente de constatar la doble incriminación, también verificó si en el cuadernillo figuraba alguna resolución por la que el extraditable haya sido absuelto, indultado o amnistiado por el delito materia de extradición; pues no es posible autorizar una extradición si sobre el mismo hecho ya fue juzgado el requerido.

III. Fuentes de la extradición

Se consideran la legislación interna y la externa. En el caso peruano tenemos que está vigente la normativa del NCPP que dejó sin efecto la Ley N° 24710. La externa está constituida por los tratados internacionales, el Código de Bustamante, y los tratados bilaterales sobre extradición.

La Ley N° 24710, que regulaba la extradición antes de la vigencia del NCPP en su primer artículo decía que la persona procesada, acusada o condenada como autor, cómplice o encubridor de algún delito que se encuentra en otro Estado podía ser extraditada a fin de ser juzgada o de cumplir la penalidad que le haya sido impuesta como reo ausente. Según Valle Riestra esta definición fue tomada del anteproyecto de ley uniforme de extradición acuñada en los trabajos preparatorios del III Congreso Penal y Penitenciario hispano-ruso-americano y filipino reunido en Combray Salamanca en 1962(137).

IV. Procedencia

La persona a quien se solicita la extradición debe ser procesada, acusada o condenada como autor o partícipe y que se encuentre en otro Estado, con el fin de ser juzgada o de cumplir la sanción penal que le haya sido impuesta como acusada presente. La norma nacional exige que si hay condena esta debe haber sido realizada en presencia del imputado, toda vez que en el Derecho penal de algunos países extranjeros se contempla la condena en ausencia. Esta situación ha merecido pronunciamiento de la Corte Suprema en la Extradición N° 01-2005-Callao, del 25 de enero de 2005 que denegó la extradición del requerido, por haber sido este juzgado en ausencia. El extraditable Son Jin Yeol era solicitado para que cumpla la sentencia emitida por el Tribunal de Ulsan-Corea, en el proceso que se le siguió por los delitos de fraude, falsificación de valores mobiliarios, y otros. Se señaló que la condena en ausencia atenta contra el principio del debido proceso que comprende, el derecho al

(137) VALLE RIESTRA, Javier. *Tratado de la Extradición*. Tomo I, Editorial Afa, Lima, 2004, p. 5.

juez natural, derecho de defensa, presunción de inocencia, el no ser juzgado en ausencia, *in dubio pro reo*. La única posibilidad de aceptarse la extradición es la que se otorgue garantía que será juzgado nuevamente.

Si se extradita en ausencia de tratado, aplicando el principio de reciprocidad, la Fiscalía de la Nación y el Ministerio de Relaciones Exteriores informarán al Poder Judicial los casos en que tal principio ha sido invocado por el Perú y en los que ha sido aceptado por el país extranjero involucrado en el procedimiento de extradición, así como los casos en que el país extranjero ha hecho lo propio y el Perú le hubiere dado curso y aceptado. La importancia radica en que si hay precedentes de aplicación de la reciprocidad, esto facilitará las opiniones consultivas de la Corte Suprema (art. 513 del NCPP).

La reciprocidad ha tenido cuestionamientos de fondo, como cuando se trató de extraditar al señor León Rupp ya que se trastocaba el principio de legalidad. En este caso el Perú durante la época de Velasco había invocado el tratado de extradición hispano peruano de 1898; y el 21 de junio de 1982 el Gobierno demandó la reciprocidad. La opinión del responsable de la sección extradición del Ministerio de Justicia español decía que la reciprocidad debía pactarse en declaraciones generales complementarias de un tratado o en defecto de este en la declaración austriaca del 13 de julio de 1976 y no caso por caso porque esto constituiría un sencillo procedimiento para burlar la garantía del principio de legalidad(138). Con base en este y otros informes posteriores como el dictamen de la Junta de subsecretarios del Consejo de Ministros fue denegada la extradición de León Rupp.

En la jurisprudencia constitucional tenemos la STC Exp. Nº 4253-2009-PHC/TC Jair Ardela Micchue del 19 de octubre de 2009 que anuló el procedimiento de Extradición porque entre el Perú y Brasil no opera el principio de reciprocidad reconocido en el artículo 37 de la Constitución, pues si bien existe tratado de extradición la Constitución brasileña en su artículo 5 inciso II establece que ningún brasileño será extraditado salvo el naturalizado, es decir que solo existe reciprocidad para extraditar extranjeros. Aquí hay un error del TC puesto que la reciprocidad aplicaría en caso que Perú solicitara la extradición de un peruano y Brasil tendría que proceder a extraditarlo. La reciprocidad no podría ser invocada si se solicitara a Brasil que autorice la extradición de un brasileño a Perú pues tienen prohibición expresa de hacerlo, entonces si Brasil solicitara la extradición de un peruano no tendríamos obligación de autorizar su extradición. Además debe considerarse que se interpuso el hábeas corpus

(138) Ibídem, p. 21.

aduciendo que el nombre del extraditado era distinto al del accionante, lo que se trató de un simple error material, y que se había vencido el plazo de 60 días para que el país requirente formalice la petición de extradición que se verificó no era correcto ya que sí se respetó el plazo.

1. Requisitos de admisibilidad de la petición de extradición

La presentación de la petición de extradición considera requisitos que de ser incumplidos se sancionan con la inadmisibilidad, es decir que pueden ser subsanados dentro del término establecido, caso contrario será rechazada.

Los requisitos son los siguientes:

1. Los requerimientos deben ser acompañados de una traducción al castellano. Esto es importante porque es el Estado requirente quien tiene que dar toda la información para que pueda ser evaluada por el Estado requerido. Imaginemos que llegara una solicitud de Tailandia sin traducción. Sería complicado para las autoridades peruanas evaluar la solicitud. A la inversa recordemos el caso de la extradición solicitada a Japón por el Estado peruano en el caso de Alberto Fujimori, cuya traducción del cuaderno al idioma japonés tuvo serias dificultades.

2. Si la documentación es remitida por intermedio de la autoridad central del país requirente o por vía diplomática, no necesita legalización. Esto implica que son dichos conductos regulares los que le dan garantía de autenticidad a la información remitida.

3. La presentación en forma de los documentos presume la veracidad de su contenido y la validez de las actuaciones a que se refieran. Hay una presunción *juris tantum* que lo enviado es veraz y que puede ser sujeto a contradicción acreditando su falsedad.

4. Corresponderá a la autoridad central, en coordinación con el Ministerio de Relaciones Exteriores, traducir las solicitudes y la demás documentación que envíen las autoridades peruanas a las extranjeras. En el caso peruano la coordinación le corresponde a la Fiscalía de la Nación (art. 509 del NCPP) Esto debe implicar la potenciación de un equipo de traductores de tal forma que no suceda como el trámite de la extradición de Fujimori que por deficiencias del proceso de traducción al idioma japonés, duró bastante tiempo.

V. Determinación de la competencia

1. Reglas

1. La determinación de la competencia del país requirente en las solicitudes de cooperación judicial internacional, salvo en materia de extradición, se estará a su propia legislación.

   Esto implica que el país requirente, según su legislación interna tenga competencia para el juzgamiento de la persona requerida. Puede darse el caso que el delito haya sido cometido en China y lo requiere el Ecuador. Según su legislación puede operar la regla de ubicuidad y sin embargo si los efectos del delito no se han dado en este último, la extradición puede ser rechazada.

2. No será motivo para desestimar la solicitud de cooperación judicial internacional, salvo en materia de extradición, la circunstancia que el delito esté incurso en la jurisdicción nacional.

   Significa que si el Estado requerido también tiene jurisdicción sobre el delito no es razón para que se deniegue la solicitud, salvo que ya se esté procesando a la persona en el país, lo que sería violatorio del *ne bis in idem* si es que se extradita por el mismo hecho. Pero si el Estado no tiene noticias sobre el hecho criminal y por esa razón no se ha podido investigar, o por la inactividad del Ministerio Público, el Estado requirente no tiene por qué verse afectado por esa deficiencia del Estado requerido.

3. Si se requiere la práctica de algunas diligencias con arreglo a determinadas condiciones, su ejecución está condicionada a que no contraríe el ordenamiento jurídico nacional (art. 510 del NCPP). Esta regla es básica porque significa que el Estado requerido resguarda su soberanía expresado en la defensa de su propio sistema jurídico.

   El acto de cooperación debe estar limitado a las reglas del ordenamiento jurídico nacional, por ejemplo la solicitud de confrontar a una víctima de violación sexual menor de edad con el imputado, como acto de cooperación puede ser rechazado.

2. Autoridades intervinientes

Las autoridades que intervienen en la extradición activa o pasiva son:

- El Gobierno, que decidirá por resolución suprema expedida con acuerdo del Consejo de Ministros, previo informe de una comisión oficial presidida por el Ministerio de Justicia e integrada por el Ministerio de Relaciones Exteriores.

- La Sala Penal de la Corte Suprema, que dictará una resolución consultiva, que la remitirá juntamente con las actuaciones formadas al efecto, al Ministerio de Justicia, con conocimiento de la Fiscalía de la Nación (art. 514 del NCPP).

La Corte Suprema solo emite resolución consultiva; pero si lo hace negativamente el Gobierno quedará vinculado a esta decisión (art. 515.1). Si la resolución es favorable a la entrega en caso de extradición pasiva, o procedente para solicitar la extradición a un país extranjero, el Poder Ejecutivo no está obligado, puede decidir lo que considere conveniente, es decir que tiene la decisión bajo su arbitrio.

Capítulo III
La extradición activa

I. Alcances

La representación del Estado hacia la comunidad internacional se canaliza desde el Poder Ejecutivo y la Cancillería. En esta línea para los fines de extradición activa el Ejecutivo, a instancia de la Sala Penal de la Corte Suprema es la institución que debe presentar el requerimiento de un procesado, acusado o condenado al Estado en cuyo territorio, dicha persona se encuentra. La petición deberá sustentarse en tratados o en la regla de reciprocidad[139], o si la legislación del Estado requerido lo permite (art. 525.1 del NCPP). Lo importante de esto es que la intervención de la Corte Suprema es necesaria. El Ejecutivo por sí solo no puede solicitar la entrega de una persona requerida porque si no estaría actuando arbitrariamente.

Es competente para dar inicio a la solicitud de extradición el Juez de la Investigación Preparatoria o el Juez Penal, de oficio o a solicitud de parte. Sin trámite alguno, deberá pronunciarse si procede incoar la extradición.

Si es procedente la resolución judicial de requerimiento de extradición activa deberá precisar lo siguiente con claridad:

- **Los hechos objeto de imputación**. El extraditable debe conocer con claridad cuáles son los hechos delictuosos que le están siendo imputados de tal forma que pueda defenderse y deducir los medios defensivos adecuados.

- **Calificación legal o tipificación**. Esto para que se haga la verificación de la doble incriminación, es decir que en la legislación extranjera el

(139) La Corte Suprema en la Extradición N° 03-2005 de Lima, 1 de febrero de 2005 se consideró procedente la petición de extradición a Japón, del expresidente Alberto Fujimori; pero como no existía tratado de extradición se apeló a la reciprocidad, la que no fue tomada en cuenta por este país dado que denegó la petición. Posteriormente fue concedida por Chile.

hecho imputado tenga la calificación jurídica similar a la del Estado requirente.

- **La conminación penal**. La penalidad conminada puesto que su utilidad es para calcular si procede o no la extradición con base en la pena. Si son penas mínimas en algunos países no procede la extradición.

- **Los elementos** que acreditan la realidad de los hechos delictivos y la vinculación del imputado en estos, como autor o partícipe. Estos son los elementos de convicción y juicio que deben aparejarse a la solicitud de tal forma que haya un sustento mínimo para que proceda la imputación. Una imputación sin estos elementos resulta vacía pues no hay material preprobatorio suficiente.

- **La declaración de ausencia o contumacia**, así como la orden de detención con fines de extradición.

Si el juez desestima la petición de extradición, esta puede ser impugnada ante la Sala Penal Superior, que la resolverá previa audiencia con citación e intervención de las partes que concurran al acto en el plazo de cinco días.

II. Procedimiento

Luego de dictar el auto de requerimiento de extradición activa, formará el cuaderno conteniendo lo siguiente:

- La descripción del hecho punible, con mención expresa de la fecha, lugar y circunstancias de su comisión y sobre la identificación de la víctima, así como la tipificación legal que corresponda al hecho punible. Elementos facticos y calificación jurídica.

- Una explicación del fundamento de la competencia del Estado requirente, y los motivos por los cuales no se ha extinguido la acción penal o la pena. Esto es sumamente importante porque el país requerido realizará la verificación de este requisito, que es común en los tratados de extradición, si ha operado la prescripción.

- Copias autenticadas de las resoluciones judiciales que dispusieron el procesamiento y, en su caso, el enjuiciamiento del extraditado o la sentencia condenatoria firme dictada cuando el extraditado se encontraba presente, así como la que ordenó su detención y/o lo declaró reo ausente o contumaz.

- Copias autenticadas de la resolución que ordenó el libramiento de la extradición.

- Texto de las normas penales y procesales aplicables al caso.

- Los datos conocidos que identifiquen al reclamado, como nombre y apellido, sobrenombres, nacionalidad, fecha de nacimiento, estado civil, profesión u ocupación, señas particulares, fotografías e impresiones digitales, y la información que se tenga acerca de su domicilio o paradero en territorio nacional.

- La prueba necesaria que establezca indicios suficientes de la comisión del hecho delictuoso y de la participación del extraditado (art. 526 del NCPP). Estos elementos deberán sustentar por lo menos una causa probable de comisión de ilícito.

- La prueba que acredita que el procesado ha sido ubicado en el país requerido.

- El Tratado si existiese.

El cuaderno será elevado a la Sala Penal de la Corte Suprema y previo traslado al Fiscal Supremo y a los demás sujetos apersonados, se señalará fecha para la audiencia de extradición que se realizará con los que asistan. Las partes informarán oralmente, empezando por el fiscal y culminando por el abogado del extraditado. La Corte Suprema emitirá resolución consultiva en el plazo de cinco días. Notificada la resolución y vencido el plazo de tres días se remitirá inmediatamente al Ministerio de Justicia si es favorable. Si no lo es se devolverá lo actuado al Juez de la Investigación Preparatoria.

La decisión final de la extradición corresponde al ejecutivo puesto que sabemos que la opinión de la Corte Suprema es consultiva(140). El Gobierno emitirá pronunciamiento por Resolución Suprema la que será aprobada en Consejo de Ministros. Como es necesario que haya opiniones técnicas al interior del Ejecutivo una Comisión presidida por el Ministerio de Justicia e integrada por el Ministerio de Relaciones Exteriores, se pronunciará mediante informe motivado.

(140) Como ejemplo tenemos la Resolución Consultiva en la Extradición N° 38-2009-Lima, 1 de junio de 2009 que establece que de conformidad con lo dispuesto por el inciso 2 del artículo 515 del NCPP concordante con la última parte del inciso 4 del artículo 521 del mismo conjunto de normas. Se incrimina a la requerida haber inducido a error a la agraviada puesto que la habría aseverado que su coinculpada, que residía en España, le podía conseguir un contrato de trabajo, a cambio del pago de la suma de tres mil euros, declararon procedente la solicitud de extradición formulada por el Juez Penal de Lima, a las autoridades competentes del Reino de España.

Si el gobierno accede a la extradición, se dispondrá la traducción del cuaderno si en el país requerido no tiene el mismo idioma castellano. La presentación formal de la extradición corresponderá a la Fiscalía de la Nación con el concurso del Ministerio de Relaciones Exteriores.

En la Jurisprudencia Suprema veamos cómo se hace el recuento de los requisitos para conceder la extradición. En la Extradición N° 26-2009-La Libertad del 30 de abril de 2009 en un caso de delito de robo seguido de muerte se verificó que se había cumplido lo previsto por el artículo 518 del NCPP esto es que se describió el hecho punible, se indicó la fecha, lugar y circunstancias de su comisión, se identificó a la víctima, se realizó la tipificación legal correspondiente al hecho punible, se explicó tanto el fundamento de la competencia, los motivos por los cuales no se extinguió la acción penal o la pena; y se anexó copias autenticadas de las resoluciones judiciales que dispusieron el procesamiento del extraditado y su detención; copias autenticadas de la resolución que ordenó el libramiento de la extradición y el texto de las normas penales y procesales aplicables al caso así como el tratado de extradición y todos los datos conocidos que identifican al reclamado, como su nombre y apellidos, nacionalidad, fecha de nacimiento, estado civil y profesión de acuerdo a la ficha del Registro Nacional de Identidad y Estado Civil que coinciden con las generales de ley. Como conclusión la Corte Suprema declaró procedente la solicitud de extradición activa.

III. Plazo de la extradición en la jurisprudencia constitucional

Se requiere que el procedimiento de extradición se realice dentro de un plazo razonable. En la STC emitida en el Expediente N° 351-96-HC/TC se llegó a determinar que en una extradición que ya había concluido, también era pertinente dejar establecidas algunas reglas claras respecto al accionar de parte de las autoridades durante el trámite de esta. En el fallo se señaló que, si bien carecía objeto pronunciar sentencia sobre el fondo "(…) no puede soslayarse el hecho de que concluida la etapa preliminar de extradición con el pronunciamiento del Juez Penal, su prosecución en otros niveles burocráticos resulta alarmantemente prolongada, máxime si un procesado o imputado goza de la universal presunción de inocencia, y siendo la libertad uno de los más preciados valores del ser humano, su limitación, pese a fundadas razones de orden legal, implica, particularmente en este caso, cuando menos, una falta de sindéresis funcional que obliga a este colegiado a exhortar a los Poderes Judicial y Ejecutivo, en su caso, para que no solo prioricen la atención de casos análogos con la celeridad debida, sin perjuicio de desarrollar –de no existir la

infraestructura indispensable que permita custodiar a los extraditables durante su arresto o detención preventiva– un régimen apropiado a su dignidad personal, bajo la glosada presunción de inocencia".

IV. Límites del juzgamiento del extraditado

En la Competencia N° 02-2003 1 SP del Callao dado el 26 de junio de 2003 la Corte Suprema estableció el siguiente límite:

> "(…) de la revisión de autos se tiene que el encausado Carlos Enrique Cárdenas Guzmán, fue extraditado de la República de Colombia, a solicitud de la Sala Penal de Loreto de la Corte Superior de Justicia de Iquitos, proceso en la que fue condenado por el delito de tráfico ilícito de drogas en agravio del Estado, a veinte años de pena privativa de libertad, por lo que en aplicación del artículo veintitrés de la Ley veinticuatro mil setecientos diez, concordante con el artículo décimo primero del Acuerdo Bolivariano de Extradición, del cual el Perú es parte, el citado acusado no puede ser juzgado por otro delito, sino solo por el que motivó su extradición, estando impedida la Sala Penal del Callao de juzgarlo por los hechos materia de la presente instrucción hasta que dicho país no otorgue su consentimiento (…)".

Esta decisión tiene sindéresis con el fundamento de la extradición activa, esto es la soberanía de Estado requerido, que al autorizar la entrega fija los marcos de imputación para el juzgamiento en el país requirente.

1. Jurisprudencia constitucional. Caso Ernesto Schütz Landázuri, prescripción y extradición

Si la acción penal se ha extinguido por prescripción ya no procede la extradición. Esta razón fue invocada para evitar la extradición por el procesado, Ernesto Schütz Landázuri. Su caso es tratado en la sentencia STC Exp. N° 03681-2010-PHC/TC, ya que Schütz Landázuri solicitó que se declare nula la resolución de la Tercera Sala Penal de Lima que decidió la suspensión de la prescripción de la acción penal con base en que se estaba desarrollando un procedimiento de extradición y había sido declarado reo contumaz. Además solicitó la declaración de nulidad de la ampliación del auto apertorio dictado por el Primer Juzgado Anticorrupción de Lima que le incluye como autor del delito de asociación ilícita para delinquir y cómplice por delito de peculado.

- **Pretensión de la parte demandante**

  Solicitó se declaren nulas las siguientes resoluciones:

  - Auto de fecha 21 de noviembre de 2006 que suspendió los términos rescriptorios dictada por la 3ª Sala Penal.

  - Auto de fecha 1 de octubre de 2001 que amplía la instrucción contra el accionante por delito de asociación ilícita para delinquir y cómplice primario en el delito de peculado por el Primer Juzgado Anticorrupción de Lima.

- **Argumentos del demandante**

  La suspensión se ha dictado sin que exista otra cuestión que deba resolverse en otro procedimiento a pesar que así lo dispone el artículo 84 del Código Penal.

  El auto apertorio ha sido ampliado para incluir asociación ilícita para delinquir. No se condicen con la definición dada por el Tribunal Constitucional respecto de dicho delito y que se ha confundido con la participación delictiva.

- **Contestación**

  El Procurador contesta señalando que el 2006 se suspendió la prescripción porque existía un procedimiento extradicional.

  En cuanto al auto ampliado se sostiene que se ha cumplido con las reglas del artículo 77 del Código de Procedimientos Penales.

- **Decisión por mayoría**

  Este hábeas corpus fue rechazado por la mayoría de magistrados que votaron por declarar improcedente la demanda por la razón que no se había acreditado que las resoluciones cuestionadas tenían la calidad de firme y este supuesto se encuentra en el artículo 4 del Código Procesal Constitucional que dice: "El hábeas corpus procede cuando una resolución judicial firme vulnera en forma manifiesta la libertad individual y la tutela procesal efectiva". En este voto en mayoría como postura singular también se consideró que como había apelado extemporáneamente dejo consentir las decisiones judiciales perdiendo el derecho de acudir a la tutela constitucional.

- **Voto en minoría**

Lo que provocó revuelo en la opinión pública fue el voto en minoría porque se pensó que esta posición podía haberse inclinado a favor del demandante.

Los magistrados han considerado que la resolución de fecha 21 de noviembre de 2006 es firme porque el abogado interpuso apelación y el recurso fue declarado improcedente. En este caso, a diferencia de la posición de mayoría, la minoría razona que la firmeza se da cuando ya no existen otros medios intraprocesales para remover la resolución, es decir cuando adquiere la calidad de cosa juzgada, sin detenerse a reflexionar si esta firmeza se ha obtenido por el consentimiento del afectado, o porque presentó recurso impugnatorio extemporáneamente, o si la resolución fue confirmada por instancia superior. A los miembros del voto en minoría les ha bastado que esta sea firme por la razón que fuese, por lo que se pronunciaron sobre el fondo del petitorio.

La minoría analizó el fundamento de la resolución de la 3ª Sala Superior de Lima que en el octavo considerando señala que, en atención a que el juzgamiento del procesado depende de la extradición y resulta legítimo proceder a suspender el plazo prescriptorio de la acción penal conforme al artículo 84 del CP. Además que el procesado incurrió en causal de contumacia y por ende tiene que soportar sus efectos. En el noveno considerando agrega la 3ª Sala Penal de Lima, que no se le ha restringido su libertad personal de forma arbitraria, y que resulta razonable y compatible con la potestad punitiva del Estado suspender el plazo prescriptorio de la acción penal desde el momento de la declaratoria de contumacia.

La minoría del TC estableció que para que proceda la suspensión de la prescripción debe comprobarse a) si preexiste una cuestión jurídica que impida la iniciación o continuación del proceso; y b) si la decisión del otro procedimiento distinto incidirá sobre el mismo.

Como ejemplo señalaron que en la STC Nº 4118-2004-HC se consideró que la cuestión prejudicial y el antejuicio son causales de suspensión de la prescripción de la acción penal y que la motivación del auto cuestionado de fecha 21 de noviembre de 2006 no es conforme con las norma contenida en el artículo 84 del Código Penal para que legítimamente se declare la suspensión de la prescripción; y que la contumacia no puede ser entendida como otro procedimiento ajeno y distinto al proceso penal.

Agregan los magistrados, otro argumento sustentado en la STC Nº 4118-2004-HC y STC Nº 07451-2005, que han fijado como regla, que tratándose de reos contumaces, los plazos de prescripción se suspenden si es que existen evidencias irrefutables que el acusado rehúye del proceso y hasta que el mismo se ponga a derecho.

Concluyen que la 3ª Sala Penal no ha tenido presente que en la STC Nº 4959-2008-HC se precisó que la Ley N° 26641 que dispone la suspensión de los plazos de prescripción de la acción penal para los reos contumaces, solo puede aplicarse en el caso que no resulte vulneratoria del derecho al plazo razonable.

- **Declaración de contumacia y suspensión de prescripción**

La declaración de reo contumaz o ausente es un requisito para que proceda la extradición activa, y es la condición que tiene Ernesto Schütz. En la Ejecutoria Suprema Extradición N° 14-2005[(141)] del Callao del veinticinco de abril de dos mil cinco se dice lo siguiente:

> "(...) si bien contra el encausado Reyes García se dictó mandato de detención y ha sido ubicado por la Interpol en (…) Japón, el artículo tres del Reglamento de Extradición Activa, aprobado por Decreto Supremo cero cuarenta y cuatro-noventa y tres-JUS, establece que constituye requisito esencial para la admisión de la solicitud que el procesado haya sido declarado reo ausente o contumaz y se haya dispuesto su ubicación y captura, y el artículo sexto del indicado Reglamento estipula que el cuaderno de extradición debe contener copia legalizada del auto de declaratoria de ausencia o contumacia y el mandato de ubicación y captura respectivo".

2. Examen de los argumentos del voto en minoría

Los dos argumentos del voto en minoría podemos resumirlos así:

1. La suspensión cuestionada por Ernesto Schütz Landázuri, ha sido dispuesta fuera de los supuestos establecidos en el artículo 84 del CP.

2. La suspensión ha afectado su derecho al plazo razonable.

(141) Jurisprudencia Sistematizada de la Corte Suprema del Perú. Editado por Comisión Europea, Jusper, Poder Judicial, 2008, edición digital.

La justicia ordinaria ha tenido varias opciones para suspender el plazo, una de ellas ha sido el de la extradición que no es un procedimiento permanente porque tiene un inicio y un fin; entonces lo que habría de determinar es si la resolución de la 3ª Sala Penal contempló por ejemplo la culminación del trámite extradicional. Si ya terminó, la suspensión debe levantarse, si este es el único fundamento; pero de todas formas si la extradición culminó en un rechazo del país requerido, también se tiene la fórmula de suspensión de prescripción por contumacia que es la forma legal de asegurar sustento permanente a la resolución que decide una suspensión de plazo prescriptorio.

A la luz del artículo 84 del CP, se advierte que también puede ser interpretado que un procedimiento extradicional de cuyo resultado depende la continuación del proceso del extraditable resulta razonable para fundamentar la suspensión. La extradición si encuadra en el artículo citado porque es otro procedimiento y de su definición va a determinar si continúa o no el proceso penal por lo que resulta razonable su utilización por la 3ª Sala Penal emplazada.

El TC en la STC Nº 3966-3004-HC/TC ha señalado que la extradición es un instituto jurídico que viabiliza la remisión de un individuo por parte de un Estado, a los órganos jurisdiccionales competentes de otro, a efectos que sea enjuiciado o cumpla con una condena señalada y que los Estados recurren a tales procedimientos en el caso de que un imputado se sustraiga de la acción de la justicia, ocultándose en un país distinto del suyo. El sustraerse de la acción de la justicia constituye, evidentemente, una **conducta obstruccionista del proceso**, tanto más si ello implica salir del territorio del país, obligando así a las autoridades judiciales a recurrir al procedimiento de extradición. Dicha conducta debe ser tomada en cuenta al momento de determinar el plazo razonable del proceso y de la detención, conforme a los criterios expuestos por este Tribunal en la sentencia recaída en el Expediente Nº 2915-2004-HC/TC.

Podemos concluir que la decisión del Tribunal Constitucional de rechazar el hábeas corpus de Ernesto Schütz Landázuri desde una perspectiva procesal constitucional es conforme a su propia doctrina jurisprudencial. La extradición encaja perfectamente como causal de suspensión de plazo prescriptorio y no ha sido analizada a profundidad por el voto en minoría.

3. Extradición y cosa juzgada en la jurisprudencia constitucional

En el Expediente N° 02468-2010-PHC/TC de fecha 28 de noviembre de 2010 el procesado Calmell del Solar señaló que se le estaba violando su derecho a la libertad de tránsito, al debido proceso y del principio de la cosa juzgada porque el Estado peruano fue vencido en el proceso de extradición que

se hiciese en Chile, mediante sentencia expedida por la Segunda Sala Penal de la Corte Suprema de Chile, que lo ha exculpado plenamente de los delitos de asociación ilícita y peculado, resolviendo el fondo de los referidos tipos penales respectivamente y que tiene autoridad de cosa juzgada por lo que es arbitrario que se le siga ordenando su captura a nivel nacional en internacional.

El TC dijo lo siguiente:

> "(…) la decisión que motivó el rechazo del pedido de extradición no constituye una Resolución Judicial Suprema o Ejecutoria Suprema que pueda calificar el hecho como cosa juzgada, pues como ya se indicó, la extradición es un instituto jurídico que viabiliza la remisión compulsiva de un individuo por parte de un Estado a los órganos jurisdiccionales competentes de otro a efectos de que sea enjuiciado o cumpla con una condena impuesta, y el acceder o denegar una extradición no implica una calificación de los hechos que conlleve la exculpación del favorecido, ya que ello es propio de un proceso ordinario".

La extradición solo es un procedimiento para poner a disposición de las autoridades judiciales a un procesado o condenado. Si bien se califica los hechos y la tipificación como reglas de validación de la extradición, su denegatoria no significa que ya operó la cosa juzgada en el Estado requirente, pero sí en el Estado requerido. Allí sí sería viable el hábeas corpus si es que ante un nuevo intento de solicitar la extradición activa y Chile la autorizara, cuando ya había tomado una decisión en una petición anterior; salvo que existiesen otros cargos contra él que sí pueden ampararse autorizando la extradición.

4. Ampliación de extradición activa en la jurisprudencia suprema

La sujeción a los delitos por el cual fue extraditado un requerido no impide que se amplíe la solicitud de extradición. Así en la Extradición N° 56-2003 del diecisiete de octubre de dos mil tres respecto de un encausado que fue extraditado desde los Estados Unidos por los delitos de cohecho pasivo propio, cohecho pasivo impropio y encubrimiento real. Posteriormente, advirtiendo evidencia del delito concusión, en la modalidad de colusión desleal resulta necesario acudir a la asistencia judicial internacional, vía ampliación de extradición activa, correspondiendo a las autoridades judiciales de Estado Unidos de América, autorizar que el referido *extraditurus* sea encausado por nuevos hechos del delito aludido.

La Corte Suprema en la Extradición Exp. N° 041-2005, Lima, cinco de julio del dos mil cinco respecto de la petición de ampliación de extradición activa

contra Víctor Alberto Venero Garrido imputado por haber efectuado el cobro de comisiones ilegales, respecto a los contratos o provisiones de bienes de las Fuerzas Armadas, constituyendo dichas comisiones grandes sumas de dinero que provenían de actividades ilícitas, que alimentaban las cuentas millonarias del procesado Vladimiro Montesinos Torres, efectuando luego Venero Garrido compromisos con Montesinos Torres para realizar actos de ocultamiento de dichas sumas de dinero, y para ello, logró que se efectúen depósitos a favor de dicho procesado en sus cuentas bancarias, bajo el concepto de honorarios profesionales de empresas extranjeras, para cuyo efecto Venero Garrido impartió ordenes al procesado Juan Valencia Rosas, quien a través de parientes y amigos personales consignó que estos actúen como testaferros, creando empresas denominadas "off shore" en el extranjero. Señala el Tribunal Supremo que constituye principio constitucional que rige la extradición, el *ne bis in idem*, consagrado como causal de denegatoria de extradición en el apartado a) del inciso uno del artículo IV del Tratado de Extradición celebrado entre los gobiernos del Perú y los Estados Unidos suscrito el veinticinco de junio de dos mil uno y vigente desde el veinticinco de agosto de dos mil tres y se ha verificado que por petición de otro juzgado el Estado requerido concedió la solicitud de extradición por lo que resolvió declarar improcedente la petición de ampliación.

La Ejecutoria Suprema R.N. N° 3076-2003, Lima, 17 de noviembre de 2003 respecto a los agravios expresados por la encausada quien sostiene que con fecha 5 de enero de 2002 el Departamento de los Estados Unidos de América hizo entrega de la citada, con la condición de que no sea procesada por otros hechos que no sean materia de extradición, siendo estos, los delitos de encubrimiento personal, real y asociación ilícita, motivo por el cual para ser procesada por otro delito se requiere la autorización respectiva al estado requirente, de conformidad a la Convención Anticorrupción de Venezuela. La recurrente haciendo uso del artículo cuarto parágrafo a) del Código de Procedimientos Penales, modificado por el Decreto Legislativo ciento veintiséis, promovió la cuestión prevía, amparándose en que el delito de peculado no debía ser materia de investigación judicial por no haber autorizado el gobierno de los Estados Unidos de América, cuando se promovió su extradición y esta fue declarada procedente respecto a los delitos encubrimiento personal, real y asociación ilícita por la que solo puede seguirse la investigación y no el de peculado declarando fundada la cuestión previa. Este medio de defensa técnico procede cuando existe un requisito procesal que debe cumplirse para promover la acción penal y en el razonamiento de la Corte Suprema tenemos que se debió seguir el trámite de ampliación de la extradición para poder lograr la autorización por el delito de peculado, por lo que hacerlo sin dicha autorización constituye una violación del debido proceso.

V. Arresto provisorio en extradición activa

La extradición se da generalmente en un contexto de urgencia o peligro de fuga por lo que se hace necesario previo al trámite, se solicite el dictado de medida cautelar de arraigo. Para ello sirve la figura del arresto provisorio (art. 527 del NCPP). El juez podrá solicitar al Estado requerido, directamente con conocimiento de la Fiscalía de la Nación y a través de la Interpol, dicte mandato de arresto provisorio con fines de extradición. Podrá ampararse en un tratado si existiese, o el principio de reciprocidad.

La solicitud deberá estar acompañada de la resolución conteniendo el requerimiento de arresto provisorio, la orden de detención o de la sentencia condenatoria. Datos del delito y datos del reclamado. Además el compromiso de iniciar la demanda formal de extradición.

Paralelamente el juez debe iniciar el trámite para formar el cuaderno de extradición, toda vez que si la persona es arrestada empieza a correr los plazos señalados en los tratados para enviar la petición extradicional, generalmente son de 60 días. La burocracia interna puede retrasar el envío de la extradición por lo que se requiere que el procedimiento sea acelerado.

El mandato de arresto provisorio también podrá solicitarse conjuntamente con la demanda formal de extradición, acompañando los documentos. Si esto es así el pedido corresponde formularlo a la Sala Penal de la Corte Suprema y deberá ser objeto de pronunciamiento específico en la Resolución Suprema expedida por el Poder Ejecutivo. Esto tiene algún sentido cuando hay evidencias que está la persona en el Estado requerido; pero no hay precisiones respecto de su ubicación. Si llega la petición formal, el juez del país requerido dará tramite a la medida de arresto y luego el de la extradición que por su naturaleza es de mayor complejidad. El juez tiene la facultad de arrestar, mientras que la decisión consultiva para aceptarla la tiene la Corte Suprema y la última palabra como ha sido la tradición jurídica de la extradición, el Poder Ejecutivo.

Capítulo IV
La extradición pasiva

I. Característica

La solidaridad interestatal se manifiesta cuando una persona procesada, acusada o condenada como autor o partícipe de un delito cometido en un país extranjero y que se encuentra en territorio nacional, en la condición que sea, puede ser extraditada a fin de ser investigada o juzgada o para que cumpla la sanción impuesta como reo presente. Los Estados cooperan entre sí para evitar la impunidad por los delitos cometidos, y que el país donde se encuentra el reo no sea utilizado como refugio de criminales.

El Estado requerido deberá será cuidadoso en cuanto a tener evidencias claras que el Estado requirente garantice los derechos fundamentales del procesado. Puede darse el caso que un tercer Estado haya denegado la extradición por lo que el Estado requerido se informará de los motivos de esa denegatoria, para detectar que no haya sido por implicancia política (art. 516 del NCPP). De esta forma se ahorra un procedimiento extradicional si sabe que en dicho Estado se va a rechazar.

La extradición activa debe tener sustento constitucional y así se precisa en la STC N° 10331-2005-PHC/TC-Arequipa, Luigi Calzolaio del 2 de febrero de 2006 que establece que la extradición se asienta en lo previsto en el artículo 37 de la Constitución, que establece que la extradición se concede previo informe de la Corte Suprema conforme a ley o a los tratados, según el principio de reciprocidad, salvo los casos de persecución por motivos religiosos, de nacionalidad, opinión o raza, o cuando existe persecución por delitos conexos o por hechos conexos con ellos, excluyendo a los delitos de genocidio, magnicidio o terrorismo.

II. Rechazo de la extradición pasiva

El Perú podrá rechazar la extradición solicitada si se dan los siguientes casos:

- Si el hecho materia del proceso no constituye delito tanto en el Estado requirente como en el Perú. Ausencia de doble incriminación.

- Si en ambas legislaciones no hay una conminación penal, en cualquiera de sus extremos, igual o superior a una pena privativa de un año (art. 517 del NCPP). Si son varios delitos basta que uno de ellos sea superior a un año.

- Si el Estado solicitante no tuviera jurisdicción o competencia para juzgar el delito.

- Si el extraditado ya hubiera sido absuelto, condenado, indultado, amnistiado o sujeto a otro derecho de gracia equivalente, lo que constituye cosa juzgada.

- Si hubiera transcurrido el término de la prescripción del delito o de la pena, conforme a la Ley nacional o del Estado requirente, siempre que no sobrepase el término de la legislación peruana(142).

- Si el extraditado hubiere de responder en el Estado requirente ante tribunal de excepción o el proceso al que se le va a someter no cumple las exigencias internacionales del debido proceso. Se tiene que cautelar que se respeten las garantías procesales.

- Si el delito fuere exclusivamente militar, contra la religión, político o conexo con él, de prensa, o de opinión. Si el extraditable ejerce función pública esto no significa que el delito sea político, pues pueden cometer delitos comunes. Por ejemplo, un funcionario público que ha peculado, o un congresista que ha cometido delito de homicidio o violación sexual. Los actos de terrorismo, los delitos contra la humanidad y los delitos respecto de los cuales el Perú hubiera asumido una obligación convencional internacional de extraditar o enjuiciar no podrán ser considerados como delitos políticos.

(142) La Corte Suprema en la Extradición N° 16-2002-Lima, diez de noviembre de dos mil cinco respecto de un imputado por delito contra la familia - atentado contra la patria potestad y por delito de desobediencia y resistencia a la autoridad en agravio del Estado, ilícitos previstos y sancionados en los artículos 147 y 368 del Código Penal. Sobre el primer delito en Chile no es figura penal por lo que no corresponde la extradición y sobre el segundo siendo un delito de ejecución instantáneo ya habría prescrito por lo que se declara IMPROCEDENTE la solicitud de extradición.

- Si el delito es perseguible a instancia de parte. Por ejemplo en delitos contra el honor que son con intervención necesaria de un particular.

- Si se trata de una falta. Si ya se ha establecido que los delitos con pena máxima de un año no pueden ser causa de extradición, con mayor razón las faltas que son de menor entidad en cuanto a la afectación de bienes jurídicos.

- Si el delito fuere tributario, salvo que se cometa por una declaración intencionalmente falsa, o por una omisión intencional, con el objeto de ocultar ingresos provenientes de cualquier otro delito.

- Si la demanda de extradición motivada por una infracción de derecho común ha sido presentada con el fin de perseguir o de castigar a un individuo por consideraciones de raza, religión, nacionalidad o de opiniones políticas o que la situación del extraditado se exponga a agravarse por una u otra de estas razones.

- Existan especiales razones de soberanía nacional, seguridad u orden público que tornen en conveniente el acogimiento del pedido.

- El Estado requirente no da seguridades de que se computará el tiempo de privación de libertad que demande el trámite de extradición, así como el tiempo que el extraditado hubiese sufrido en el curso del proceso que motivó el requerimiento. Esto tiene que ver con el respeto a garantías o derechos del imputado.

- El delito por el que se solicita la extradición tuviere pena de muerte en el Estado requirente y este no diere seguridades de que no será aplicable. En otros países como Estados Unidos o China, mantienen la aplicación de la pena de muerte en delitos graves, y este último solicitó la extradición de un ciudadano chino que provocó una controversia que llegó hasta la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que examinaremos más adelante.

III. Requisitos de la demanda de extradición pasiva

A efectos de evaluar la petición de extradición pasiva, es el Estado peruano el que fija los requisitos que debe contener y que está obligado a cumplir el Estado requirente y que son los siguientes.

- Debe describir el hecho punible, con mención expresa de la fecha, lugar y circunstancias de su comisión, que permitirá analizar si ha prescrito o no.

- La identificación de la víctima, así como la tipificación legal que corresponda al hecho punible.

- Una explicación del fundamento de la competencia del Estado requirente y los motivos por los cuales no se ha extinguido la acción penal o la pena.

- Resoluciones judiciales en copia autenticada que dispusieron el procesamiento o el enjuiciamiento del extraditado.

- Si fuese condenado, copia autenticada de la sentencia firme dictada cuando el extraditado se encontraba presente, así como la que ordenó su detención y/o lo declaró reo ausente o contumaz. No se acepta condena en ausencia.

- Copias autenticadas de la resolución que ordenó el libramiento de la extradición.

- Texto de las normas penales y procesales aplicables al caso.

- Los datos conocidos que identifiquen al reclamado, tales como nombre y apellido, sobrenombres, nacionalidad, fecha de nacimiento, estado civil, profesión u ocupación, señas particulares, fotografías e impresiones digitales, y la información que se tenga acerca de su domicilio o paradero en territorio nacional. Esto es de vital importancia para identificar plenamente al extraditable.

- Debe contener la prueba necesaria que establezca indicios suficientes de la comisión del hecho delictuoso y de la participación del extraditado conforme a los parámetros establecidos por el tratado suscrito por el Perú con el Estado requirente si existiese o en aplicación del principio de reciprocidad, la ley interna de dicho Estado lo exija en su trámite de extradición pasiva.

Si la demanda no cumple con los requisitos señalados la Fiscalía de la Nación a instancia del órgano jurisdiccional y en coordinación con el Ministerio de Relaciones Exteriores pedirá al Estado requirente corrija o complete

la solicitud y la documentación (art. 518 del NCPP). Si no es realizado en el tiempo oportuno se rechazará la extradición.

IV. Concurso de extradiciones pasivas

Puede darse la circunstancia que varios Estados soliciten la extradición de un imputado por el mismo hecho punible. Si fuese así el Estado peruano respecto de la concesión preferente empleará los siguientes criterios:

- La existencia de tratados que vinculen al Perú con el Estado requirente. Se preferirá al país que cuente con tratado de extradición.

- Las fechas de las demandas de extradición y principalmente el estado de cada procedimiento.

- El hecho de que el delito se haya cometido en el territorio de alguno de los Estados requirentes.

- Las facilidades que cada uno de ellos tenga de conseguir las pruebas del delito.

- El domicilio del extraditado o la sede de sus negocios, en la medida que en ambos casos le permitan ejercer con mayor consistencia su derecho de defensa, así como paralelamente el domicilio de la víctima.

- La nacionalidad del extraditado.

- La gravedad del hecho delictivo en función a la pena conminada y su coincidencia con la Ley nacional, en especial que no se prevea la pena de muerte.

Si el reclamo fuera de la misma persona pero por otros delitos se emplearán los siguientes criterios:

- La mayor gravedad de los delitos, según la Ley peruana.

- La nacionalidad del extraditado.

- La posibilidad que concedida la extradición a un Estado requirente, este pueda a su vez acceder luego a la reextradición de la persona reclamada al otro Estado.

El Gobierno deberá pronunciarse por todas las solicitudes. Puede autorizar una y denegar otra; o autorizarlas todas. La extradición a favor del Estado que no tuvo la preferencia tendrá los efectos de una reextradición autorizada (art. 519). Esto es parte de los compromisos internacionales del Estado peruano con los demás países.

V. La extradición concedida por el Estado peruano

Siendo uno de los requisitos de la extradición un hecho imputado con su respectiva calificación jurídica; el juzgamiento o procesamiento debe centrarse sobre aquel pues si no sería dejar en indefensión a la persona que se ha extraditado. Esta regla se reconoce en el NCPP que prohíbe el encausamiento por hechos anteriores y distintos a los que determinaron la concesión. Si son hechos posteriores a la extradición no existirá la prohibición (art. 520.1).

Si el Estado requirente quisiera juzgarlos por otros hechos deberá interponer una demanda ampliatoria de extradición, de tal forma que la Sala Penal de la Corte Suprema, emitirá una resolución consultiva. Si fuera a favor de la ampliación, corresponde al Consejo de Ministros aprobar la Resolución Suprema autoritativa.

La calificación jurídica del hecho por el cual ha sido extraditada una persona no podrá ser modificada. Si en el Estado requirente se va a realizar un cambio de tipificación, este deberá ser autorizado por el Gobierno del Perú bajo el mismo trámite de la ampliación. Se debe precisar que la nueva calificación también constituye un delito extraditable.

Los Derechos del Estado peruano no cesan, pues con la autorización de la extradición, asume un rol de garante respecto del extraditado. Por ejemplo el extraditado no podrá ser reextraditado[143] a otro Estado sin la previa autorización del Perú.

La autorización para que sea reextraditado seguirá el mismo procedimiento, esto es la resolución consultiva de la Corte Suprema y la resolución del Consejo de Ministros.

(143) La reextradición se da cuando existe un concurso de demandas y estriba en la extradición ulterior hacia un tercer Estado que debe practicar el Estado requirente con la venia del Estado requerido. Ver VALLE RIESTRA, Javier. *Tratado de la Extradición*. Tomo I, Editorial Afa, Lima, 2004, p. 25.

Las excepciones a este procedimiento lo constituyen las siguientes situaciones:

- El extraditado renuncia a esa inmunidad ante una autoridad diplomática o consular peruana, con el asesoramiento previo de un abogado defensor.

- Cuando teniendo la posibilidad de abandonar voluntariamente el territorio del Estado requirente no lo hace en el plazo de treinta días.

- Cuando regrese voluntariamente a ese territorio después de haberlo abandonado.

1. Fuga del extraditado hacia Perú

Si se da el caso que el extraditado después de la entrega al Estado requirente o durante el respectivo proceso, fugue para regresar al Perú, será detenido mediante requisición directa y nuevamente entregado sin otras formalidades; porque los efectos de la extradición siguen operando. En la medida que el Perú es garante del extraditado, no vemos inconveniente que se indague sobre las razones de su fuga, pues en todo caso, si es imputable al Estado requirente, podría excepcionarse la entrega hasta que no se brinden las garantías de un debido proceso.

VI. La extradición pasiva en la jurisprudencia constitucional

1. Caso de ciudadano por delito de pena de muerte. La STC Exp. N° 02278-2010-PHC/TC

Esta sentencia dada el 24 de mayo de 2011 trae un desarrollo de la doctrina jurisprudencial constitucional en materia de Extradición que es importante analizar.

El 9 de febrero de 2010, el letrado Luis Lamas Puccio interpone demanda de hábeas corpus a favor del ciudadano chino Wong Ho Wing (en idioma inglés) y/o Huang Hai Yong o Huang He Yong (en idioma chino) y la dirige en contra del entonces Presidente Constitucional de la República, don Alan García Pérez; contra el Ministro de Justicia, don Aurelio Pastor; y contra el Ministro de Relaciones Exteriores, don José Antonio García Belaúnde, por amenaza cierta e inminente de vulneración del derecho a la vida e integridad personal del favorecido en razón que con fecha 27 de enero de 2010, la Sala Penal Permanente

de la Corte Suprema de Justicia de la República declaró por mayoría procedente la solicitud de extradición pasiva (Expediente Nº 03-2009) formulada por el Buró Nº 24 del Ministerio de Seguridad Pública de la República Popular China, por los delitos de defraudación de rentas de aduanas y cohecho en agravio del país de China, condicionando la entrega al compromiso de que, en caso se condene al recurrente, no se le imponga la pena de muerte, pena prevista en la legislación del mencionado país. Asimismo solicita que el Gobierno peruano que se abstenga de extraditar al favorecido en tanto este organismo se pronuncie al respecto.

El Ministro de Justicia presentó descargo señalando que los tratados de extradición se han firmado bajo el marco de respeto y protección a los derechos humanos y en el caso de la extradición solicitada por la República Popular China se cuidará que no se afecte los derechos humanos de ningún ciudadano.

El Ministro de Relaciones Exteriores, manifestó que el expediente de extradición no ha llegado a ese ministerio, y una vez expedida la resolución consultiva el Poder Ejecutivo puede aceptar o no la extradición.

El Gobierno de la República Popular China señala que los emplazados aún no han hecho ningún pronunciamiento respecto a la extradición solicitada, por lo que no existe amenaza cierta ni inminente. Se fundamenta la existencia de esta amenaza en la presunción de que el Gobierno no cumplirá con el "Compromiso de la no aplicación de la pena de muerte".

La Procuradora Pública a cargo de los asuntos judiciales del Ministerio de Justicia señala que las autoridades competentes aún no han tomado una decisión respecto a la extradición, por lo que resulta prematura la interposición de esta demanda.

El Procurador Público del Estado a cargo de los asuntos judiciales de la Presidencia del Consejo de Ministros al contestar la demanda señala que el Presidente de la República no puede ser emplazado, dado que goza de inmunidad; además su no intervención, no invalida el proceso pero sí debe ser notificado con la resolución que ponga fin al proceso.

2. Pronunciamientos en la jurisdicción constitucional y las razones

El 42 Juzgado Penal de Lima, con fecha 25 de febrero de 2010, declaró improcedente la demanda por considerar que en el hábeas corpus, por carecer de etapa probatoria, no es posible definir las supuestas deficiencias en el trámite del proceso de extradición pasiva, y que las anomalías que pudieran

presentarse en un proceso deben resolverse al interior del mismo. Asimismo, refiere que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos aún no se ha pronunciado sobre la admisibilidad de la petición presentada ante ella.

La Tercera Sala Penal para Procesos con Reos en Cárcel de la Corte de Lima confirmó la apelada por considerar que no existía una amenaza cierta ni inminente de que el Poder Ejecutivo apruebe la extradición del favorecido, y al no haberse emplazado a los jueces supremos no corresponde emitir pronunciamiento sobre la actuación, puesto que la resolución consultiva que emitieron tomó en cuenta el compromiso del Gobierno Chino de no imponer la pena de muerte al favorecido.

El TC fija que la controversia se centra en determinar si corresponde que el Estado peruano cumpla la obligación de extraditar al señor Wong Ho Wing o de juzgarlo, porque existen razones fundadas de que se encontraría en peligro su vida, toda vez que los delitos por los cuales se le pretende extraditar podrían ser castigados en la República Popular China, en caso de considerarse agravados, con cadena perpetua o, incluso, pena de muerte.

3. Examen

Como premisas jurídicas para resolver la controversia citamos el fundamento siguiente del TC:

> "(…) la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha destacado que los artículos 4 y 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, reconocen la obligación internacional de los Estados parte de "no someter a una persona al riesgo de aplicación de la pena de muerte vía extradición" (Corte IDH. Caso Resolución del 28 de mayo de 2010, párr. 9)".

El TC formula dos obligaciones que tiene el Estado peruano respecto al cumplimiento de tratados de extradición y con relación al requerido, en una suerte de ponderación de derechos:

> "(…) tiene la obligación de extraditar al señor Wong Ho Wing en virtud del Tratado de Extradición entre la República del Perú y la República Popular China. De otra parte, también tiene la obligación de no someter al señor Wong Ho Wing al riesgo de aplicación de la pena de muerte vía extradición y de juzgarlo por los delitos por los cuales se le pretende extraditar".

Esta contraposición de obligaciones y en cuanto a su cumplimiento llega a distintos resultados porque si se hace efectiva la extradición del señor Wong Ho Wing, el Estado peruano se encontraría impedido de juzgarlo y si el Estado peruano decide juzgar al señor Wong Ho Wing se encontraría impedido de extraditarlo, pues prefiere salvaguardar la protección del derecho a la vida.

El TC se inclina por resolver este conflicto de obligaciones a favor del accionante señor Wong Ho Wing por su derecho a la protección de la vida y que es una obligación impuesta al Estado peruano en mérito de los artículos 4 y 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, pues ante la eventualidad que al señor Wong Ho Wing, tras su enjuiciamiento en la República Popular China, le sea impuesta la pena de muerte, se afectaría en forma manifiesta y real su derecho a la vida, y esto sería imputable al Estado peruano, que no ha valorado en forma adecuada y razonable las garantías suficientes y reales que brinda el Estado Chino para no aplicarle la pena de muerte. Como antecedentes en la jurisprudencia internacional de derechos humanos para reforzar su decisión cita al Tribunal Europeo de Derechos Humanos que respecto de la extradición ha señalado el siguiente criterio:

> "(…) el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales no garantiza el derecho a no ser extraditado; sin embargo, en caso de que una decisión de extradición pueda afectar el ejercicio de un derecho protegido por el Convenio, resulta razonable exigirle al Estado requirente ciertas obligaciones tendentes a prevenir la vulneración.
>
> En este sentido, en la sentencia del Caso Soering c. Reino Unido, del 7 de julio de 1989, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos destacó que "la decisión de un Estado contratante de extraditar a un fugitivo puede suscitar problemas de conformidad con el artículo 3 y, por ello, comprometer la responsabilidad del Estado según el Convenio, en casos en que se hayan mostrado razones sustanciales para creer que la persona involucrada, de ser extraditada, enfrentaría un riesgo real de ser sometida a tortura o penas y tratos inhumanos o degradantes en el estado solicitante".

El comportamiento del Estado Chino en cuanto al respeto de los Derechos Humanos como hecho notorio es valorado por el Tribunal Constitucional así:

> "(…) este Tribunal considera que las garantías diplomáticas ofrecidas por la República Popular China son insuficientes para garantizar

> que al señor Wong Ho Wing no se le va a aplicar la pena de muerte. Ello debido a que el Estado requirente en las Naciones Unidas no ha demostrado que garantice la tutela real del derecho a la vida, pues permite ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias. Asimismo, es de conocimiento internacional que la pena de muerte no se impone en forma objetiva, sino que se ve influida por la opinión pública".

Este dato objetivo el TC lo sustenta en el Informe Nº A/HRC/WG.6/4/CHN/2, del 6 de enero de 2009 del Consejo de Derechos Humanos que ha reseñado que el 2005 el Gobierno de China explicó al relator especial sobre las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias que solo se aplicaba la pena de muerte en caso de "delitos sumamente graves" y que uno de los factores que influían en ese contexto era la opinión pública.

Frente a este hecho el TC estima que la República Popular China no otorga las garantías necesarias y suficientes para salvaguardar el derecho a la vida del señor Wong Ho Wing, más si según el Informe del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, uno de los factores para aplicar la pena de muerte en dicho país es la opinión pública, factor inaceptable en un Estado de derecho, puesto que las sentencias deben ser la resultante de una valoración de pruebas actuadas en los marcos de un debido proceso.

Respecto del principio de reciprocidad el TC considera que no resultaría procedente la extradición del favorecido, por el hecho que los delitos por los cuales se le pretende extraditar no se encuentran reprimidos en el Estado peruano con la pena de muerte(144). El TC concluyó correctamente declarando fundada la demanda y ordenando que el Estado peruano, representado por el Poder Ejecutivo, se abstenga de extraditar al señor Wong Ho Wing a la República Popular China.

También consideró que el Estado peruano debe cumplir con su obligación de juzgar al señor Wong Ho Wing de conformidad con lo establecido en el artículo 4 (a)(145) del Tratado de Extradición entre la República del Perú y la República Popular China. El asunto es si se puede procesar a este ciudadano chino por un delito que no lo ha cometido en Perú y no ha afectado intereses

(144) Para contrabando agravado la pena máxima son 12 años según la Ley de Delitos Aduaneros.

(145) Artículo 4.- Fundamentos discrecionales para el rechazo. Podrá rechazarse la extradición si: (a) la Parte Requerida tiene jurisdicción sobre el delito por el que se solicita la extradición de acuerdo con su legislación nacional, y está conduciendo un proceso o tiene la intención de entablar un proceso contra la persona reclamada por dicho delito.

peruanos. Para solucionar esta controversia, tenemos el artículo 3. Principio de Representación que dice que la Ley Penal peruana podrá aplicarse cuando, solicitada la extradición, no se entregue al agente a la autoridad competente de un Estado extranjero.

4. Extraditable con procesos simultáneos y presunta afectación al debido proceso

En la STC N° 810-2002-HC/TC-Lima, caso Julio Bernardo Bernárdez Pereyra del 21 de junio de 2002 se estableció que el hecho que la persona tenga un proceso por extradición y un proceso en el país con plazo de detención sin sentencia vencido, no significa que deba ser mantenido indefinidamente en cárcel pues sería atentar contra la presunción de inocencia. Se le debe conceder su libertad sin perjuicio de adoptar las medidas para que pueda culminar la causa, se ejecute el fallo si existiera, y posteriormente proceder con la extradición.

En la STC N° 3001-2004-HC/TC-Lima, Enrique José Benavides Morales, del 3 de junio de 2005 el TC analizó la presunta violación del derecho a la defensa en un procedimiento extradicional y se advierte que el accionante fue procesado por el delito contra la administración pública-colusión desleal en agravio del Estado, dictándose mandato de detención en su contra mediante auto ampliatorio de instrucción de fecha 6 de agosto de 2001, emitido por el Sexto Juzgado Penal Especial y se observa que al no haber cumplido el accionante con ponerse a derecho, mediante auto de fecha 11 de julio de 2002, fue declarado reo ausente por el Quinto Juzgado Penal Especial nombrándose defensor del ausente a un letrado en virtud de lo dispuesto por el artículo 205 del Código de Procedimientos Penales, resolución que fue oficiada tanto a las autoridades policiales peruanas como a la Interpol, a fin de que se procediera a la inmediata ubicación y captura del reo ausente en los ámbitos nacional e internacional. El TC concluyó que ambas resoluciones tenían la calidad de firmes y, por tanto, eran legalmente válidas, así como lo son las respectivas órdenes de captura, con lo cual quedó desvirtuado el argumento aducido por el accionante que se encontraba en estado de indefensión.

5. Plazo de entrega del extraditable

En la STC N° 3562-2003-HC/TC-Lima, caso Roberto Carlos Zacarías Lang del 30 de mayo de 2005, el demandante cuestionó el procedimiento de extradición seguido en su contra. Alegó que su detención era arbitraria e ilegal, toda vez que se encontraba vencido en exceso el plazo legal de 30 días para la entrega del *extraditurus*, irregularidad que vulnera su derecho constitucional al

debido proceso. El pedido de extradición formulado por la República argentina se sustentaba en las disposiciones establecidas en el Tratado de Derecho Penal Internacional, suscrito el 23 de enero de 1889 durante el Congreso Internacional Sudamericano de Montevideo-Uruguay; y, en su defecto, por la Ley Nº 24710, que regulaba para la época a nivel nacional los procedimientos de extradición.

Con respecto a la detención preventiva, el TC dijo que el Tratado de Montevideo establece que "el detenido será puesto en libertad si el Estado requirente no presentase el pedido de extradición dentro de los 10 días de la llegada del primer correo despachado después del pedido de arresto provisorio" El Plazo puede duplicarse previa petición del Estado requirente. La Ley de Extradición Nº 24710 precisaba, en su artículo 2 que "(...) las condiciones, los efectos y el procedimiento de extradición se rigen por los tratados internacionales; y la presente ley, en lo no previsto por los tratados". El plazo de 30 días de detención preventiva establecido por el artículo 20 de la Ley de Extradición, no resultaba aplicable al procedimiento seguido al demandante, toda vez que el tratado expresamente regula el arresto provisorio y prevé la duplicación del plazo a petición del solicitante, resultando aplicable el dispositivo nacional solo única y exclusivamente en aquello que no estuviera previsto por los tratados. En el caso, el Estado requirente "(…) hizo llegar oportunamente la documentación sustentatoria de su petición vía consular (…)", concluyendo el TC que la detención provisional dictada contra el demandante no vulneraba sus derechos fundamentales.

En la STC N° 6214-2005-PHC/TC-Callao, Rosana Claudia Borelina del 12 de setiembre de 2005, se pronunció respecto de la demanda, que en el proceso de extradición solicitaba se disponga la inmediata libertad de la favorecida, alegando que se encontraba detenida más de 36 meses, por lo que, conforme lo establece el artículo 137 del Código Procesal Penal. Peticionó que se deje sin efecto el mandato de detención y orden de captura internacional, oficiándose para ello al Juzgado Federal Criminal y Correccional N° 2, de Lomas de Zamora, y a la Interpol. Se señaló que el 17 de mayo de 2002, la favorecida fue detenida en el aeropuerto de Ezeiza de la ciudad de Buenos Aires, por haberse expedido en su contra mandato de detención por orden de un Juzgado Penal del Callao, por el delito de tráfico ilícito de drogas, proceso en el cual tiene la condición de reo ausente. Manifestó que, no obstante haberse vencido el plazo máximo de detención preventiva, aún se mantiene en trámite el proceso de extradición activa solicitada por el Estado peruano al Estado argentino. El TC examinado el caso estableció que si bien se acreditó que Rosana Claudia Borelina, se encontraba sufriendo detención preventiva por más de 36 meses, no se debía a una actitud negligente por parte de los órganos jurisdiccionales

peruanos, sino a la demora en la tramitación del proceso de extradición activa, pendiente de resolver por la Corte Suprema de Justicia de Argentina, rechazando el hábeas corpus.

VII. Extraditar o juzgar. Principio *aut dedere, aut iudicare*

Este principio está referido a la obligación alternativa de extraditar o enjuiciar que contienen algunos tratados multilaterales, y se dirige a garantizar la cooperación internacional para ciertas conductas criminales. En otras palabras, este principio es una forma a través de la cual los Estados estarán obligados a ejercer su jurisdicción para enjuiciar ciertas conductas consideradas delictivas por el Derecho internacional, en caso de negar la extradición de los presuntos responsables al Estado que los requería. No importa, evidentemente, que los crímenes no hayan sido cometidos en el territorio del Estado que ha negado la extradición y que, en virtud de este principio, tendrá el deber de enjuiciar.

Es importante mencionar que si bien muchos de los tratados internacionales en los que se ha establecido una disposición de este tipo contienen normas internacionales con características penales, solo un número muy reducido de ellos se refiere a los crímenes que hemos denominado núcleo esencial. Los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 expresamente prevén esta obligación alternativa con respecto a las infracciones graves de estos(146).

En la doctrina española se reconoce que se trata de un principio que tiene carácter subsidiario: interviene cuando, cualquiera que sea la razón, no tiene lugar la extradición, y autoriza que el Estado que tiene al autor en su poder lo juzgue aplicándole su ley penal. En este sentido es frecuente la aplicación del principio del Derecho penal por representación cuando un Estado deniega la extradición de un nacional reclamado por otro Estado competente en razón del principio territorial(147).

Citado por Bacigalupo, Cerezo Mir, señala que si bien en su fundamento hay discrepancias, predomina el criterio según el cual el Derecho penal por representación se funda en la solidaridad interestatal y que esta se da por supuesta aunque el Estado que debería reclamar al autor del delito no lo hiciera por carecer

(146) Digesto de jurisprudencia latinoamericana sobre crímenes de Derecho internacional. Fundación para el debido proceso legal. Washington, 2009, p. 223.

(147) BACIGALUPO, Enrique. *Derecho Penal. Parte General*. 2ª edición totalmente renovada y ampliada, 1ª reimpresión, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2007, p. 184.

de interés en aplicar su propio derecho penal. Además que su realización práctica requiere reducir su aplicación a los bienes jurídicos más importantes[148].

La negativa a autorizar una extradición por criterios formales o por no existir garantías para el enjuiciamiento no significa una absolución de los cargos imputados por lo que resulta razonable que para evitar la impunidad el Estado que ha negado proceda a juzgar al requerido.

VIII. Bienes vinculados al delito materia de extradición

Los bienes como objetos o documentos, o los efectos o instrumento del delito y los que constituyen el cuerpo del delito o elementos de prueba, serán entregados al Estado requirente, desde que se hallen en poder del extraditado. Aun cuando el extraditado fallezca o desparezca se debe proceder a entregar los bienes al Estado requirente. La excepción es si se afecta derechos de terceros. La autorización de entrega debe constar en la Resolución Suprema que acepte la extradición (art. 520.5 del NCPP).

IX. Procedimiento en extradición pasiva

Una vez que se recibe de parte de la Fiscalía de la Nación el pedido de extradición el artículo 521.1 habilita al juez dictar mandato de detención para fines extradicionales contra la persona requerida, si es que no se encontrare detenida en mérito a una solicitud de arresto provisorio. La norma dispone que el juez imponga la medida de detención. ¿Habrá la posibilidad de otra alternativa? En tanto que se trata de un procedimiento de urgencia, entendemos que la razonabilidad de la detención es que el trámite pueda desarrollarse con la presencia de esta persona de quien ya se tienen evidencias mínimas de rehuir a su juzgamiento en el país requirente.

1. Audiencia informativa del extraditable

Si se ejecuta la detención el extraditado debe ser puesto a disposición del juez por la oficina local de la Interpol. El juez con citación del fiscal provincial, le tomará declaración al requerido, informándole previamente de los motivos de la detención y de los detalles de la solicitud de extradición, es decir respetando el derecho de la persona requerida de conocer la imputación en su contra.

(148) Ibídem, p. 184.

El juez le hará saber el derecho que tiene a nombrar abogado defensor o si no puede hacerlo de la designación de un abogado de oficio.

El detenido, puede expresar lo que considere conveniente respecto del contenido de la solicitud de extradición, incluyendo el cuestionamiento de la identidad de quien es reclamado por la justicia extranjera, o reservarse su respuesta para la audiencia de control de la extradición. Si el detenido no habla el castellano, tiene derecho a contar con un intérprete.

2. Audiencia de control de la extradición

El juez en un plazo no mayor de 15 días, convocará a una audiencia pública, con citación del extraditado, su defensor, el fiscal provincial, el representante que designe la embajada y el abogado que nombre al efecto. La importancia radica en que se genera un contradictorio porque las partes podrán presentar pruebas, cuestionar o apoyar las que aparezcan en el expediente de extradición, alegar la pertinencia o la impertinencia, formal o material, de la demanda de extradición.

En la primera parte de la audiencia se precisará cuáles son las causales de extradición, concretado en la imputación y calificación jurídica. El detalle del contenido de la demanda de extradición y la glosa de documentos y elementos de prueba acompañados.

El extraditado, si lo considera conveniente, declarará sobre el hecho imputado y se someterá al interrogatorio de las partes. Los sujetos procesales intervinientes podrán presentar sus alegatos orales y el requerido tendrá derecho a la última palabra como expresión del derecho a ser oído.

El juez, deberá evaluar los cuestionamientos del extraditado, con relación a la identidad, ya que no le está autorizado pronunciarse sobre el contenido de la extradición que es facultad de la Corte Suprema. Si hay objeciones respecto de la identidad deberá realizar sumariamente las constataciones que correspondan. Si comprueba que no es la persona requerida, así lo declarará inmediatamente, sin perjuicio de ordenar la detención de la persona correcta. No es posible mantener a una persona detenida si no es la solicitada por el Estado requirente. Esta decisión si se dicta aún antes de la audiencia de control de la extradición, es un obstáculo para la continuación del procedimiento. La resolución que excluye al extraditado por el tema de identidad puede ser apelada ante la Sala Penal Superior.

La audiencia se documentará en un acta y se anexará al expediente que será elevado inmediatamente a la Sala Penal de la Corte Suprema.

3. Trámite en la Corte Suprema

Recibido los actuados la Sala Penal, previo traslado del expediente elevado por el juez al Fiscal Supremo y a los demás intervinientes apersonados, señalará fecha para la audiencia de extradición. Esta audiencia se llevará a cabo con los que asistan, quienes en orden informarán oralmente, empezando por el fiscal y culminando por el abogado del extraditado. La Corte Suprema emite resolución consultiva en el plazo de cinco días, que no es vinculante para el Poder Ejecutivo, aunque bajo reglas de inadmisibilidad puede devolver los actuados(149). Luego de notificada la resolución y vencido el plazo de 3 días se remitirá inmediatamente al Ministerio de Justicia que en representación del Poder ejecutivo recepcionará el expediente.

4. Extradición simplificada. Consentimiento del extraditable

El requerido en extradición pasiva puede dar su consentimiento libre y expreso. Ante esta nueva situación el juez debe dar por concluido el procedimiento. La Corte Suprema sin trámite deberá dictar la resolución consultiva favorable a la extradición y remitir los actuados al Ministerio de Justicia para los fines de Ley. La pregunta es si la aceptación del extraditable es suficiente para enviarlo al país requirente. ¿Las reglas de doble incriminación o prescripción, cosa juzgada ya no aplican? Consideramos que en un sistema garantista esto debe ser examinado. La Corte Suprema en la resolución consultiva deberá evaluar estos aspectos.

En la resolución consultiva de la Corte Suprema Extradición Exp. N° 45-2005-Lima, 6 de julio de 2005 se indicó: "(…) si la persona reclamada consiente en su entrega al Estado requirente, caso en el cual el Estado requerido podrá entregarla en la brevedad posible, de conformidad con el artículo catorce de la Resolución Legislativa veintisiete mil ochocientos veintisiete, que aprueba el Tratado de Extradición entre la República del Perú y los Estados Unidos

(149) La Corte Suprema en la Extradición N° 18-2006-Arequipa del 21 de marzo de 2005 al hacer el examen de legalidad señaló que la solicitud no contenía las fotocopias legalizadas correspondientes a las instrumentales señaladas en el artículo tercero e inciso seis del artículo sexto del Decreto Supremo número 44-93-JUS, como son: i) Que la Interpol haya informado a la autoridad judicial que el procesado ha sido ubicado en la República Federal de Brasil; ii) Se ha omitido acompañar las pruebas de identidad del *extraditurus*; iii) No se ha cumplido con la formalidad prescrita en el segundo párrafo del artículo 7 del mencionado Decreto Supremo; es decir, no se ha cumplido con la certificación del Presidente de la Corte Superior respecto a la firma del Juez Penal, solo se ha cumplido con la certificación de señor Juez Especializado Penal del Módulo Básico de Justicia de Paucarpata de la Corte Superior de Arequipa respecto a la autenticidad de la firma del especialista legal, y declararon INADMISIBLE la solicitud de extradición. Esto permite que se pueda subsanar las omisiones.

de América, suscrito el veinticinco de julio de dos mil uno, y vigente desde el veinticinco de agosto de dos mil tres (…) se observa que el *extraditurus* se ha acogido voluntariamente al pedido de los Estados Unidos de América (…) no obra en el presente cuaderno, resolución alguna por la cual el *extraditurus* haya sido absuelto, indultado o amnistiado por el delito materia de extradición, asimismo se le imputa un delito común y no delitos políticos o conexos, y el ilícito penal imputado aún no ha prescrito, tal como lo dispone los numerales ochenta y ochenta y tres del Código Sustantivo, por lo que la acción penal del Estado peruano aún no se ha extinguido, (….) se declare PROCEDENTE la solicitud de Extradición Pasiva peticionada por los Estados Unidos de América del procesado (…)". La Corte Suprema razona aquí que no es suficiente la aceptación sino que debe evaluarse si hay algún instituto como la prescripción que puede evitar la autorización de la extradición.

La Corte Suprema en la Extradición N° 05-2005-Lima, del 17 de febrero de 2005 estimó la extradición de Jorge Francisco Baca Campodónico, por el delito de asociación ilícita para delinquir, colusión y otros en agravio del Estado; quien fue ubicado en Argentina y solicitó la extradición simplificada para ser juzgado en el Perú. El personaje tuvo un alto cargo en el gobierno de Alberto Fujimori y su aceptación permitió su pronto juzgamiento y condena en Perú.

En la Extradición N° 32-2009-Lima, 12 de mayo de 2009, frente a una solicitud de extradición pasiva formulada por la República Dominicana respecto de un ciudadano dominicano por delito de homicidio se dio la situación prevista en el artículo 521 inciso 6 del NCPP que señala que el extraditado en cualquier estado del procedimiento judicial, podrá dar su consentimiento libre y expreso a ser extraditado y habiéndose dado este supuesto en aplicación del artículo 523, inciso octavo del NCPP que dispone "Mientras dure el arresto provisorio, el arrestado podrá dar su consentimiento a ser trasladado al Estado requirente y conforme a lo dispuesto en el numeral sexto del artículo 521 se declara procedente la extradición del requerido. Esto le ahorra al Estado tiempo y recursos y puede eventualmente ser valorado en favor del requerido.

5. Extradición pasiva autorizada

El Estado peruano debe seguir los siguientes pasos para la ejecución.

- La Resolución Suprema será puesta en conocimiento de la Fiscalía de la Nación y del Estado requirente por la vía diplomática.

- En la comunicación al Estado requirente se consignarán los condicionamientos que trae consigo la concesión de la extradición.

- Si se denegara la extradición la Fiscalía de la Nación pondrá en conocimiento de la Interpol (art. 522.1).

Si se denegara por un tema de fondo la demanda de extradición, no se dará curso a un nuevo pedido basado en el mismo hecho. La excepción es cuando la denegatoria se funde en defectos de forma. Es decir si hay pronunciamiento de fondo, esta tiene la calidad análoga a la de cosa juzgada entre el Estado requerido y el requirente; pero no es límite para cuando el extraditable vaya a otro país, y el Estado solicite nuevamente su extradición.

La denegatoria de una extradición pasiva no impide que otro Estado que se considere competente lo intente por el mismo hecho si la denegación al primer Estado se sustentó en la incompetencia de dicho Estado para entender el delito que motivó el pedido. Es decir estamos ante una denegatoria de carácter formal que no impide se realice otra vez la solicitud de extradición pasiva.

Autorizada la extradición, es el Estado requirente el que deberá efectuar el traslado del extraditado en el plazo de 30 días, contados a partir de la comunicación oficial. Si el Estado requirente tuviese problemas para trasladar al extraditado, corresponde a la Fiscalía de la Nación otorgar un plazo ampliatorio de 10 días. Si se vence este plazo el extraditado será puesto inmediatamente en libertad y el Estado requirente no podrá reiterar la demanda de extradición. Este es un castigo ante la ineficiencia del Estado requirente de tramitar la solicitud de extradición. Los gastos de carcelería, transporte será asumido íntegramente por el Estado requirente; y si el Estado requirente, absuelve al extraditado, está obligado a comunicar al Perú una copia autenticada de la sentencia.

X. Jurisprudencia suprema en extradición pasiva

1. Doble incriminación

La Segunda Sala Penal Transitoria en la Extradición N° 19-2005 del veintidós de marzo de dos mil cinco estimó la extradición de un ciudadano solicitado por las autoridades bolivianas, atribuyéndole los delitos de estafa y agravación en caso de víctimas múltiples a quien se le imputó haberse procurado aproximadamente la suma de veinte mil dólares americanos, pertenecientes a productores y artesanos del país de Bolivia, para lo cual, y utilizando a otra persona se hizo pasar como Director General de la Cámara de Comercio Andina, con sede en Juliaca-Perú, manifestándoles que dicha institución estaba dedicada al desarrollo de actividades artesanales, agropecuarias y otras que tenían la finalidad de mejorar las condiciones de vida de los

sectores productivos más desprotegidos, ofreciéndoles conseguir en el exterior (Perú e Italia), maquinarias, celulares, mercado artesanal y financiamientos, para lo cual, les solicitó grandes sumas de dinero como adelanto de los servicios que ofrecía, saliendo de Bolivia en noviembre de 1999. En cuanto a la tipicidad estaba prevista y sancionada en la Legislación Penal Boliviana en los artículos 335 y 346 del Código Penal. La petición se hizo sobre la base de la Convención sobre Derecho Internacional Privado –Código de Bustamante–, vigente desde el 18 de setiembre de 1929 de la que Perú es signatario por lo que la petición fue autorizada.

En el Exp. N° 71-2004, once de enero del dos mil cinco contra el extraditable Luís Hernán Pineda Menjura y otros, por la presunta comisión del delito contra la salud pública - tráfico ilícito de drogas agravado. El tipo penal estaba previsto en los artículos trescientos setenticinco y trescientos setentiséis del Código Penal colombiano del país requerido, la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, y se sustenta en un tratado internacional como lo es el acuerdo sobre extradición suscrito con fecha dieciocho de abril de mil novecientos once. Aquí los tipos penales encuadran con precisión por lo que se estimó positivamente la petición.

2. Improcedencia por prescripción de acción penal

El Supremo Tribunal en la Extradición Pasiva N° 43-2005-Lima, del 1 de julio de 2005 la declaró improcedente porque los delitos ya habían prescrito, desarrollando el siguiente argumento:

> "(…) la extradición es una institución internacional mediante la cual un Estado solicita a otro, la entrega de una persona procesada, acusada o condenada (autor, cómplice o encubridor) por un delito común para juzgarlo penalmente o ejecutar la pena que se le hubiera impuesto (…) bajo este presupuesto la extradición se fundamenta en los siguientes principios: a principio de legalidad (*nulla raditio sine lege*); de acuerdo con la legislación nacional y tratados internacionales, los delitos materia de extradición deben estar contemplados en un tratado de extradición celebrado por el país requirente como por el país requerido; b) principio de 'la doble incriminación' o 'principio de identidad de la norma', este principio exige que el hecho imputado al *extraditurus*, se considerado delito, tanto en la legislación del país requirente como del país requerido (…) el artículo sexto, inciso tercero de la Ley veinticuatro mil setecientos diez, señala que la extradición no es admisible:

> 'sí hubiere transcurrido el término de la prescripción del delito o de la pena, conforme a la ley del Perú o del Estado solicitante, siempre que no sobrepase el término establecido en la legislación (…) en el presente caso, se tiene que, los delitos por los cuales ha sido condenado LUIGI GALZOLAIO en la República de Italia, son: banca rota fraudulenta (año 1974), proxenetismo y explotación de la prostitución (año 1974), riña (año 1976), resistencia a oficial público (año 1977), estafa (años 1978, 1980 y 1983), (…), homologado los tipos penales antes mencionados con los tipificados en nuestro Código Penal, (…) estando a los considerandos anteriores, llegamos a concluir que la petición formulada por el país requirente (Italia) no resulta procedente, pues según el artículo ochenta y seis de nuestro Código Penal, la pena prescribe en los plazos previstos en los artículos ochenta y ochenta y tres, los cuales estando a las penas máximas antes anotadas, se han vencido con exceso (…)'".

3. Necesidad de informe de Interpol sobre ubicación de extraditable

La Corte Suprema en la Extradición N° 08-2005-Lima, ocho de febrero de dos mil cinco se consideró que el artículo 3 del Decreto Supremo N° 044-93-JUS, fijaba los requisitos esenciales para la admisión de la solicitud de la extradición activa, advirtiéndose que en el pedido no se había dado cumplimiento al previsto en el inciso "c" referido al informe que remitirá Interpol a la autoridad jurisdiccional sobre la ubicación del solicitado en un país determinado. La resolución que dispuso la formación del cuaderno de extradición estaba viciada de nulidad y que si bien se enfatizó que dada la condición del procesado las informaciones sobre su posible paradero no pueden acogerse de modo absoluto, sin embargo servirían como referencia a la entidad pertinente para la ubicación efectiva del encausado, debiendo el juez de la causa incluir en el documento de requerimiento a la policía internacional todos los datos que obren en el expediente para dicho fin.

4. Extradición aplazada

En la Extradición N° 55-2004-Lima, 9 de febrero de 2005, se ventiló el caso de Ernesto Corral Sánchez, que con fecha 19 de noviembre de 1993 llegó a sostener una negociación con las autoridades de los Estados Unidos, y renunció a su derecho de ser juzgado por un jurado, declarándose culpable del delito de conspiración por poseer más de 5 kilos de cocaína con el fin de distribuirla y fue sentenciado a 180 meses de prisión. Cuando cumplía su condena en el Complejo Federal Correccional en Elkton, Ohio, se escapó de prisión, el 26

de julio 1999 cuando todavía le quedaban por cumplir tres años de su sentencia. El extraditado tenía un proceso pendiente en Perú por lo que de acuerdo a la Ley Nº 24710, artículo 9 el artículo nueve de la citada Ley de extradición prescribía: "El Estado requerido podrá aplazar el proceso de extradición o la entrega de una persona contra se haya incoado procedimiento judicial o que esté cumpliendo una condena en ese Estado, el aplazamiento podrá prolongarse hasta que haya concluido el procedimiento judicial de la persona reclamada o hasta que esta haya cumplido la condena, si la hubiera. El Estado requerido dará aviso al Estado requirente a la brevedad posible, de cualquier aplazamiento de conformidad con el párrafo indicado; asimismo, el Estado reclamado no puede renunciar a su soberanía y entregar a alguien que ha delinquido en su territorio". Si bien se declara procedente la extradición solicitada el traslado debe aplazarse hasta que termine el proceso penal seguido en su contra o cuando se extinga la pena privativa de libertad impuesta en dicho proceso.

5. Declaración de contumacia

En la Extradición N° 14-2005-Callao, 25 de abril de dos mil cinco, en una solicitud al gobierno de Japón se sostuvo que el artículo 3 del Reglamento de Extradición Activa, aprobado por Decreto Supremo Nº 044-93-JUS, establecía que constituía requisito esencial para la admisión de la solicitud que el procesado haya sido declarado reo ausente o contumaz y se haya dispuesto su ubicación y captura, y el artículo sexto del indicado reglamento estipulaba que el cuaderno de extradición debía contener copia legalizada del auto de declaratoria de ausencia o contumacia y el mandato de ubicación y captura respectivo y al no existir en el cuaderno elevado dispusieron que el juzgado de origen, previamente, resuelva la situación jurídica del encausado. Es decir, dictará una orden de captura.

6. Caso Morales Bermúdez

La Sala Penal Permanente de la Corte Suprema en el Expediente N° 23-2012 del 15 de marzo de 2012, ante el pedido de extradición pasiva del expresidente Francisco Morales Bermúdez por la justicia argentina denegó la misma con base en la regla *aut dedere, aut judicare*. Extraditar o juzgar. La imputación contra el expresidente se centró en su vinculación con la Operación Cóndor que fue un acuerdo entre las dictaduras militares de los años 70 de apoyo mutuo para contrarrestar el fenómeno subversivo y a los opositores políticos. El hecho concreto imputado a Morales Bermúdez, fue el secuestro y deportación de 13 políticos a Argentina el 24 de mayo de 1978, reconocido por Morales a quien se le tomó una declaración indagatoria mencionada en esta sentencia, y que

adujo la deportación porque estos estaban alterando el orden público en un clima de protesta social. El asunto es que la Sala Suprema denegó con base en que tiene jurisdicción para juzgarlo porque la privación de libertad aquí en Perú es sancionada, y que previamente deberán dilucidar si ha prescrito, o si asimilado a los delitos de lesa humanidad el hecho imputado es imprescriptible. Se rechazó la extradición y dispuso que se remitan copias de los actuados al Ministerio Público para que investigue.

En este caso el Juez Supremo Villa Stein emitió un voto discordante porque el presunto secuestro no podía ser considerado como delito de lesa humanidad ya que hay ausencia de uno de los requisitos, darse el hecho dentro del marco de un ataque sistemático a la población.

En este proceso extradicional se opinó también que el delito de secuestro ya había prescrito y que la Corte Suprema no había realizado una correcta subsunción entre el hecho imputado y los elementos constitutivos del delito de lesa humanidad en su forma de deportación o traslado forzoso de población que están establecidos en el artículo 7 del Estatuto de Roma(150).

(150) ALVA MONGE, Pedro José. *Gaceta Penal & Procesal Penal*. Tomo 36, Gaceta Jurídica, Lima, junio de 2012, p. 57.

Capítulo V
Medida cautelar y arresto provisorio

I. Concepto

El arresto provisorio es una medida cautelar dictada por juez competente contra una persona que está requerida por otro Estado, mediante petición de extradición pasiva.

Para que proceda el arresto provisorio deben darse como requisito, que la detención haya sido solicitada formalmente por la autoridad central del país interesado. No procede de oficio.

II. Procedimiento

- La solicitud formal será remitida a la Fiscalía de la Nación ya sea por intermedio de su autoridad central o por conducto de la Interpol por el Estado requirente.

- Si hay suma urgencia (aunque este es un requisito de la medida) la solicitud será realizada por cualquier medio, inclusive telegráfico, telefónico, radiográfico o electrónico.

1. Formalidad de la solicitud

Deberá contener necesariamente:

- El nombre de la persona reclamada, con sus datos de identidad personal y las circunstancias que permitan encontrarla en el país. Este último detalle es importante y lo posee la Interpol, pues *ex ante* ya existe una orden de captura internacional que habilita a las oficinas nacionales a realizar tareas de búsqueda del requerido.

- La fecha, lugar de comisión y tipificación del hecho imputado.

- Si el requerido fuese un imputado, indicación de la pena conminada para el hecho perpetrado; y, si fuera un condenado, precisión de la pena impuesta.

- La invocación de la existencia de la orden judicial de detención o de prisión, y de ausencia o contumacia en su caso.

- El compromiso del Estado solicitante de presentar el pedido formal de extradición dentro de treinta días de recibida la requisición. Si no se ha formalizado la demanda de extradición el arrestado será puesto en inmediata libertad. Esto es de suma importancia porque la responsabilidad es del Estado que solicita la extradición. Es la parte más interesada para que el extraditable pueda ser trasladado al país donde tiene proceso abierto o ha sido condenado.

2. Trámite del arresto provisorio

- La Fiscalía de la Nación remitirá de inmediato al Juez de la Investigación Preparatoria competente, con aviso al fiscal provincial que corresponda esta solicitud.

- El juez dictará el mandato de arresto provisorio, siempre que el hecho que se repute delictivo también lo sea en el Perú y que no tenga prevista una conminación penal, en cualquiera de sus extremos, igual o superior a una pena privativa de un año.

- Si se invoca la comisión de varios delitos, bastará que uno de ellos cumpla con esa condición para que proceda respecto de los restantes delitos. La decisión que emita será notificada al fiscal y comunicada a la Fiscalía de la Nación y a la oficina local de Interpol.

Los requisitos que debe tomar en cuenta el juez para otorgar o denegar la medida son semejantes a las que evaluaría en caso de solicitarse la extradición. La doble incriminación; y que la pena sea superior a un año.

3. Arresto de persona en tránsito al país requerido

Si una persona pretende ingresar al país mientras es perseguido por la autoridad de un país limítrofe, en principio se tiene que aquí hay una suerte de excepción toda vez que es requisito que el solicitado se encuentre dentro del país, y en este caso la estancia es de tránsito. Es necesario que se tenga evidencias que se dirige al país temporalmente.

En este caso la policía destacada en las fronteras deberá poner inmediatamente al detenido a disposición del Juez de la Investigación Preparatoria competente del lugar de la intervención, con aviso al fiscal provincial.

La orden judicial será remitida por vía telefónica, fax o correo electrónico. Además pondrá el hecho en conocimiento de la Fiscalía de la Nación y del funcionario diplomático o consular del país de búsqueda.

La comunicación a las instancias diplomáticas del país requirente tiene el siguiente sentido, que dentro del plazo de dos días este debe requerir el mantenimiento del arresto provisorio, acompañando a su solicitud las condiciones siguientes:

- El nombre de la persona reclamada, con sus datos de identidad personal y las circunstancias que permitan encontrarla en el país.
- La fecha, lugar de comisión y tipificación del hecho imputado.
- Indicación de la pena conminada para el hecho perpetrado; y, si fuera un condenado, precisión de la pena impuesta.
- Existencia de la orden judicial de detención o de prisión, y de ausencia o contumacia en su caso.
- El compromiso del Estado solicitante a presentar el pedido formal de extradición dentro de treinta días de recibida la requisición.

Este requerimiento de mantenimiento es un análogo de la convalidación de detención, y una muestra que el país seriamente va a proceder a extraditarlo. Si dentro del plazo de dos días la diplomacia del país requirente no dice nada, se dará inmediata libertad al arrestado.

4. Ejecución de la medida cautelar de arresto provisorio

Ejecutado el arresto el juez oirá a la persona arrestada en el plazo de 24 horas. Si no tiene abogado se le designará un defensor de oficio. El arresto se levantará, si inicialmente, el juez advierte que no se dan las condiciones indicadas, convirtiendo el arresto provisorio en un mandato de comparecencia restrictiva, con impedimento de salida del país.

El arresto cesará si se comprobase que el arrestado no es la persona reclamada, o cuando transcurre el plazo de treinta días para la presentación formal de la demanda de extradición.

En este caso el arrestado que sea liberado porque no se presentó a tiempo la demanda de extradición, puede ser nuevamente detenido por razón del mismo delito, siempre que se reciba un formal pedido de extradición, lo que quiere decir es que ya no procederá en este supuesto el arresto provisorio que se agotó cuando el Estado requirente no envió a tiempo la demanda de extradición.

La extradición puede ser un procedimiento largo y que afecta emocionalmente al requerido por lo que quien está en arresto provisorio puede dar su consentimiento para que sea trasladado al Estado requirente. Si es así procederá conforme a las siguientes reglas:

- El órgano jurisdiccional dará por concluido el procedimiento.
- La Sala Penal de la Corte Suprema, sin trámite alguno, dictará la resolución consultiva favorable a la extradición, remitiendo los actuados al Ministerio de Justicia para los fines de Ley.

El arrestado puede obtener libertad provisional, si transcurriesen los plazos legales del tratado o de la Ley justificadoras de la demanda de extradición.

Si el extraditado reuniese las condiciones procesales para la medida de libertad provisional se dictará mandato de impedimento de salida del país y se retendrá su pasaporte, sin perjuicio de otras medidas de control que el juez discrecionalmente acuerde. Se seguirá el trámite previsto para la cesación de la prisión preventiva (art. 523 del NCPP).

5. Jurisprudencia constitucional respecto del arresto provisorio

La Resolución del Tribunal Constitucional en el Exp. N° 01784-2010-PHC/TC, caso Paul Martín Thomas de fecha 13 de agosto de 2010, contiene algunos criterios sobre esta medida cautelar previa a la extradición. El recurrente interpuso demanda de hábeas corpus denunciando la detención arbitraria que venía sufriendo en la tramitación del proceso de extradición pasiva que se siguió en su contra, por los delitos de violación sexual de menor de edad y otro (Inglaterra - Reino Unido de Gran Bretaña), ante el 59 Juzgado Penal de Lima (Expediente N° 30508-2009-0-1801-JR-PE-00). Esta demanda fue declarada improcedente por la falta de firmeza de resolución y porque el cuestionamiento del demandante al proceso de extradición pasiva, y contra la resolución judicial que admitió su trámite, se sustentó en alegatos de valoración probatoria y de la presunta irresponsabilidad penal del recurrente. El TC destaca que en reiterada jurisprudencia (RTC Nº 2849-2004-HC/TC y RTC Nº 05157-2007-PHC/TC, entre otras) ha señalado que los juicios de reproche penal de culpabilidad o inculpabilidad así como la valoración de la pruebas que para su efecto

se actúen en la instancia correspondiente no están referidos en forma directa al contenido constitucionalmente protegido del derecho a la libertad personal, toda vez que son aspectos propios de la jurisdicción ordinaria que no compete a la justicia constitucional encargada de examinar casos de otra naturaleza por lo que rechazó la acción de garantía.

En el Exp. N° 00319-2010-PHC/TC, caso Bartlomiej Balazy del 26 de agosto de 2010, la resolución versó sobre la pretensión del demandante para que se disponga su libertad por haber transcurrido en exceso el plazo de arresto provisorio que venía cumpliendo desde el 3 de junio de 2009, en el marco del procedimiento de extradición pasiva que recaía en su contra (Expediente N° 22938-2009 49JPL) ya que el 3 de julio de 2009 había vencido el plazo de 30 días que establece el NCPP para el arresto provisorio. El juzgado contestó que el ciudadano polaco venía siendo requerido por el Estado francés por el delito de tráfico ilícito de drogas y que el plazo establecido para tramitar la solicitud de extradición era de cuatro meses, y que dicho plazo había sido establecido mediante pronunciamiento judicial de su juzgado. El TC razona indicando que la restricción de su libertad en cuanto al arresto provisorio ha cesado pues ahora está detenido por la resolución que ha fijado la duración de 4 meses para el trámite de extradición por lo que decide declarar improcedente la solicitud.

III. Extradición de tránsito

Puede darse el caso que un país haya autorizado la extradición a otro Estado y este se encuentre obligado a ingresar al país trayendo al extraditado. Como estamos bajo el principio de soberanía solo será permitido dicho tránsito mediante la presentación de copia autenticada del documento que conceda la extradición y de la solicitud correspondiente. La autorización o la denegación serán dispuestas por la Fiscalía de la Nación en coordinación con los Ministerios de Justicia y de Relaciones Exteriores (art. 524.1) Es de suponer que las autoridades que llevan al extraditado tengan documentos originales que sustenten la autorización y si no fuera así por vía diplomática se puede solicitar al país requerido que informe si ha dictado la orden y comprobar la veracidad de la información presentada. Esto se da cuando el recorrido es terrestre o por mar. Si el medio de transporte es el aéreo, la autorización será necesaria solamente cuando tuviere alguna escala prevista en territorio nacional.

El Perú puede denegar el tránsito si la entrega del extraditado ha sido realizada sin garantías de justicia.

Capítulo VI
La asistencia judicial internacional

I. Generalidades

Ante la mundialización del delito, más aún, si adopta la forma de crimen organizado que trasciende fronteras con mayor facilidad, es necesaria la cooperación entre los Estados para la persecución penal. Esta asistencia de cooperación judicial puede ir en ambas direcciones. Cuando el Perú solicita que en el extranjero se realice una diligencia judicial o viceversa por tratado o en reciprocidad. Los actos de cooperación a que hace referencia el artículo 528 del NCPP son los descritos en el artículo 511.1 incisos b) a j) y son los siguientes:

b) Notificación de resoluciones y sentencias, así como de testigos y peritos a fin de que presenten testimonio.

c) Recepción de testimonios y declaraciones de personas.

d) Exhibición y remisión de documentos judiciales o copia de ellos.

e) Remisión de documentos e informes.

f) Realización de indagaciones o de inspecciones.

g) Examen de objetos y lugares.

h) Práctica de bloqueos de cuentas, embargos, incautaciones o secuestro de bienes delictivos, inmovilización de activos, registros domiciliarios, allanamientos, control de comunicaciones, identificación o ubicación del producto de los bienes o los instrumentos de la comisión de un delito, y de las demás medidas limitativas de derechos

i) Facilitar información y elementos de prueba.

j) Traslado temporal de detenidos sujetos a un proceso penal o de condenados, cuando su comparecencia como testigo sea necesaria, así como de personas que se encuentran en libertad.

II. Carta rogatoria de autoridades extranjeras al Perú

La solicitud de asistencia judicial o denominada carta rogatoria tiene como requisitos de procedencia que la pena privativa de libertad para el delito investigado o juzgado no sea menor de un año y siempre que no se trate de delito sujeto exclusivamente a la legislación militar.

Podrá denegarse la asistencia si se dan las siguientes causas:

a) El imputado hubiera sido absuelto, condenado, indultado o amnistiado por el delito que origina dicha solicitud, es decir si ya ha adquirido la calidad de cosa juzgada.

b) El proceso ha sido iniciado con el objeto de perseguir o de castigar a un individuo por razones de sexo, raza, religión, nacionalidad, ideología o condición social. Se deniega si se verifica motivaciones extrapenales para perseguir a un procesado, comúnmente son por delitos políticos.

c) La solicitud se formula a petición de un tribunal de excepción o comisiones especiales creadas al efecto. Es decir que el país requerido debe examinar si el órgano jurisdiccional del Estado requirente está legitimado dentro de los parámetros internacionales para solicitar el acto de cooperación. Estos órganos están mayormente vinculados a sistemas antidemocrático o dictatoriales.

d) Se afecta el orden público, la soberanía, la seguridad o los intereses fundamentales del Estado. Esto debe evaluarse de tal forma que si bien se puede cooperar el Estado requerido por el principio de soberanía debe fijar los límites de la cooperación.

e) La solicitud se refiera a un delito tributario, salvo que el delito se comete por una declaración intencionalmente falsa, o por una omisión intencional, con el objeto de ocultar ingresos provenientes de cualquier otro delito.

No entendemos el por qué esta excepción pues el delito tributario afecta bienes jurídicos como el derecho del Estado a recaudar rentas para financiar los servicios públicos. Se precisa que debe existir declaración falsa u omisión intencional, lo que eliminaría prácticamente los delitos de defraudación tributaria que justamente emplea la falsedad o fraude para que no se pague impuestos y la omisión intencional es decir dolo para evitar los pagos. Creemos que debe ser derogado (art. 529 del NCPP).

Como una exigencia adicional y similar a uno de los requisitos de la extradición se precisa que para las solicitudes de asistencia para practicar bloqueos de cuentas, embargos, incautaciones o secuestro de bienes delictivos, inmovilización de activos, registros domiciliarios, allanamientos, control de comunicaciones, identificación o ubicación del producto de los bienes o los instrumentos de la comisión de un delito, y de las demás medidas limitativas de derechos que están descritas en el artículo 511.1 inciso h) se requiere que el hecho que origina la solicitud sea delito en los dos Estados, lo que no es exigible para los demás actos.

1. Requisitos y trámite de la carta rogatoria

En principio deberán ser por escrito y contendrán lo siguiente:

a) El nombre de la autoridad extranjera encargada de la investigación o del juzgamiento.

b) El delito a que se refiere la causa y descripción del asunto, la índole de la investigación o juzgamiento, y la relación de los hechos a los que se refiere la solicitud.

c) Descripción completa de la asistencia que se solicita (art. 530.1 del NCPP).

Si no se conocen las pruebas en particular que se quiere obtener, basta con la mención de los hechos que se buscan demostrar. La razón radica que estamos ante actos de investigación por lo que la exigencia de pruebas no es razonable si es que justamente la cooperación se solicita en la línea de búsqueda de pruebas.

Se puede establecer requisitos de inadmisibilidad en la calificación de la solicitud de asistencia judicial pues si no se ajusta a los requisitos mínimos o cuando la información suministrada no sea suficiente para su tramitación, se podrá pedir al Estado requirente modifique su solicitud o la complete con información adicional. En ese lapso el Estado peruano podrá adoptar actos de auxilio genéricos en la investigación o medidas provisionales, como bloqueos de cuentas, embargos o confiscaciones preventivas, para evitar perjuicios irreparables.

2. Medios probatorios

Es exigencia del modelo de solicitud de asistencia que en las peticiones se precisen su objeto, como la recepción de testimonios, ya que el Estado

solicitante deberá especificar sobre qué hechos debe hacerse el interrogatorio o en su defecto adjuntar un pliego de preguntas (art. 531.1 del NCPP).

Si se requiere corroborar una prueba o un documento original se acompañarán copias autenticadas de aquellas que justificaron el pedido o, en todo caso se pueden solicitar los originales con la condición de devolverse oportunamente.

A veces puede coincidir con una investigación o proceso en trámite en el Perú, por lo que si el cumplimiento de la solicitud de asistencia los entorpeciera se podrá disponer el aplazamiento o el conveniente condicionamiento de la ejecución, informándose al Estado requirente.

3. Trámite de las solicitudes

El procedimiento se llevará a cabo de la siguiente forma:

- La Fiscalía de la Nación como autoridad central cursará las solicitudes de asistencia de las autoridades extranjeras al Juez de la Investigación Preparatoria del lugar donde deba realizarse la diligencia. Por ejemplo si es una diligencia de recepción de testimonio de alguien que vive en Arequipa, se procederá a remitirlo al juez de la localidad, quien en el plazo de dos días, decidirá acerca de la procedencia de la referida solicitud.

- Si el juez denegara la solicitud procede recurso de apelación sin efecto suspensivo. La parte legitimada para interponer el recurso sería el abogado apersonado por el Estado requirente a partir de su embajada. La Sala Penal Superior correrá traslado de lo actuado al fiscal superior y a los interesados debidamente apersonados por el plazo común de tres días, y resolverá, previa vista de la causa, en el plazo de cinco días, si es que revoca la decisión del juez o la confirma.

- En el trámite de ejecución del acto de asistencia judicial intervendrá la fiscalía y se citará a la embajada del país solicitante para que se haga representar por un abogado. Se aceptará la intervención de los abogados de quienes resulten ser partes en el proceso del que derive la carta rogatoria, agraviados o imputados.

- Como el Estado no pierde soberanía para las condiciones o formas de realización del acto rige la legislación nacional.

- El juez que autorizó la solicitud, actuará la diligencia de asistencia judicial y luego de ejecutarla, elevará las actuaciones a la Fiscalía de

la Nación para su remisión a la autoridad requirente por intermedio del Ministerio de Relaciones Exteriores (art. 532 del NCPP).

III. La asistencia judicial y detenido

Puede darse el caso que el Estado extranjero solicite el traslado de una persona que se encuentra privada de su libertad para la práctica de alguna diligencia judicial en el exterior. El traslado solo será autorizado si el requerido consiente con asistencia de un abogado defensor y además que en el país no fuera necesario para su investigación o juzgamiento, es decir que el traslado no entorpecerá actos de investigación fiscal o judicial en los que se encuentre involucrado (art. 533.1 del NCPP).

El Estado requirente debe comprometerse a mantener en custodia física al trasladado y devolverlo luego que culminen las diligencias para los que fue solicitado, sin necesidad de extradición o en un plazo que no exceda 60 días o el que le resta si cumpliese condena, por ejemplo si le faltase 30 días, tendrían que traerlo antes pues si no se estaría afectando su derecho a la libertad personal. La excepción a estos plazos es si el requerido, la Fiscalía de la Nación y la autoridad extranjera consientan en prorrogarlos, pero siempre bajo la voluntad del trasladado, pues si no autoriza debe ser regresado de inmediato al Perú.

El requerido deberá contar con garantías para que no sea afectado personalmente por alguna decisión por las autoridades judiciales del país extranjero por lo que se le debe proveer de un salvoconducto como condición para trasladarlo y tendrá que ser concedido por el Estado requirente. El salvoconducto impedirá que al requerido pueda:

- Ser detenido o enjuiciado por delitos anteriores a su salida del territorio nacional. De lo contrario estaríamos ante una extradición pasiva encubierta con un supuesto acto de asistencia judicial.

- Ser requerido para declarar o dar testimonio en procedimientos no especificados en la solicitud, lo que distorsionaría la petición y expresaría la poca seriedad del Estado requirente en el cumplimiento de sus compromisos internacionales. Salvo que en ese lapso se solicite la ampliación para estas diligencias siempre con consentimiento del trasladado.

- Ser detenido o enjuiciado con base en la declaración que preste, con excepción del delito de falso testimonio.

Si la persona trasladada prolonga voluntariamente su estadía por más de quince días y su presencia ya no fuere necesaria el salvoconducto cesará. De lo que se infiere que queda sometido a los riesgos que eran evitados por el salvoconducto (art. 534).

IV. Prohibiciones

En los actos de asistencia, los documentos, antecedentes, informaciones o pruebas obtenidas no podrán divulgarse o utilizarse para propósitos diferentes de aquellos especificados en la carta rogatoria, sin previo consentimiento de la Fiscalía de la Nación que tiene la legitimidad para autorizar su uso en otros ámbitos de naturaleza fiscal o judicial (art. 535.1 del NCPP).

La autoridad judicial al aceptar la solicitud de asistencia, o la Fiscalía de la Nación, podrá disponer que la información o las pruebas remitidas al Estado requirente se conserven en confidencialidad.

V. Intervención de fiscales o jueces extranjeros en diligencias en el Perú

Algunas veces para aplicar la inmediación los órganos fiscales o jurisdiccionales extranjeros solicitan practicar directamente la diligencia en el Estado requerido comunicarán su intención a la Fiscalía de la Nación por su autoridad central o por vía diplomática (art. 539.1 del NCPP).

Nuestra autoridad central, la Fiscalía de la Nación, remitirá la solicitud al Juez de la Investigación Preparatoria con competencia en el lugar donde debe realizarse la diligencia. Previo traslado al Fiscal Provincial y a los interesados debidamente apersonados, decidirá luego de la vista de la causa en el plazo de 5 días. La decisión, si deniega la asistencia internacional, puede ser apelada con efecto suspensivo ante la Sala Penal Superior.

Si el juez acepta la solicitud de la autoridad extranjera de participar directamente en la diligencia, no abdica de la soberanía del Estado por lo que tiene la obligación de garantizar que en la ejecución de la diligencia no se afecten derechos y garantías consagradas por el ordenamiento jurídico peruano. Imaginemos que en un interrogatorio la autoridad extranjera maltrate verbalmente al testigo. Esto debe ser controlado y rechazado por el juez por afectación de la dignidad del requerido.

El juez en general prestará a la autoridad extranjera el auxilio que requiera para el cumplimiento de las diligencias y también el Ministerio Público será citado y participará activamente en el procedimiento de ejecución.

VI. Cartas rogatorias del Perú a autoridades extranjeras

Ante la necesidad de prácticas de actos de investigación o de prueba se podrá solicitar a las autoridades extranjeras la asistencia judicial mediante carta rogatoria. La petición deberá contemplar los siguientes requisitos:

- Nombre de la autoridad peruana encargada de la investigación o del juzgamiento, puede ser fiscal o juez.
- El delito a que se refiere la causa y descripción del asunto, la índole de la investigación o juzgamiento, y la relación de los hechos a los que se refiere la solicitud.
- Descripción completa de la asistencia que se solicita y, en su caso, remisión de la documentación pertinente.
- Si no se conocen las pruebas en particular que quieren obtenerse, se mencionará los hechos que se buscan acreditar.
- Están legitimados para cursar las cartas rogatorias los jueces o los fiscales quienes las tramitaran por intermedio de la Fiscalía de la Nación (art. 536 del NCPP).

1. Solicitud a las autoridades extranjeras para el traslado del detenido o condenado

El juez a requerimiento del Ministerio Público o de las partes siempre que se cumplan los requisitos de procedencia previstos en el NCPP y resulte necesaria la presencia de un procesado detenido o de un condenado que en el extranjero está sufriendo privación de la libertad o medida restrictiva de la libertad, podrá solicitar su traslado al Perú a las autoridades de ese país, a fin de que preste testimonio, colabore en las investigaciones o intervenga en las actuaciones correspondientes (art. 537.1). La idea es que su presencia sea imprescindible porque de lo contrario se puede solicitar la asistencia judicial respectiva.

La solicitud de traslado implicará la garantía que se conceda un salvoconducto por parte del Estado peruano y las exigencias mutuamente acordadas con la autoridad extranjera, previa coordinación con la Fiscalía de la Nación.

Si el juez deniega el requerimiento mediante un auto, este podrá ser apelado por los legitimados para hacerlo. Se concederá la apelación con efecto suspensivo.

VII. Las diligencias en el exterior por jueces o fiscales peruanos

En la lógica de garantizar la inmediación y la necesidad de practicar diligencias en el territorio extranjero, el Fiscal Superior o la Sala Penal Superior competente, según corresponda realizarla al fiscal o al juez, podrán de acuerdo con la naturaleza de la actuación y la urgencia de esta, previa aceptación del Estado extranjero, autorizar el traslado del fiscal o del juez. La decisión que se emite no es apelable (art. 538.1 del NCPP).

El fiscal o el juez dispondrá se forme cuaderno aparte conteniendo copia certificada de los actuados pertinentes que resulten necesarios para determinar la necesidad y urgencia. La resolución que acuerde solicitar la autorización será motivada y precisará las diligencias que deben practicarse en el extranjero (art. 538.2).

La Fiscalía de la Nación recibirá por conducto del Ministerio de Relaciones Exteriores la respuesta del Estado requerido sobre la posibilidad de realizarse en su territorio estas diligencias y las anexará a los actuados. Expedida la autorización que el juez articuló, dará aviso al Ministerio de Relaciones Exteriores y a la representación diplomática acreditada en Perú del país donde debe realizarse la diligencia.

Capítulo VII
El cumplimiento de condenas

I. Alcances

El primer párrafo del artículo VII del Título Preliminar del Código de Ejecución Penal señala que la transferencia de personas extranjeras o nacionales condenadas por jueces peruanos para el cumplimiento de las penas impuestas en su país de origen o en el de residencia habitual se regirá por los tratados o convenios internacionales sobre la materia y el principio de reciprocidad por razones humanitarias y leyes respectivas. El NCPP norma de modo general, el comportamiento judicial en materia traslado de condenados con énfasis en el respeto de los Derechos Humanos A efectos de reglamentar el procedimiento se dictó el Decreto Supremo N° 016-2006-JUS modificado por el Decreto Supremo número 010-2008-JUS. Allí se fijaron disposiciones simplificadas respecto a la documentación requerida a los condenados extranjeros en nuestro país para la solicitud de sus traslados, con la finalidad de que sus trámites se efectúen con celeridad, así como incluir plazos en el trámite de las solicitudes de traslado pasivo. Los requisitos para poder examinar la solicitud de traslado que debe cumplir el solicitante son: a) Partida de nacimiento, b) Copia certificada de la sentencia impuesta al solicitante por las autoridades nacionales competentes y constancia lo que se acredita que dicha sentencia ha quedado consentida, c) Normas referidas al delito materia de condena al solicitante, d) Informe social del Instituto Nacional Penitenciario con opinión favorable para el traslado por reinserción familiar, informe médico número cero doce-dos mil nueve-INPE que concluye clínicamente sano; e informe psicológico que debe señalar que ha demostrado responsabilidad y cumplimiento y apto para ser trasladado a su país de origen, e) Certificado de Conducta del Instituto Nacional Penitenciario, f) Informe laboral, g) Ficha Penológica, h) Certificado de no tener proceso pendiente con mandato de detención, i) Copia certificada de la Resolución Judicial que acredita la cancelación del pago de la multa y de la reparación civil y la exoneración del pago de la multa y la reparación civil a fojas cincuenta y cinco, j) Declaración expresa del solicitante de cumplir el resto de su condena en el estado receptor de fojas tres e indicación

expresa de la dirección y teléfono de un familiar y/o apoderado en el Estado receptor, k) Aprobación expresa del Estado receptor.

Una vez reunida la documentación se tramitaba ante la Sala Penal Superior tratándose del Código de Procedimientos Penales y Juzgado Colegiado con el NCPP.

II. Las penas y las medidas privativas de libertad efectivas

La posibilidad que condenados extranjeros cumplan su sentencia en su país de origen, trae consigo varios beneficios como el hecho que el sentenciado en aras de su resocialización tenga cerca de su familia. Además permite descargar los centros penitenciarios tan hacinados como son en la actualidad. Bajo tratados o la regla de reciprocidad el Perú también puede recibir a los nacionales que hayan sido sentenciados por autoridad jurisdiccional extranjera (art. 540.1 del NCPP).

La facultad de decidir el traslado de condenados, activo o pasivo, es el Ejecutivo mediante Resolución Suprema expedida con acuerdo del Consejo de Ministros, y con un previo informe de la Comisión Oficial presidida por el Ministerio de Justicia e integrada por el Ministerio de Relaciones Exteriores.

La decisión del Gobierno requiere la necesaria intervención judicial, es decir que no está librado a su arbitrio.

La ejecución de la sanción del trasladado se cumplirá de acuerdo a las normas de ejecución o del régimen penitenciario del Estado de cumplimiento. En este punto las reglas del Estado que lo ha condenado se supeditan al del Estado aceptante.

1. Jurisdicción del Perú sobre la condena impuesta

Si es nuestro país el que acepta el traslado del condenado extranjero mantiene aún jurisdicción sobre la condena impuesta y cualquier otro procedimiento que revise o modifique la sentencia dictada por tribunales peruanos. Igualmente retendrá la facultad de indultar o conceder amnistía o remitir la pena a la persona condenada (art. 541.1 del NCPP).

La autoridad central ante cualquier decisión que tenga incidencia en la ejecución de la pena coordinará con el Ministerio de Justicia y podrá aceptarla siempre que el Estado extranjero respete la legislación nacional.

El Perú si ha recibido condenados en ningún caso modificará, por su duración, la pena privativa de libertad o la medida privativa de libertad pronunciada por la autoridad judicial extranjera en respeto de su soberanía.

2. Condiciones para el traslado y el cumplimiento de condenas

Se contempla los siguientes requisitos para el traslado de condenados:

- Que el hecho que origina la solicitud sea punible en ambos Estados.
- Que no haya sido declarado responsable de delito de función militar.
- La parte de la condena del reo que puede cumplirse en el momento de hacerse la solicitud sea por lo menos de seis meses (la idea es que justifique el traslado porque no tendría sentido que alguien a quien le falte dos meses de condena se le envíe al exterior). Sin embargo excepcionalmente, previo acuerdo entre las autoridades centrales, podrá convenirse en el traslado, por tiempo menor. El acuerdo de la Fiscalía de la Nación requerirá la conformidad del Gobierno, que la recabará previa coordinación con el Ministerio de Justicia.
- Que la sentencia tenga la calidad de firme, no se admite un traslado cuando por ejemplo la sentencia se encuentre en apelación.
- Que las disposiciones de la sentencia se hayan garantizado como la multa, reparación civil y demás consecuencias accesorias.

Para facilitar el traslado de extranjeros que no podían cumplir con el pago de la multa o de la reparación civil se dictó la Ley Nº 29305, publicada el 22 diciembre 2008 que estableció el procedimiento para que el condenado que solicite ser trasladado a su país de origen, al amparo de los tratados o convenios internacionales sobre la materia o bajo el principio de reciprocidad, pueda solicitar al órgano jurisdiccional correspondiente la reducción o exoneración del pago de la reparación civil y multa, condicionado a los siguientes presupuestos:

- Que el agraviado sea únicamente el Estado o en su defecto haya satisfecho completamente la reparación civil fijada expresamente en la sentencia a favor de otros agraviados. El Estado si puede disponer respecto de la reparación civil mas no de las víctimas que tienen distinta calidad, porque sería injusto para ellos si es que se envía al exterior del país a un condenado y estas no sean indemnizadas.

- Acredite razones humanitarias debidamente fundadas o carezca de medios económicos suficientes, previo informe socioeconómico del funcionario competente del Instituto Nacional Penitenciario que corrobore dicha situación. Por ejemplo si el condenado se encuentra enfermo o no tiene capacidad económica para pagar. Se debe realizar una declaración de insolvencia de tal forma que en este caso si no puede pagar al agraviado, se le eximirá del pago de reparación civil.

Es la autoridad judicial, que previa evaluación de los antecedentes y mediante resolución motivada, la que aprobará o denegará la solicitud de exoneración y/o reducción del pago de la reparación civil y multa.

Si son reparaciones civiles solidarias, se hará extensivo dicho beneficio a los demás condenados extranjeros, que se encuentran en la misma condición de insolvencia.

En el caso de condenados con doble nacionalidad, una de las cuales es la peruana, la pena se cumplirá en el Perú.

El traslado será con la condición que no exista actuación procesal en trámite ni sentencia ejecutoriada de jueces locales sobre los mismos hechos (art. 542 del NCPP).

III. Trámite para disponer el traslado de extranjero condenado en el Perú

1. Solicitud de Estado extranjero al Perú

La presencia mayoritaria de extranjeros se encuentra en delitos de tráfico de drogas. La poca capacidad de la infraestructura carcelaria genera la necesidad de trasladarlos a sus países de origen toda vez que desde una óptica de costo y beneficio, se traslada también los costos a los Estados receptores.

El Estado extranjero presentará la solicitud a la autoridad central, que la trasladara al Juzgado Penal colegiado. Este órgano competente por el lugar donde se encuentra recluido el beneficiado decidir en el plazo de 5 días con previo traslado al fiscal y las partes apersonadas, luego de celebrada una vista. La decisión es apelable con efecto suspensivo ante la Sala Superior (543.1 del NCPP).

Formalmente se debe adjuntar a la petición copia certificada de la sentencia relativa al reo, y constancia que tiene la calidad de firme. Si corresponde, el acuerdo celebrado entre la Fiscalía de la Nación y la respectiva autoridad extranjera sobre los puntos indicados en el artículo 54, esto la mantención de la soberanía del Estado que sancionó el delito.

La aceptación expresa del reo, prestado con asesoramiento de su abogado defensor. Se requiere que la aceptación deba ser informada y consciente de los efectos materiales y legales del traslado.

Puede considerarse que la documentación acompañada es insuficiente entonces se podrá solicitar mayor información.

Se fijan pautas que debe emplear el juez para decidir respecto de la decisión como:

- La gravedad del delito. Se trata de conceder un beneficio al solicitante; sin embargo debe considerarse la gravedad de los delitos cometidos de tal forma que se tenga que cuidar que la autorización no vaya en contra de la necesidad de prevención general. La ciudadanía lo puede ver como una suerte de debilidad del Estado en su obligación de punir severamente el delito.

- Los antecedentes del reo. Esto debe ser evaluado a partir del comportamiento del beneficiado. Si tenemos un reo que ha cometido un conjunto de infracciones carcelarias, entonces no puede ser favorecido con la aceptación de su solicitud.

- Estado de salud. Guarda relación con un trato humanitario si es que probadamente tiene problemas de salud.

- Vínculos que pueda tener con el Estado donde cumplirá la condena. Tiene que existir arraigo en aras de continuar con la rehabilitación.

La resolución judicial si es aprobatoria tiene carácter de consultiva. Se remitirá conjuntamente con las actuaciones formadas al efecto al Ministerio de Justicia, con conocimiento de la Fiscalía de la Nación. El Gobierno puede decidir lo que considere conveniente, es decir aceptar o denegar la petición.

Si la resolución judicial es negativa al traslado, el Gobierno queda vinculado a esa decisión.

2. Solicitud de Perú para el traslado del extranjero a su país de origen

Si es el Estado peruano el que solicita que se traslade a un extranjero a su país de origen o que se retorne al país un peruano condenando en el extranjero se sigue el siguiente trámite. Si es para el traslado de extranjero será competente el Juzgado Penal colegiado del lugar donde se encuentra encarcelado; y si es de peruano detenido en el extranjero, el Juzgado Penal colegiado de la Corte de Lima a instancia del fiscal en coordinación con la autoridad central (art. 544.1 del NCPP).

La fiscalía designada por la Fiscalía de la Nación formará el cuaderno de oficio o a petición del condenado, quien debe dar su consentimiento ante la autoridad judicial y con asistencia de abogado defensor. Previamente deberá ser informado de las consecuencias del traslado. Debe haber pagado la reparación civil, y sus consecuencias accesorias, salvo que haya logrado la exoneración (Conforme a las reglas establecidas en el artículo 542 inciso e), modificado por la Ley Nº 29305, publicada el 22 de diciembre de 2008).

El Juzgado Penal colegiado se pronunciará si corresponde iniciar formalmente la solicitud de traslado. Correrá traslado a las partes personadas por el plazo de cinco días y celebrará la audiencia de vista de la causa en el mismo plazo.

IV. Circular de la Presidencia del Poder Judicial sobre los traslados

Se ha emitido la Resolución Administrativa N° 253-2011-P-PJ y que es la Circular para el Traslado de Extranjeros Condenados y Documentos oficiales dada en Lima el 7 de julio de 2011.

En esta se hace un recorrido sobre la legislación que sustenta el traslado de condenados a sus países de origen y los problemas que esto ha generado. Se señala que por Ley N° 28671, del 31 de enero de 2006, se dispuso la vigencia a nivel nacional del Libro Sétimo sobre "La Cooperación Judicial Internacional", del Código Procesal Penal, Decreto Legislativo N° 957, el mismo que, en la Sección V, referida al "Cumplimiento de Condenas", regula el traslado de extranjeros que han sido condenados en el Perú. Siendo necesario precisar los alcances de las disposiciones del NCPP en materia de extradición y traslado de condenados, el 21 de julio de 2006 se emitió el Decreto Supremo N° 016-2006-JUS, mediante el cual el Ministerio de Justicia integraba las funciones que desarrollan las diversas entidades que intervienen en el trámite de las extradiciones y traslado de condenados.

En el cuarto considerando precisan que el Decreto Supremo N° 010-2008-JUS, publicado el 8 de julio de 2008, modificó los artículos 22 y 23 del Decreto Supremo N° 016-2006-JUS, estableciendo en su artículo 22, inciso k), los requisitos para acceder a la solicitud de traslado de los extranjeros condenados, entre los que se señalaba: "(…) copia certificada de la resolución judicial que acredite la cancelación del pago de multa y de la reparación civil", y que la exigencia del cumplimiento del previo pago de la reparación civil y de la multa, generó como consecuencia la reducción de las posibilidades de traslados de ciudadanos extranjeros, debido a la natural situación de insolvencia de la mayoría de ellos, internos en los centros penitenciarios de nuestro país, contrario a la finalidad de este proceso.

Por esta razón se promulgó la Ley N° 29305, del 22 de diciembre de 2008, que modificó el artículo 542 del NCPP que dispuso que el condenado que solicite ser trasladado a su país de origen, podrá solicitar al juez la reducción o exoneración del pago de la reparación civil y multa, siempre que cumpla con los siguientes supuestos: a) Que el agraviado sea únicamente el Estado o en su defecto que haya satisfecho completamente la reparación civil fijada expresamente en la sentencia a favor de otros agraviados. b) Acredite razones humanitarias debidamente fundadas o carezca de medios económicos suficientes, previo informe socioeconómico del funcionario competente del Instituto Nacional Penitenciario que corrobore dicha situación".

La presidencia del poder judicial interpreta en el sexto considerando que esta modificación legal a favor de los internos extranjeros son alternativas a otras situaciones como "insolvencia económica" o por "razones humanitarias", que el juez deberá tener en cuenta para proceder a exonerar o reducir las obligaciones pecuniarias impuestas en la sentencia.

Para verificar la "insolvencia económica" del condenado extranjero, deberá determinar que la persona está en incapacidad de cumplir con sus obligaciones, porque las mismas son superiores a sus recursos económicos disponibles o porque se encuentra en estado de indigencia (extrema pobreza).

En el supuesto de "razones humanitarias", el juez debe tomar en consideración, la edad, el estado de salud, la situación familiar.

Respecto a los documentos personales de los condenados como pasaportes, visas, brevetes internacionales u otros documentos personales que no constituyan cuerpo del delito, sino que se les haya incautado o decomisado al momento de su detención y se encuentren bajo custodia del Poder Judicial, los órganos jurisdiccionales competentes deberán remitir los documentos antes referidos

a los respectivos consulados del país de origen al que pertenezcan los procesados extranjeros, previa copia certificada que deberá obrar en autos.

V. Penas diferentes a la pena privativa de libertad y medidas de seguridad

En los casos de penas suspendidas o medidas de seguridad se puede solicitar la ejecución de estas en los países de origen.

Por ejemplo en penas no privativas de libertad como las suspendidas con reglas de conducta o prestación de servicio, limitación de días libres o medidas de seguridad de un peruano puede cumplirlas en el país bajo vigilancia del órgano judicial que se designe. La aceptación de la solicitud está condicionada al cumplimiento de la reparación civil y de las demás consecuencias accesorias, y a la aceptación del condenado prestada con asistencia de su abogado defensor, esto es bajo su libre consentimiento (art. 541 del NCPP).

La solicitud de la autoridad extranjera requiere copia certificada de la sentencia firme, información de haberse cumplido la reparación civil y las demás consecuencias accesorias, información sobre la fecha de llegada al Perú, y explicación de las obligaciones asumidas por el condenado y del control que se requiere de la autoridad peruana, con determinación de la fecha de finalización del control.

No se aceptará la solicitud cuando las obligaciones asumidas por el condenado o las medidas de control requeridas sean incompatibles o contrarias a la legislación nacional. Esto debe entenderse dentro de una lógica de respeto de derechos humanos pues no se podría obligar al condenado que observe obligaciones que sean incompatibles con la legislación peruana.

Tratándose de peruano podrá presentar la solicitud por sí o a través de terceros a su nombre. Es posible que se haga representar para que se inicie el trámite sin necesidad que él directamente participe.

Resolverá la solicitud el Juez de la Investigación Preparatoria y se requiere informe del Instituto Nacional Penitenciario, que tiene competencia en la ejecución de la pena.

El Estado peruano se obliga a informar periódicamente al Estado de condena acerca de la forma en que se lleva a cabo el control.

Si hay incumplimiento por parte del condenado de las obligaciones asumidas se informará de inmediato al Estado de condena adopte las medidas que correspondan al caso.

1. Si se trata de condenado extranjero

El extranjero podrá solicitar cumplir las penas no privativas de libertad en su país, presentado su petición al Juez de la Investigación Preparatoria. La Fiscalía de la Nación coordinará con la autoridad extranjera los requisitos y condiciones que el Estado de condena establece al respecto, y las remitirá al juez de la causa para su decisión (art. 546 del NCPP), podría tratarse de servicio comunitario.

2. Pena de multa y decomiso

Si la autoridad juridicial extranjera ha aplicado penas de multa(151) o consecuencias accesorias de decomiso, pueden ser ejecutadas en el Perú a solicitud de la autoridad central extranjera. Previamente se debe corroborar que se den los siguientes requisitos:

- El delito fuere de competencia del Estado requirente, según su propia legislación.
- La condena esté firme.
- El hecho que la motiva constituya delito para la Ley peruana, aun cuando no tuviera prescritas las mismas penas.
- No se trate de un delito político o el proceso se instó por propósitos políticos o motivos discriminatorios rechazados por el Derecho internacional.
- El condenado no hubiese sido juzgado en el Perú o en otro país por el hecho que motiva el pedido.
- No se trata de una condena dictada en ausencia.

(151) Artículo 41 del Código Penal.- La pena de multa obliga al condenado a pagar al Estado una suma de dinero fijada en días-multa. El importe del día-multa es equivalente al ingreso promedio diario del condenado y se determina atendiendo a su patrimonio, rentas, remuneraciones, nivel de gasto y demás signos exteriores de riqueza.

Se establece en una suerte de compensación que la autoridad central, en coordinación con el Ministerio de Relaciones Exteriores, podrá convenir con el Estado requirente, sobre la base de reciprocidad, que parte del dinero o de los bienes obtenidos como consecuencia del procedimiento de ejecución, queden en poder del Estado peruano. El trámite es el mismo previsto para la carta rogatoria.

El procedimiento judicial para la ejecución forzosa de la multa y del decomiso será el previsto en el NCPP y podrán adoptarse medidas de coerción patrimonial. Intervendrá necesariamente el fiscal provincial.

La multa se ejecutará por el monto y las condiciones establecidas en la condena, el cual se convertirá a la moneda nacional o a otra moneda según los acuerdos que se arriben y siempre que no prohíba la legislación nacional. El dinero o los bienes obtenidos serán depositados a la orden de la Fiscalía de la Nación, la que los transferirá o entregará a la autoridad central del país requirente o a la que esta designe (art. 547). Los gastos que ocasione la ejecución serán de cargo del Estado requirente.

3. Pena de inhabilitación

Esta pena consiste en la privación y restricción de derechos del condenado sean políticos, económicos y sociales, como consecuencia de la realización de un delito. En el Código Penal se encuentra regulado por el artículo 36 que debe ser tomado como marco para poder ejecutarla en el país.

La autoridad central del país que impuso la condena solicitará al Perú la ejecución siempre que se cumplan con las condiciones establecidas en el artículo 532.1[(152)].

En el procedimiento de admisión y el de ejecución, se hará con la intervención necesaria del Fiscal Provincial, y se aplicarán las reglas de la carta rogatoria.

El Perú también puede solicitar que las penas de multa e inhabilitación y decomiso se ejecuten en el extranjero y se aplicarán por analogía las reglas del artículo 532.1 con intervención necesaria del fiscal provincial.

(152) Artículo 532.1.- La Fiscalía de la Nación cursará las solicitudes de asistencia de las autoridades extranjeras al Juez de la Investigación Preparatoria del lugar donde deba realizarse la diligencia, quien en el plazo de dos días, decidirá acerca de la procedencia de la referida solicitud.

Capítulo VIII
La entrega vigilada

I. Definición

Es concebido como procedimiento de investigación para detectar y controlar las actividades ilícitas que desarrolla la criminalidad organizada. Cuando trascienden estas en el ámbito internacional, y si solo se realiza una investigación en el país, no se podrá determinar cómo operan las redes criminales porque el brazo de la ley en el extranjero no les llega. De allí la necesidad de emplearlo en coordinación con el país donde se encuentran las conexiones del crimen organizado. Le debe su origen al delito de tráfico de drogas que es combatido a nivel mundial por lo que la entrega vigilada como cooperación puede ejecutarse dentro del país como en el extranjero.

El Manual de la Unión Europea sobre entregas vigiladas, elaborado por la Europol y aprobado por todos los Estados Miembros de la Unión, señala que la unidad solicitante debe proporcionar a las autoridades competentes del país de destino o tránsito información adecuada y suficiente sobre los siguientes aspectos:

1. Razón de la operación.
2. Información factual que justifique la operación.
3. Tipo y cantidad de drogas u otras mercancías.
4. Puntos de entrada y de salida de las especies previstos en el Estado al que se dirige la solicitud, cuando ello sea posible.
5. Medios de transporte e itinerarios previstos.
6. Identidad de los sospechosos (nombre, fecha de nacimiento, domicilio, nacionalidad, descripción física).
7. Autoridad responsable de la operación.

8. Indicaciones sobre el jefe de investigación encargado de la operación y los medios de contacto.

9. Detalles sobre los agentes de policía, de aduanas o de otros servicios encargados de la ejecución de las leyes que apoyan la operación.

10. Detalles sobre técnicas especiales propuestas (agentes encubiertos, dispositivos de seguimiento, etc.)[153].

Si la petición proviene de Estado extranjero, el fiscal provincial competente previa coordinación con la Fiscalía de la Nación y con la solicitud expresa y motivada de la autoridad extranjera, puede autorizar la entrega vigilada (art. 550.1 del NCPP) que se concretará en una disposición reservada y se comunicará a la autoridad central extranjera o, por razones de urgencia, a la autoridad que ha de realizar la investigación, podría ser en este caso otra fiscalía o policía bajo conducción fiscal.

En dicha Disposición se determinará, que las remesas ilícitas cuya entrega vigilada se haya acordado puedan ser interceptadas, y autorizadas a proseguir intactas o a sustituir su contenido, total o parcialmente, dependiendo de las necesidades de la investigación.

El fiscal provincial conducirá con la participación activa de la Policía Nacional, en todo el procedimiento de entrega vigilada.

II. Procedimiento

1. Rol de la fiscalía en los procedimientos de entregas

- Establecerá, en coordinación con la autoridad competente extranjera, el procedimiento mutuamente convenido para la entrega vigilada.

- Precisará, con pleno respeto a la vigencia de Ley penal nacional, la atribución que corresponde al Ministerio Público de promover la acción penal en el país, en caso el procedimiento de entrega vigilada dé resultados positivos (art. 552). La idea es construir un caso que permita incoar la persecución penal y acusación por la fiscalía.

(153) PRADO SALDARRIAGA, Víctor. <http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080526_66.pdf>. [Fecha de consulta: 12 de noviembre del 2014].

2. Autorización para utilizar la entrega vigilada en el extranjero

La fiscalía que investiga un delito previsto en el artículo 340[(154)], previa coordinación con la Fiscalía de la Nación, podrá autorizar se solicite a la autoridad extranjera competente la utilización de la entrega vigilada.

Si hay urgencia podrá utilizarse el canal directo con la autoridad central del país requerido o, con autorización de ella, con el órgano que de inmediato tendrá a su cargo la ejecución de dicha técnica de cooperación (art. 553).

(154) Tráfico de drogas, lavado de activos, delitos aduaneros; y los descritos en los artículos 228, 230, 308, 309, 252 a 255, 257, 279 y 279-A del Código Penal.

Capítulo IX
Cooperación con la Corte Penal Internacional

I. La Corte Penal Internacional

Este Tribunal Penal Internacional es una corte de jurisdicción internacional, de carácter permanente y dependiente de la Naciones Unidas. Su creación fue aprobada en una conferencia celebrada en 1998 en Roma (de allí por ejemplo proviene la alusión al Estatuto de Roma) por representantes de ciento veinte países. Estados Unidos, China e Irak se opusieron a su creación y veintiuno se abstuvieron. El Tratado de Roma que lo crea también y aprueba su estatuto jurídico fue firmado el 18 de julio de 1998 por un primer grupo de veinte países que se adhirieron a su contenido. El acuerdo fue que comenzaría sus funciones hacia el 2001, cuando aproximadamente cincuenta Estados hubieran ratificado dicho documento. El tribunal nació el 11 de abril de 2002, al ratificar diez países el Estatuto de Roma y elevarse a sesenta y seis la cifra total de Estados signatarios. Su funcionamiento data desde marzo de 2003.

Estados Unidos no apoyó la constitución de la Corte Penal Internacional (en adelante, CPI), pero en junio de 2004, aceptó retirar la inmunidad de sus tropas desplegadas en misiones internacionales frente a los procesos por crímenes de guerra en este tribunal pero sin adherirse a él. El 2004 la CPI, con estatuto ratificado para ese entonces por 94 países, decidió investigar y juzgar los crímenes cometidos en la República Democrática del Congo desde julio de 2002, y que sería su primer proceso judicial.

La sede de la CPI está en la Haya y las competencias de la Corte se extienden al procesamiento de individuos que cometan genocidio, crímenes de guerra, crímenes contra la humanidad y agresión. La intervención de la CPI es complementaria si es que el Estado que se encuentra en la obligación de juzgar, decide no hacerlo. Son sujetos legitimados para presentar caso ante la CPI los Estados que lo hayan ratificado, su fiscalía, el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas para hechos posteriores al 1 de julio de 2002.

La Corte se encuentra integrada por un fiscal y dieciocho jueces con mandatos por periodos de nueve años. Su estructura orgánica comprende la oficina

del fiscal, sala de cuestiones preliminares, sala de juicio y sala de apelación (que desarrollaremos más adelante). La pena máxima con que podrá condenar a los procesados será la cadena perpetua toda vez que en el Estatuto de Roma se encuentran tipificadas las conductas con su respectiva sanción en una suerte de Código Penal Internacional.

Su carácter es permanente, a diferencia de los cuatro tribunales penales internacionales temporales como el Tribunal Internacional Militar de Núremberg, el de Tokio, el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia y el Tribunal Penal Internacional para Ruanda. En la CPI a diferencia de esos tribunales internacionales las víctimas son consideradas como parte procesal y pueden obtener reparaciones.

Las motivaciones de la creación de la CPI es el reconocimiento que el siglo XX, millones de niños, mujeres y hombres han sido víctimas de atrocidades que han conmovido la conciencia de la humanidad. Las amenazas para la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad no deben quedar sin castigo y que en consecuencia, hay que adoptar medidas en el plano nacional e intensificar la cooperación internacional para asegurar que sean efectivamente sometidos a la acción de la justicia. Es la voluntad de los Estados poner fin a la impunidad de los autores de esos crímenes y a contribuir así a la prevención de nuevos crímenes y la CPI busca que la justicia internacional sea respetada y puesta en práctica en forma duradera y que cualquier obstáculo formal sea levantado. Por ejemplo para CPI la inmunidad de un procesado derivado de haber sido Jefe de Estado de un país o de otro rango oficial jerárquico que le otorgue dicha prerrogativa(155), puede sortearse legalmente de tal manera que se pueda someter al presunto responsable a un proceso penal.

El primer caso ha sido el juicio de Thomas Lubanga Dyilo quien fue hallado culpable de crímenes de guerra cometidos en la República Democrática del Congo en 2002-2003. La Sala de Primera Instancia I de la CPI el 14 de marzo de 2012 entregó el veredicto, encontrando al acusado culpable. Thomas Lubanga, como líder de la Unión de patriotas congoleños y comandante en jefe de su ala militar, las *Forces Patriotiques pour la Libération du Congo*, fue acusado de cometer los crímenes de guerra de alistar y reclutar niños menores de 15 años para participar en los enfrentamientos en Ituri, un distrito de la provincia oriental de la República Democrática del Congo entre setiembre de 2002 y agosto de 2003. Durante los procedimientos, 10 exniños soldados rindieron su

(155) En: <http://www.trial-ch.org/es/recursos/tribunales/corte-penal-internacionalhtml>. [Fecha de consulta: 23 de mayo de 2014].

testimonio junto a numerosos testigos y expertos. Además 129 víctimas fueron autorizadas por los jueces a participar a través de 7 representantes legales(156).

La sentencia fue dictada el 10 de julio de 2012 imponiéndosele la pena de 14 años de privación de libertad. Si bien este proceso es histórico la CPI continúa con su labor ya que hasta el 2012 investigaba siete casos en la República Centroafricana, la República Democrática del Congo, Costa de Marfil, Darfur (Sudán), Uganda, Kenia y Libia. La Corte ha emitido 20 órdenes de detención y nueve órdenes de comparecencia. De allí la necesidad que los países signatarios del Tratado de Roma apoyen la actividad jurisdiccional desarrollada por la CPI con actos de cooperación judicial.

II. Aspectos generales de la cooperación del Perú con la Corte

Dada la importancia de la Corte Penal, el NCPP ha regulado los actos que pueden realizarse con este órgano jurisdiccional internacional.

- La detención y entrega de personas.
- La detención provisional.
- Los actos de cooperación previstos en el artículo 93 del Estatuto de la Corte Penal Internacional(157) (art. 554 del NCPP).

Se ha previsto que si hay actos que no están incluidos en el Estatuto de Roma se faculta a los jueces otorgar asistencia en los supuestos previstos establecidos en el artículo 511.1 b) al m) del numeral 1) que son los siguientes:

> "b) Notificación de resoluciones y sentencias, así como de testigos y peritos a fin de que presenten testimonio;

(156) Extraído de <http://www.coalitionfortheicc.org/?lang=es>. [Fecha de consulta: 23 de mayo del 2014].

(157) Artículo 93 del Estatuto de Roma. a) Identificar y buscar personas u objetos; b) Practicar pruebas, incluidos los testimonios bajo juramento, y producir pruebas, incluidos los dictámenes e informes periciales que requiera la Corte; c) Interrogar a una persona objeto de investigación o enjuiciamiento; d) Notificar documentos, inclusive los documentos judiciales; e) Facilitar la comparecencia voluntaria ante la Corte de testigos o expertos; f) Proceder al traslado provisional de personas; g) Realizar inspecciones oculares, inclusive la exhumación y el examen de cadáveres y fosas comunes; h) Practicar allanamientos y decomisos; i) Transmitir registros y documentos, inclusive registros y documentos oficiales; j) Proteger a víctimas y testigos y preservar pruebas; k) Identificar, determinar el paradero o inmovilizar el producto y los bienes y haberes obtenidos del crimen y de los instrumentos del crimen, o incautarse de ellos, con miras a su decomiso ulterior y sin perjuicio de los derechos de terceros de buena fe; y l) Cualquier otro tipo de asistencia no prohibida por la legislación del Estado requerido y destinada a facilitar la investigación y el enjuiciamiento de crímenes de la competencia de la Corte.

c) Recepción de testimonios y declaraciones de personas;

d) Exhibición y remisión de documentos judiciales o copia de ellos;

e) Remisión de documentos e informes;

f) Realización de indagaciones o de inspecciones;

g) Examen de objetos y lugares;

h) Práctica de bloqueos de cuentas, embargos, incautaciones o secuestro de bienes delictivos, inmovilización de activos, registros domiciliarios, allanamientos, control de comunicaciones, identificación o ubicación del producto de los bienes o los instrumentos de la comisión de un delito, y de las demás medidas limitativas de derechos;

i) Facilitar información y elementos de prueba;

j) Traslado temporal de detenidos sujetos a un proceso penal o de condenados, cuando su comparecencia como testigo sea necesaria, así como de personas que se encuentran en libertad;

k) Traslado de condenados;

l) Diligencias en el exterior; y,

m) Entrega vigilada de bienes delictivos".

Por otro lado también se puede asistir en lo que respeta a la ejecución de penas impuestas a nacionales por la Corte Penal Internacional.

1. Trámite

Si un órgano de la CPI requiere una asistencia para un acto procesal, por conducto diplomático remitirá su solicitud a la Fiscalía de la Nación, aunque también pueden hacerlo directamente en aras de la celeridad en la respuesta. El fiscal cursará al juez las solicitudes de cooperación de detención y entrega, de detención provisional, y de todas aquellas establecidas en el artículo 511 NCPP. Para estos actos la intervención judicial es obligatoria, sin embargo solo intervendrá el fiscal provincial del lugar de los hechos en su admisión y ejecución si el acto de cooperación consiste en:

- Identificación y búsqueda de personas u objetos.

- Realización de exhumaciones y el examen de cadáveres y fosas comunes. Esto responde a la naturaleza grave de los delitos que se ventila en la CPI.

- Identificación y determinación del paradero de bienes delictivos.

Si la solicitud, además exige la realización de inspecciones oculares; el congelamiento o la incautación de bienes delictivos, el fiscal provincial hará la petición al juez para que dicte la resolución autoritativa que corresponda.

Salvo que requiera autorización jurisdiccional, el fiscal provincial estará encargado de la conducción de las labores de protección de víctimas y testigos.

De estas diligencias se deberá preservar el secreto si es que pueden afectar la seguridad e integridad corporal y psicológica de los investigados, de las víctimas, de los posibles testigos y de sus familiares (art. 555).

2. Consultas y acuerdos

El Estado requerido tiene que verificar si los actos de cooperación solicitados por la CPI no colisionan con normas de orden público; y si lo considera así el juez o fiscal sin denegar dictará una resolución o disposición expresando en ellas las controversias con el orden legal remitiendo en forma reservada a la Fiscalía de la Nación (art. 556.1 del NCPP) que a su vez realizará las consultas a la CPI a fin de resolver la cuestión. Concluida la consulta la Fiscalía de la Nación se pronunciará, y tiene la facultad de fijar en coordinación con la CPI el ámbito posible de la cooperación, aclarar los puntos de cuestionamiento de la decisión fiscal o judicial o dictar cualquier otra recomendación que considere conveniente.

El fiscal encargado o el juez competente decidirán lo que considere arreglado a derecho siempre con conocimiento de la Fiscalía de la Nación.

Puede darse el supuesto que la cooperación es para la presentación de documentos o información que puedan poner en riesgo la seguridad nacional o se trate de secretos de Estado. En este caso, se remitirá a las objeciones a Fiscalía de la Nación que coordinará con los ministerios u órganos del Estado involucrados y también iniciará las consultas con la CPI. Otra opción que tiene el juez en este supuesto es que directamente puede denegar la autorización para realizar el acto de cooperación solicitado, y comunicará su decisión a la Fiscalía de la Nación y esta a la CPI.

A fin de facilitar la coordinación con la CPI la autoridad central nacional le informará cuáles son las normas de derecho interno y cuáles son los requisitos necesarios para el debido cumplimiento de los actos de cooperación solicitados. De allí extraemos la posibilidad de un sistema global de intercambio de información no solo de la autoridad central con la Corte Penal sino también con otros Estados, de allí el mérito del Poder Judicial peruano que ha establecido en su página web un enlace con la legislación penal internacional, los tratados en texto completo, iniciativa que debería ser seguida por la Fiscalía de la Nación, que como autoridad central y por norma expresa del NCPP es la encargada de intervenir en estos ámbitos de cooperación.

III. La detención y entrega de personas a la Corte Penal Internacional

Siendo la competencia de la CPI a nivel internacional se tiene que en los casos en los que tenga ubicada a una persona requerida por una acusación de delitos contra la humanidad, o crímenes de guerra podrá solicitar al Estado donde se encuentre el imputado para que se le detenga y se le entregue a la Corte.

1. Trámite

La Fiscalía de la Nación recibirá la solicitud de detención de la CPI con los siguientes anexos:

a) Información suficiente para la identificación de la persona buscada y datos sobre su probable paradero.

b) Copia de la orden de detención.

c) Los documentos, las declaraciones o la información que sean necesarios para cumplir los requisitos de procedimiento del Estado requerido relativos a la entrega; sin embargo, esos requisitos no podrán ser más onerosos que los aplicables a las solicitudes de extradición conforme a tratados o acuerdos celebrados por el Estado requerido y otros Estados y, de ser posible, serán menos onerosos, habida cuenta del carácter específico de la Corte (art. 91 del Estatuto de la CPI).

Se remitirá las actuaciones al Juez de la Investigación Preparatoria del lugar donde se encuentre el solicitado, con conocimiento de la Corte Suprema (art. 557.1). El juez, inmediatamente, expedirá mandato de detención.

Luego de detenido el requerido será puesto a disposición del Juez de la Investigación Preparatoria por Interpol, quien con citación del fiscal provincial

y dando cuenta del hecho a la Fiscalía de la Nación, en audiencia se recibirá su una declaración, informándole los motivos de la detención y de los detalles de la solicitud de entrega, otorgándole copia de esta, en resguardo de su derecho a conocer los cargos por los que está siendo detenido; además de designar a su abogado defensor.

El juez, le debe informar del derecho que tiene a nombrar abogado defensor. Si no puede hacerlo de la designación de un abogado de oficio. El detenido podrá objetar el contenido de la solicitud de entrega. Además y esto a veces sucede, puede cuestionar la identidad de quien es reclamado por la justicia internacional, es decir que es otra persona o los datos no coinciden con los de él. Puede reservar su respuesta para la audiencia de control de la entrega. Tiene derecho a contar con un intérprete si no habla el castellano.

El juez citará a una audiencia en un plazo no mayor de 15 días para controlar la solicitud. Serán citados el requerido, su defensor, el fiscal provincial, el representante que nombre la Corte Penal Internacional y el representante que designe la embajada del país del que es nacional el detenido. Las partes pueden presentar pruebas para cuestionar o apoyar las que aparezcan en el expediente de entrega, alegar la pertinencia o la impertinencia, formal o material de la solicitud de entrega, o cuanto motivo a favor de sus pretensiones.

La audiencia se iniciará con la precisión de las causales de entrega, el detalle del contenido de la solicitud de entrega y la glosa de documentos y elementos de prueba.

El requerido, si así lo considera conveniente, declarará al respecto y se someterá al interrogatorio de los participantes. Las partes alegarán por su orden y el imputado tendrá derecho a la última palabra.

El expediente se elevará inmediatamente a la Sala Penal de la Corte Suprema, con conocimiento de la Fiscalía de la Nación, que previo traslado de las actuaciones al Fiscal Supremo y a los demás participantes personados, señalará fecha para la audiencia de entrega.

La audiencia se llevará a cabo con los que asistan, quienes informarán oralmente, empezando por el fiscal y culminando por el abogado del requerido. Este tiene derecho a hablar si asiste a la audiencia. La Corte Suprema emitirá resolución consultiva en el plazo de cinco días. Notificada la resolución y vencido el plazo de tres días se remitirá inmediatamente al Ministerio de Justicia.

El detenido puede cuestionar la solicitud alegando por ejemplo que ya ha sido sentenciado (condenado o absuelto). El juez sin perjuicio de la continuación

del trámite, formará cuaderno con copia certificada de lo actuado y lo elevará a la Fiscalía de la Nación, que inmediatamente consultará a la CPI para que informe si hubo decisión de admisibilidad de la causa. El expediente principal, en el estado en que se encuentre, quedará suspendido hasta la respuesta de la CPI y dependiendo de esta se pueden dar las siguientes situaciones:

- Si la causa penal fue admitida, la autoridad judicial dará curso al pedido de detención y entrega.

- Si estuviese pendiente la decisión sobre la admisibilidad, la autoridad judicial podrá determinar la suspensión del procedimiento de entrega, a la espera de la decisión de la CPI.

El juez, si hay cuestionamiento de la identidad del detenido deberá realizar sumariamente las constataciones y si comprueba que no es la persona requerida por la CPI, así lo declarará inmediatamente, sin perjuicio de ordenar la detención de la persona correcta y ponerla en conocimiento de la Fiscalía de la Nación y de la Sala Penal de la Corte Suprema.

Esta decisión impedirá la prosecución del procedimiento y contra ella procede recurso de apelación ante la Sala Penal Superior.

El requerido puede facilitar su envío dando su consentimiento libre y expreso a ser entregado a la CPI. Si fuese así el Juez dará por concluido el procedimiento. La Sala Penal de la Corte Suprema, sin trámite alguno, dictará la resolución consultiva favorable a la entrega, remitiendo los actuados al Ministerio de Justicia para los fines de Ley (art. 557.8 del NCPP).

Finalmente la decisión queda en manos del poder ejecutivo por Resolución Suprema emitida por el Consejo de Ministros, que será puesta en conocimiento de la Fiscalía de la Nación y la CPI por la vía diplomática.

Si la resolución consultiva de la Corte Suprema es denegatoria por la entrega, así lo declarará el Poder Ejecutivo. Si el Ejecutivo deniega la Fiscalía de la Nación comunicará el hecho a la Interpol. Si el rechazo es por aspectos formales la CPI podrá realizar otra solicitud por el mismo hecho.

Si la Corte Suprema lo aprueba el Poder Ejecutivo puede dictar la decisión que corresponda, esto es puede autorizar o rechazar la entrega.

Si lo autoriza la CPI deberá efectuar el traslado del detenido en el plazo de treinta días, contados a partir de la comunicación oficial. La Fiscalía de la Nación si hay problemas para que la CPI traslade al requerido, se le concederá

un plazo adicional de diez días. A su vencimiento, el detenido será puesto inmediatamente en libertad, y el Estado requirente no podrá reiterar la demanda de extradición (este supuesto sería demasiada negligencia de la CPI).

Concluido el proceso, si hay absolución la CPI deberá comunicar al Perú ese hecho y le remitirá copia autenticada de la sentencia.

Con relación al procesamiento por hechos distintos y anteriores al hecho que sustento la entrega, la CPI puede solicitar al Perú la dispensa del artículo 101.1[(158)] del Estatuto de la CPI. Previamente celebrará consultas con la Fiscalía de la Nación y esta solicitud de dispensa será cursada directamente a la Sala Penal de la Corte Suprema.

La Corte Suprema realizará una vista con las partes a efectos de decidir si procede la dispensa. Si procede como resolución consultiva será remitido al Ejecutivo que decidirá finalmente si acoge o la rechaza. Si la Corte Suprema deniega, esta vincula al Poder Ejecutivo.

2. Plazo de la detención

La detención del requerido no podrá exceder de 90 días y si se vence ese plazo sin haberse resuelto la solicitud de entrega el juez dispondrá su libertad, lo que no le impide imponer medidas restrictivas dictándose impedimento de salida del país y retención del pasaporte (art. 559.1 del NCPP).

El detenido tiene derecho a solicitar libertad provisional ante el órgano jurisdiccional que, en ese momento, conozca de la solicitud de entrega. El juez dará cuenta de la misma a la Fiscalía de la Nación, la que se comunicará con la Corte Penal Internacional para que dé las recomendaciones necesarias.

El juez para resolver deberá considerar las recomendaciones de la CPI. Si hay circunstancias que la justifiquen y si existen garantías suficientes para la realización de la entrega podrá otorgar libertad provisional. Se dictarán restricciones como impedimento de salida del país y se retendrá el pasaporte, sin perjuicio de otras medidas de control que el juez discrecionalmente acuerde para impedir la fuga y asegurar la realización de la entrega.

(158) Artículo 101.1 del Estatuto de Roma.- Quien haya sido entregado a la Corte en virtud del presente Estatuto no será procesado, castigado o detenido por una conducta anterior a su entrega, a menos que esta constituya la base del delito por el cual haya sido entregado.

IV. Detención provisional con fines de entrega

Si la CPI solicita una detención provisional con fines que sea entregado el requerido el Juez evaluará que esta cumpla con los requisitos que establece el artículo 92 del Estatuto de Roma que son los siguientes:

La solicitud de detención provisional contendrá:

a) Información suficiente para identificar a la persona buscada y datos sobre su probable paradero.

b) Una exposición concisa de los crímenes por los que se pida la detención y de los hechos que presuntamente serían constitutivos de esos crímenes, inclusive, de ser posible, la indicación de la fecha y el lugar en que se cometieron.

c) Una declaración de que existe una orden de detención o una decisión final condenatoria respecto de la persona buscada.

d) Una declaración de que se presentará una solicitud de entrega de la persona buscada.

Si se cumple con estos supuestos el juez dictará mandato de detención provisional con fines de entrega.

La detención provisional tiene un plazo de 60 días. Si la Fiscalía de la Nación no recibe la solicitud de entrega y los documentos que correspondan el intervenido deberá ser puesto en libertad. Esto no es obstáculo para que pueda ser detenido si la solicitud de entrega y documentos llega después del plazo.

El detenido provisionalmente podrá consentir en su entrega antes de que transcurran los 60 días, de tal forma que evite todo el penoso trámite que implica su entrega a la CPI.

Una vez que la policía haya detenido al reclamado el juez oirá a la persona en el plazo de 24 horas designándole abogado defensor de oficio, si es que este no cuenta con abogado particular. Sera liberado si no es la persona requerida (art. 560 del NCPP).

También se ha previsto la concurrencia de una solicitud de entrega de la CPI y una demanda de extradición. La Fiscalía de la Nación deberá hacer las consultas respectivas de acuerdo a lo que establece el artículo 90 del Estatuto de Roma y las conclusiones serán remitidas a la autoridad oficial. En principio el Estado es soberano para decidir la prioridad; pero legalmente y conforme al

artículo 561 inciso tercero del NCPP, la solicitud de entrega de la CPI tiene preferencia salvo que tenga una obligación conforme a una norma internacional a conceder la extradición al Estado requirente[159]. Esta regla las tendrá que evaluar con los criterios establecidos en el artículo 90 del Estatuto aludido como son:

a) Las fechas respectivas de las solicitudes.

b) Los intereses del Estado requirente y, cuando proceda, si el crimen se cometió en su territorio y cuál es la nacionalidad de las víctimas y de la persona cuya entrega o extradición se ha solicitado.

c) La posibilidad de que la Corte y el Estado requirente lleguen posteriormente a un acuerdo respecto de la entrega.

d) La gravedad de la conducta.

V. Actos de cooperación en general con la Corte Penal Internacional

La Fiscalía de la Nación en la línea de cooperación con la CPI recepcionará las solicitudes de asistencia dándole el trámite respectivo. Dentro de estos actos está también el traslado provisional de un detenido para identificación o testimonio, quien tiene derecho a que se le consulte si desea colaborar con la CPI con el asesoramiento de abogado defensor.

Si hay concurrencia de solicitudes la Fiscalía de la Nación hará las consultas respectivas para darle curso a la cooperación.

Pueden darse dificultades en la solicitud de asistencia como:

- Información insuficiente.

- Imposibilidad de ubicar a la persona buscada, en la solicitud de entrega.

(159) En concordancia con el artículo 90 del Estatuto de Roma en la parte que dice: 7. Cuando el Estado Parte que reciba una solicitud de la Corte de entrega de una persona reciba también una solicitud de otro Estado relativa a la extradición de la misma persona por una conducta distinta de la que constituye el crimen en razón del cual la Corte solicita la entrega: a) El Estado requerido, si no está obligado por ninguna norma internacional a conceder la extradición al Estado requirente, dará preferencia a la solicitud de la Corte; b) El Estado requerido, si está obligado por una norma internacional a conceder la extradición al Estado requirente, decidirá si entrega la persona a la Corte o la extradita al Estado requirente. En esta decisión, el Estado requerido tendrá en cuenta todos los factores pertinentes y, entre otros, los enumerados en el párrafo 6, pero tendrá especialmente en cuenta la naturaleza y la gravedad relativas de la conducta de que se trate.

- Si la ejecución de la solicitud, conforme a sus propios términos, estuviere en aparente conflicto con una obligación asumida por el Perú con otro Estado, por medio de un tratado (art. 560 del NCPP).

La Fiscalía de la Nación hará las respectivas consultas con la CPI para decidir si continúa con el trámite o suspende su ejecución.

VI. La ejecución de la pena impuesta por la Corte Penal Internacional

En el caso que una persona de nacionalidad peruana sea condenada por la CPI existe la posibilidad que el Estado solicite a la Corte su disposición a que el cumplimiento sea en nuestro país. La decisión requiere informe favorable de la Fiscalía de la Nación y Resolución Suprema del Sector Justicia con aprobación del Consejo de Ministros (art. 565.1 del NCPP).

Para que la ejecución esté acorde con los términos de la sentencia condenatoria el Estado realizará consultas con la CPI para determinar el ámbito de la ejecución de las penas y la aplicación del régimen jurídico de su aplicación, y el ámbito de supervisión que compete a la Corte.

Si es pena privativa de libertad la Fiscalía de la Nación en coordinación con el Ministerio de Justicia (que tiene a su cargo el Instituto Nacional Penitenciario) comunicarán a la CPI, el centro carcelario donde cumplirá la pena el condenado (art. 566.1).

La ejecución de la pena dependerá del acuerdo expreso a que llegue el Estado peruano con la Corte. Para no distorsionar el sentido de la sentencia, la pena no puede ser modificada por la jurisdicción peruana; y todo pedido de revisión, unificación de penas, beneficios penitenciarios, traslado para la detención en otro país y otros incidentes de ejecución, así como los recursos, son de competencia exclusiva de la CPI. El canal que deberá emplear el interno para sus peticiones es la Fiscalía de la Nación que los trasladará inmediatamente a la Corte.

El Estado respetará el derecho del interno de comunicarse libre y confidencialmente con la CPI. Las penas de multa y el decomiso de bienes impuestos por la Corte podrán ser ejecutados en el país[160].

(160) Las reglas aplicables son las establecidas en el artículo 547 del NCPP.

Si hay evasión del condenado, se dará cuenta a la CPI a través de la Fiscalía de la Nación, que iniciará consultas para proceder con arreglo al artículo 111 del Estatuto de Roma que establece:

> "Si un condenado se evade y huye del Estado de ejecución, este podrá, tras consultar a la Corte, pedir al Estado en que se encuentre que lo entregue de conformidad con los acuerdos bilaterales y multilaterales vigentes, o podrá pedir a la Corte que solicite la entrega de conformidad con la Parte IX. La Corte, si solicita la entrega, podrá resolver que el condenado sea enviado al Estado en que cumplía su pena o a otro Estado que indique".

La necesidad de la cooperación judicial en la persecución internacional se debe impulsar en la medida que con la aldea global el crimen como nunca antes extiende sus ramificaciones por el mundo.

PARTE XIV

DERECHO PENAL Y PROCESAL INTERNACIONAL

Capítulo I
Teoría del Derecho Penal Internacional

I. Introducción

Esta parte del trabajo busca delinear el desarrollo de ambas disciplinas de tal forma que podamos acercarnos a entender como el Derecho sustantivo internacional se realiza a través del Derecho procesal.

El camino ha sido y sigue siendo sinuoso, y se ha construido ambas disciplinas a la luz de las conflagraciones mundiales y regionales, dentro de contextos dictatoriales y de emergencia de revoluciones locales, algunas de ellas con inspiración liberadora y otras con contenidos fundamentalistas, de tal forma que la respuesta desde los aparatos estatales ha sido violatoria de los derechos humanos a gran escala donde siendo afectadas la población civil, particularmente mujeres y niños.

Los actos contra la humanidad, han sido realizados violando derechos que fueron reconocidos por el derecho consuetudinario o el *jus cogens*, vinculado al derecho natural.

La obligación de no matar, no torturar, como normas prohibitivas caben en esta concepción en la que el Derecho no se agota solo en la descripción positiva, sino que la comprende y la trasciende.

La jurisdicción universal, la imprescriptibilidad, la lucha contra la impunidad son ejes del derecho penal internacional, de tal forma que las conductas que atenten contra la humanidad puedan ser sancionadas cristalizándose la justicia de los hombres. No con ánimos de venganza sino de prevención de conductas futuras. Las inmunidades de los líderes de Estado que básicamente se construyeron para evitar persecuciones de carácter político hoy en un contexto de crímenes contra la humanidad no son obstáculos para los juzgamientos. El caso de exjefes de Estado como Fujimori, Pinochet, o los generales de la Junta Militar argentina a quienes se les levantó los privilegios para que sean procesados. En el caso de Pinochet esta figura fue empleada para ponerlo a salvo de la jurisdicción española por crímenes contra ciudadanos de ese país; pero en Chile se pudo romper esa barrera para procesarlo por delitos de lesa humanidad.

Esa es la importancia del Derecho Penal internacional, de decirles a los posibles violadores de derechos humanos que por más poder que tengan en su momento y se crean poderosos, el brazo de la justicia internacional tarde o temprano les alcanzará. De allí que las instituciones clásicas como prescripción o cosa juzgada, amnistía u otra forma de concluir un proceso, en este ámbito si se busca la impunidad, no operan y tenemos las sentencias de la Corte Interamericana para corroborar esto.

II. Derecho Penal Internacional

En principio tenemos que el Derecho Penal lo que va a describir son las conductas reprochables que afectan o ponen en peligro bienes jurídicos, y que esta disciplina nació a partir de los derechos nacionales; por lo que el agregado de internacional tiene que ver básicamente el reconocimiento de su aplicabilidad en los distintos sistemas jurídicos internos sobre la base de la descripción de conjunto de conductas prohibidas contra la humanidad, y la necesidad de persecución y sanción de estas.

La doctrina entiende por Derecho Penal internacional (*völkerstrafrecht*), tradicionalmente, el conjunto de todas las normas de Derecho internacional que establecen consecuencias jurídico-penales(161), lo que engloba conductas típicas y sanciones.

Von Beling se preguntaba: ¿Qué influencia tiene sobre la punibilidad, conforme al actual Derecho Penal alemán, la circunstancia de que exista una pluralidad de estados y que, con ellos, exista "interior" y "exterior", como también "ciudadanos y bienes jurídicos nacionales y extranjeros"? Se ha hecho corriente designar las consideraciones sobre este tema bajo el nombre de "Derecho Penal internacional"(162). El jurista reconocía que sobre lo exterior o extranjero se cimentaba este nuevo derecho.

Se define el Derecho internacional como aquella disciplina que engloba el conjunto de reglas que prevén un castigo a aquellas **personas** que hayan infringido ciertas normas de Derecho internacional(163).

(161) AMBOS, Kai. *La construcción de una parte general del Derecho Penal internacional. Temas actuales de Derecho Penal Internacional*. Konrad Adenauer, Uruguay, 2005, p. 13.
(162) VON BELING, Ernst. *Esquema de Derecho Penal*. Traducción Sebastián Soler. Librería el Foro, Buenos Aires, 2002, p. 163.
(163) GÓMEZ-ROBLEDO VERDUZCO, Alonso. *Los procesos de Núremberg y Tokio; precedentes de la Corte Penal Internacional*. UNAM, México, 2008, p. 749.

Kai Ambos precisa que el Derecho Penal internacional es, al mismo tiempo, parte del Derecho público internacional, y tiene como fuentes las convenciones multilaterales por los Estados interesados o a través de la formación de Derecho consuetudinario o principios generales del Derecho. En lo que respecta a las fuentes del Derecho Penal internacional, la fundamentación en el Derecho consuetudinario plantea especiales dificultades, en un doble sentido. Kai Ambos señala que desde la óptica del Derecho penal el principio del *nullum crimen* parece excluir la existencia de tipos penales no escritos fundados en la costumbre internacional; sin embargo, conforme a los artículos 15.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 11.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y 7.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, una conducta puede ser sancionada si ella era punible **"según los principios generales de derecho reconocidos por la comunidad internacional"**. El concepto "principios de derecho" Kai Ambos lo entiende basado en reglas de Derecho consuetudinario internacional desarrolladas sobre la base del Derecho de Núremberg, por lo cual la regla aplicada debe tener "sin duda" el carácter de costumbre internacional. Esto implica una "desformalización" o bien la carga normativa del principio *nullum crimen*. Este principio ha perdido importancia con la codificación de los crímenes nucleares de Derecho Penal internacional en los artículos 5 a 8 y con la aprobación adicional de los llamados elementos de los crímenes (*elements of crimes*) en virtud del artículo 9[(164)]. Se refiere al Estatuto de Roma.

Sin perjuicio de los interesantes aportes de Kai Ambos al Derecho Penal internacional, señalar como lo hace él, que los principios generales se sustentan en las reglas de Núremberg, es dar argumentos a los que cuestionaron el Estatuto como ley de los vencedores, y que se aplicó retroactivamente y se sancionó por conductas anteriores violando el principio de legalidad. Consideramos que el Estatuto de Núremberg no fue sino la cristalización de principios generales de derecho reconocidos por la comunidad internacional basados en Derecho consuetudinario internacional en el que se reconocía como conductas prohibidas no matar población civil, no torturar, no cometer genocidio. El Derecho consuetudinario y los principios generales de derecho reconocidos por la comunidad internacional **no nacen con Núremberg, sino se consolidan**.

(164) AMBOS, Kai. Ob. cit., p. 14.

III. Fuentes

Alude al origen de las normas que van a regir las relaciones de los sujetos que integran la comunidad internacional. Estas pueden ser:

> Materiales: Son las razones, circunstancias o causas que justifican o dan motivo a la creación de una norma jurídica y de la cual el Derecho internacional se nutre y desarrolla(165).
>
> Formales: Son los modos, formas y maneras a través de las cuales un sistema jurídico demuestra su existencia.

Una premisa que se emplea para definir estas fuentes lo tenemos en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia que fija una jerarquía entre las distintas fuentes así: "La Corte, cuya función es decidir conforme al Derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar:

- Las convenciones internacionales o tratados.
- La costumbre internacional.
- Los principios generales del derecho reconocidos por las naciones.
- Las decisiones judiciales y la doctrina de los publicistas.

1. Los tratados

En la doctrina se define como el acuerdo de voluntades entre dos o más sujetos del Derecho internacional que tiende a crear modificar o extinguir derechos de este ordenamiento. Esta definición comprende no solo a los acuerdos entre Estados, sino, también, a todo acuerdo entre uno o más Estados y uno o más organismos internacionales y a los acuerdos entre dos o más organismos internacionales entre sí(166).

Los tratados pueden ser bilaterales o multilaterales. Entre los multilaterales tenemos los generales que tienen tendencia a la universalidad y los restringidos, es decir limitado a un número de Estados con intereses comunes.

(165) MONCAYO VINUESSA GUTIÉRREZ POSSE. *Derecho Internacional Público*. Zavala, 3ª reimpresión, Buenos Aires, 1990, p. 75.
(166) Ibídem, p. 96.

Por su objeto general pueden ser tratados de derechos humanos, de paz, culturales, económicos, sobre armamentismo.

Son tratados cerrados o abiertos para otros Estados que quieran someterse a sus cláusulas, generalmente los multilaterales.

Los tratados se rigen principalmente por el principio *pacta sunt servanda*, es decir que los sujetos de Derecho internacional, cumplan con lo que se obligaron. Estos sucede en la medida que los Estados no tiene mecanismos para exigirse desde formas de coerción, por eso está regla que proviene del Derecho consuetudinario ha regido históricamente como imperativo para su cumplimiento.

2. Derecho consuetudinario

El Estatuto de la Corte Internacional de Justicia describe el Derecho internacional consuetudinario como "una práctica generalmente aceptada como derecho". Se acepta, en general, que la existencia de una norma de Derecho internacional consuetudinario requiere la presencia de dos elementos, a saber, la practica estatal (*usus*) y la creencia de que esa práctica se exige, se prohíbe o se permite, según la índole de la norma, como derecho (*opinio juris sive necessitatis*)[167].

La preeminencia del Derecho consuetudinario marca un punto de inicio del Derecho internacional en la medida que siendo el Derecho Penal aplicado por un órgano coactivo es decir el Estado, en este caso la sujeción a esta clase de derechos tiene la debilidad que no hay un *supra* Estado que lo haga respetar y más bien tiene su sustento en la aceptación plena de los Estados como una suerte de imperativo moral su cumplimiento, de allí nace por ejemplo el principio para que los Estados respeten los tratados y que tiene raigambre consuetudinaria, es decir la regla que "el pacto debe ser cumplido"[168]. El reconocimiento del Derecho consuetudinario para describir conductas prohibidas tiene un peso trascendente en el Derecho Penal internacional.

IV. La cláusula de Martens

En el campo del Derecho internacional humanitario es donde más se ha desarrollado sobre la influencia de la costumbre. El profesor Francis Lieber

(167) *El Derecho internacional humanitario consuetudinario*. Introducción. Vol. I Editado por CICR. Ginebra, 2007, p. XXXVI.
(168) *Pacta sunt servanda*.

hizo una catalogación de estas costumbres en un documento, que se denominó las instrucciones para el Gobierno de los Ejércitos de los Estados Unidos en campaña, promulgadas en 1893 como Orden General N° 100 del presidente Lincoln durante la Guerra de Secesión norteamericana. El Código de Lieber, como se le conoce actualmente, influyó en las ulteriores codificaciones de las leyes y costumbres de la guerra y en la aprobación de reglamentos similares por otros Estados. Juntos formaron la base del borrador de un convenio internacional sobre las leyes y costumbres de la guerra que se presentó en la Conferencia de Bruselas de 1874. Si bien esta conferencia no aprobó un tratado vinculante, gran parte del trabajo realizado en ella sirvió más tarde para desarrollar, en 1899 y 1907, las Convenciones y Declaraciones de La Haya; que no codificaron todos los aspectos de las costumbres de la guerra, pero la importancia es que se reafirmó en la denominada "**cláusula de Martens**"(169), que se insertó por primera vez en el preámbulo de la Convención de La Haya (II) de 1899, en los siguientes términos:

> "Mientras aguardan que un código más completo de las leyes de la guerra pueda ser dictado, las altas partes contratantes juzgan oportuno hacer constar que, en los casos no comprendidos en las disposiciones reglamentarias adoptadas por ellas, las poblaciones y los beligerantes quedan bajo la salvaguardia y el imperio de principios del derecho de gentes, tales como resultan de los usos establecidos entre las naciones civilizadas, de las leyes de humanidad y de las exigencias de la conciencia pública".

La importancia atribuida al Derecho consuetudinario, a pesar de su parcial codificación, se hizo más clara a raíz de los diversos procesos por crímenes de guerra celebrados tanto después de la I como de la II Guerra Mundial, en los que fue un elemento fundamental.

En el voto concurrente de la sentencia de la Corte en el caso Barrios Altos el juez Antônio Augusto Cançado Trindade que también desarrolla la cláusula Martens y su relación con el *jus cogens* hace una descripción de su origen en los siguientes párrafos:

> "22. (…) la llamada cláusula Martens (…) presentada por el delegado de Rusia, Friedrich von Martens, a la I Conferencia de Paz de La Haya (1899), fue insertada en los preámbulos de la II Convención de La Haya de 1899 (párr. 9) y de la IV Convención de La Haya de 1907

(169) *El Derecho internacional humanitario consuetudinario*. Introducción. Vol. I Editado por CICR. Ginebra, 2007, p. XXIX.

> (párr. 8), ambas relativas a las leyes y costumbres de la guerra terrestre. **Su propósito** (…) **era el de extender jurídicamente la protección a las personas civiles y a los combatientes en todas las situaciones**, aunque no contempladas por las normas convencionales; con este fin, la cláusula Martens invocaba **"los principios del derecho de gentes"** derivados de **"los usos establecidos"**, así como **"las leyes de humanidad"** y **"las exigencias de la conciencia pública"**.

Esto es lo esencial en esta cláusula que deja abierto el reconocimiento de derechos que están más allá de las convenciones o instrumentos internacionales en tanto textos escritos y parte del derecho positivo; sino que se enmarcan en el derecho de gentes, usos establecidos, leyes de la humanidad y la conciencia pública. La cláusula Martens conforme describe el juez Antônio Augusto Cançado Trindade volvió a figurar en la disposición común, relativa a la denuncia, de las cuatro Convenciones de Ginebra sobre Derecho internacional humanitario de 1949 (artículo 63/62/142/158), así como en el Protocolo Adicional I (de 1977) a dichas convenciones. La cláusula Martens se ha revestido a lo largo de más de un siglo, de validez continuada, por cuanto, por más avanzada que sea la codificación de la normativa humanitaria, difícilmente podrá ser esta última considerada verdaderamente completa. La cláusula Martens continúa sirviendo de advertencia contra la suposición de que lo que no esté expresamente prohibido por las convenciones de Derecho internacional humanitario pudiera estar permitido. La cláusula Martens sostiene la aplicabilidad continuada de los principios del derecho de gentes, las leyes de humanidad y las exigencias de la conciencia pública, independientemente del surgimiento de nuevas situaciones y del desarrollo de la tecnología. La cláusula Martens impide el *non liquet*[170], y ejerce un rol importante en la hermenéutica de la normativa humanitaria.

Es tal la importancia de la cláusula Martens que el juez Cançado Trindade señala que se le considera como fuente material del Derecho internacional general y del humanitario así:

> "25. El hecho de que los redactores de las Convenciones de 1899, 1907 y 1949, y del Protocolo I de 1977, hayan reiteradamente afirmado los elementos de la cláusula Martens, sitúa esta última en el plano de las propias fuentes materiales del Derecho internacional humanitario. De ese modo, ejerce una influencia continua en la formación espontánea del contenido de nuevas reglas del Derecho internacional humanitario.

(170) Significa "no está claro" y se usaba cuando un órgano judicial no podía dar solución a una controversia, lo que ahora es inadmisible.

> La doctrina jurídica contemporánea también ha caracterizado la cláusula Martens como fuente del propio Derecho internacional general; y nadie osaría hoy negar que las 'leyes de humanidad' y las 'exigencias de la conciencia pública' invocadas por la cláusula Martens pertenecen al dominio del *jus cogens*. La referida cláusula, como un todo, ha sido concebida y reiteradamente afirmada, en última instancia, en beneficio de todo el género humano, manteniendo así su gran actualidad. Se puede considerarla como expresión de la razón de la humanidad imponiendo límites a la razón de Estado (*raison d'État*)".

En la línea de aplicación de la cláusula de Martens y en el supuesto de leyes de autoamnistía y amnistía para buscar la impunidad Cançado Trindade sentencia:

> "26. No hay que olvidarse jamás que el Estado fue originalmente concebido para la realización del bien común. El Estado existe para el ser humano, y no viceversa. Ningún Estado puede considerarse por encima del Derecho, cuyas normas tienen por destinatarios últimos los seres humanos. Los desarrollos contemporáneos *pari passu* del Derecho de la responsabilidad internacional del Estado y del Derecho Penal internacional apuntan efectivamente en la dirección de la preeminencia del Derecho, tanto en las relaciones entre los Estados y los seres humanos bajo sus respectivas jurisdicciones, como en las relaciones interindividuales (*drittwirkung*). Hay que decirlo y repetirlo con firmeza, cuantas veces sea necesario: en el dominio del Derecho internacional de los Derechos Humanos, las llamadas 'leyes' de autoamnistía no son verdaderamente leyes: no son nada más que una aberración, una afrenta inadmisible a la conciencia jurídica de la humanidad".

Ante la inexistencia de límites positivos o formales para la amnistía porque tiene la calidad de cosa juzgada, esto no podía ser motivo para mantenerla cuando era atentatoria contra los derechos humanos y se había dictado para garantizar la impunidad. Esta aparente laguna jurídica en vía de interpretación y sustentándose en la cláusula de Martens se deja sin efecto la amnistía o "aberración" aplicando los principios del derecho de gentes, las leyes de humanidad y las exigencias de la conciencia jurídica mundial.

V. Principios generales reconocidos por las naciones

La doctrina no es uniforme sobre la naturaleza de los principios generales del Derecho. Una interpretación consiste en reconocer que los principios que

se reconocen en el derecho interno pueden proyectarse al Derecho internacional como sostiene Lauterpach(171). Esto tiene sentido pues la proyección de los derechos nacionales al exterior y su intersección entre estos ha permitido nutrir el Derecho internacional.

La Corte Internacional de Justicia ha establecido que la coincidencia de opiniones de sus miembros sobre los principios generales de derecho interno de los Estados que adquieren calidad de fuentes creadoras de Derecho internacional implica el uso de un proceso analógico garantizado por ser aquellos en su conjunto representantes de las grandes civilizaciones y de los principales sistemas jurídicos del mundo(172). Es decir minimizar el derecho interno es desconocer que estos son la fuente generadora de Derecho internacional en la medida que cuando los Estados suscriben un tratado buscan que estos compatibilicen con sus sistema jurídico o sus principios generales, cuya verificación es previa a la ratificación.

VI. Las decisiones judiciales y la doctrina de los publicistas

Las Cortes no crean las normas sino las interpretan y en el camino se pueden hacer que estas sean acordes con el desarrollo de la civilización. La aplicación de una norma a un caso concreto sigue un recorrido argumentativo al que están obligados los jueces. Tienen que dar razones del por qué a un hecho le corresponde determinada norma de Derecho internacional. De allí se van generando las grandes tendencias jurisprudenciales que construyen caso por caso en aras de una justicia internacional previsible. Imaginemos que sería si una misma norma tuviese distinta interpretación para casos análogos. Esto no coadyuva en la seguridad jurídica y peor si se trata del mismo órgano jurisdiccional, pues rompe la regla de congruencia o coherencia con sus fallos, a excepción que motive en una suerte de *overruling* y se aparta de sus criterios anteriores.

Las decisiones judiciales no son fuentes creadoras sino medios efectivos para verificar la existencia de una norma de derecho internacional.

Respecto a la labor de los publicistas o doctrinarios como creadores de derecho, vemos que el trabajo de estos desde el espacio académico se convierte en una especie de luz para interpretar la norma de Derecho internacional. Que

(171) Citado por MONCAYO VINUESSA GUTIÉRREZ POSSE. *Derecho Internacional Público*. Zavala, 3ª reimpresión, Buenos Aires, 1990, p. 148.
(172) MONCAYO VINUESSA GUTIÉRREZ POSSE. Ob, cit. 150.

si bien sus apreciaciones no son vinculantes para los jueces, coadyuvan significativamente en la interpretación y decisión judicial.

Además los aportes de los doctrinarios pueden ser tomados en cuenta en el momento de elaborar los tratados entre los Estados.

VII. *Jus cogens* y su influencia en el Derecho Internacional

Para la Convención de Viena, una norma imperativa de Derecho internacional general o *jus cogens,* "es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como una norma que no admite acuerdo en contrario y que solo puede ser modificada por una norma ulterior de Derecho internacional general que tenga el mismo carácter"[173].

En la doctrina también se le considera como una norma de Derecho internacional general que tiene su origen en la costumbre internacional aun cuando algún tratado la haya incorporado en sus disposiciones[174].

El Derecho internacional reconoce dos categorías de normas obligatorias: las normas dispositivas y normas imperativas.

La gran mayoría de las normas del Derecho internacional son normas dispositivas que son aquellas que admiten acuerdo en contrario. Los Estados que crean una norma dispositiva pueden modificarla o derogarla por medio de sus voluntades concordantes[175]. Para ellos establecen los procedimientos de cambio en los mismo Tratados, o fuera también, según su manifestación de voluntad las partes pueden hacerlo.

La noción de norma imperativa adquiere fundamental importancia a partir de la Segunda Guerra Mundial. El artículo 53 de la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los tratados la define así: "(...) una norma imperativa de Derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que solo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter". La solidez del *jus cogens* es tal que solo puede ser derogada por una norma del mismo rango.

(173) LLEDO VÁSQUEZ, Rodrigo. *Derecho internacional penal*. Pedro Benhur Sánchez. Santiago de Chile, 2000, p. 162.
(174) BECERRA RAMÍREZ, Manuel. *Derecho internacional público*. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1997, p. 50.
(175) MONCAYO VINUESSA GUTIÉRREZ POSSE. Ob. cit., p. 23.

Se reconoce que en el Derecho internacional contemporáneo hay ciertas reglas que los Estados no derogan por medio de acuerdos, el problema es que pese a que todos dicen de su existencia no hay criterios simples que permitan determinarlas. Se destaca que la mayoría de las normas de Derecho internacional, aun siendo generales, no tienen el carácter de inderogable ni incluso así se haya consignado en el tratado con esta nota.

Lo que determina es la naturaleza particular de la materia a la que se aplica, la que puede darle el carácter de *jus cogens*. Toda norma imperativa de derecho internacional es una norma general en cuanto a su proceso de creación y aplicación, pero no toda norma general es, por este solo hecho, una norma imperativa.

El contenido de las normas imperativas representa, conceptualmente, la manifestación normativa del orden público internacional, y si bien, como se reconoce en la doctrina, existe consenso sobre qué es una norma imperativa, no existe un criterio generalizado entre los Estados para establecer cuáles son imperativas. Como ejemplos de normas imperativas son las referidas a la igualdad soberana de los Estados, al cumplimiento de buena fe por las partes de todo tratado en vigor, a los derechos humanos, el principio de la prohibición del recurso a la amenaza o al empleo de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, contenido en el artículo 2.4, de la Carta de la ONU, es generalmente aceptado y reconocido como norma imperativa de Derecho internacional general(176).

Desde las perspectiva de la Corte Interamericana en el voto razonado del juez A.A. Cançado Trindade sobre el Caso Caesar vs. Trinidad y Tobago, Sentencia de 11 de marzo de 2005 tenemos una aceptación y alcance del *jus cogens* en el Derecho internacional contemporáneo respecto de los tratos crueles, y la tortura en los siguientes considerandos:

> "86. (…) la Corte ha reconocido de manera correcta que la prohibición de la tortura así como de otros tratamientos crueles, inhumanos y degradantes, ha entrado al dominio del *jus cogens*. Las penas corporales, tales como la examinada en el *cas d'espèce*, es per se una violación de la Convención [artículo 5(1) y (2)] y de las normas perentorias del Derecho internacional (párrafos 70, 88 y 100) (…). La presente sentencia está incluida en esta construcción jurisprudencial evolutiva tranquilizadora.

(176) MONCAYO VINUESSA GUTIÉRREZ POSSE. Ob. cit., pp, 23-24.

> 87. Así, en su histórica Opinión Consultiva Nº 18 sobre La Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados (del 17/09/2003), la Corte Interamericana de manera significativa sostuvo que el principio fundamental **de equidad y no discriminación** arriba mencionado, en la presente etapa de evolución del Derecho internacional 'ha ingresado al dominio del *jus cogens*'; sobre dicho principio, que 'impregna todo orden legal', –la Corte correctamente agrega–, 'descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional'. Adicionalmente, la Corte se refirió a la evolución del concepto del *jus cogens*, transcendiendo el ámbito tanto del derecho de los tratados y del derecho de la responsabilidad internacional del Estado, para alcanzar así el Derecho internacional general y los propios fundamentos del orden jurídico internacional".

En el voto concurrente en la Opinión Consultiva Nº 18, el jurista después de resumir la historia de la entrada del *jus cogens* al Derecho internacional, sostuvo que:

> "La emergencia y consagración del *jus cogens* en el Derecho internacional contemporáneo atienden a la necesidad de un mínimo de verticalización en el ordenamiento jurídico internacional, erigido sobre pilares en que se fusionan lo jurídico y lo ético. (...) siempre he sostenido que es una consecuencia ineludible de la afirmación y la propia existencia de normas imperativas del Derecho internacional el no limitarse estas a las normas convencionales, al derecho de los tratados, y el extenderse a todo y cualquier acto jurídico. Desarrollos recientes apuntan en el mismo sentido, o sea, de que el dominio del *jus cogens*, más allá del derecho de los tratados, alcanza igualmente el Derecho internacional general. Además, el *jus cogens*, en mi entender, es una categoría abierta, que se expande en la medida en que se despierta la **conciencia jurídica universal** (fuente material de todo el Derecho) para la necesidad de proteger los derechos inherentes a todo ser humano en toda y cualquier situación".

A la responsabilidad internacional objetiva de los Estados corresponde necesariamente la noción de ilegalidad objetiva (uno de los elementos subyacentes al concepto de *jus cogens*). En nuestros días, nadie osaría negar la ilegalidad objetiva de actos de genocidio, de prácticas sistemáticas de tortura, de ejecuciones sumarias y extralegales, y de desaparición forzada de personas, –prácticas estas que representan crímenes de lesa - humanidad–, condenadas por la conciencia jurídica universal, a la par de la aplicación de tratados. Ya en su Opinión Consultiva de 1951 sobre las Reservas a la Convención contra

el Genocidio, la Corte Internacional de Justicia señaló que los principios humanitarios subyacentes a aquella convención eran reconocidamente "obligatorios" para los Estados, aún en la ausencia de cualquier obligación convencional.

La conciencia jurídica universal, es decir el entendimiento de cuáles son conductas prohibidas sustentan el *jus cogens*. Y esto nos lleva a la Segunda Guerra Mundial en que la matanza de miembros de la comunidad judía, es decir el genocidio no podía justificarse de ninguna manera, en la medida que en la conciencia mundial se repudió tal crimen que sobrepasó el derecho humanitario aplicado en tiempos de guerra.

El *jus cogens* de prevalencia superior, que ha construido la propia humanidad al tomar conciencia de la existencia de derechos humanos inderogables, está por encima de la estructura positiva de normas, de las convenciones o tratados, y así acertadamente razona el juez Cancade en su voto razonado en el caso de la **Masacre Plan de Sánchez**, respecto a Guatemala (Sentencia del 29/04/2004):

> "El propio concepto de *jus cogens*, en mi entender, trasciende el ámbito tanto del derecho de los tratados como del derecho de la responsabilidad internacional de los Estados, de modo a alcanzar el derecho internacional general y los propios fundamentos del orden jurídico internacional".

El *jus cogens* tiene una dimensión horizontal la cual tiene un efecto sobre los fundamentos mismos del Derecho internacional. El juez Cancade en su voto razonado del caso de Tibi versus Ecuador (Sentencia del 07/09/2004) agregó que la dimensión vertical que se entiende como:

> "(...) la interacción de los ordenamientos jurídicos internacional y nacional en el presente dominio de protección. El efecto del *jus cogens*, en este segundo plano (vertical), es en el sentido de invalidar toda y cualquier medida legislativa, administrativa o judicial que, en el plano del derecho interno de los Estados, intente autorizar o tolerar la tortura" (párr. 32).

En la Sentencia del 08/07/2004 en el caso de Gómez Paquiyauri versus Perú, la Corte Interamericana expresamente ha admitido que el régimen jurídico internacional actual ha sido formado con una prohibición absoluta de cualquier forma de tortura y de ejecuciones extrajudiciales, y que dicha prohibición pertenece hoy día al dominio del *jus cogens* internacional (párrs. 115-116 y 131).

Capítulo II
La justicia internacional

I. Orígenes

Se le atribuye a Gustave Moynier, miembro fundador de la Cruz Roja la idea de crear un tribunal internacional en 1872 como respuesta a los crímenes cometidos durante la guerra franco-prusiana. El primer intento moderno de un mecanismo de justicia penal internacional surgió después de la Primera Guerra Mundial en el **Tratado de Versalles** de 1919 que estableció textualmente lo siguiente:

> "Artículo 227.-
>
> Las potencias aliadas y asociadas (...) emplazan a Guillermo II de Hohenzollern, exemperador de Alemania, por un delito supremo contra la moral internacional y la santidad de los tratados.
>
> Un tribunal especial será constituido para juzgar a los acusados, con lo que asegurándole las garantías esenciales del derecho de defensa. Es estará integrado por cinco jueces, uno designado por cada uno de las siguientes facultades: a saber, los Estados Unidos de América, Gran Bretaña, Francia, Italia y Japón.
>
> En su decisión el tribunal se guiará por los más altos motivos de la política internacional, con el fin de reivindicar las solemnes obligaciones de las empresas internacionales y la validez de la moral internacional. Será su obligación de fijar la pena que considere debe imponerse.
>
> Las potencias aliadas y asociadas se dirigirán una solicitud a la Gobierno de los Países Bajos para la entrega a ellos de la exemperador con el fin de que pueda ser llevado a juicio.
>
> Artículo 228.-
>
> El Gobierno alemán reconoce el derecho de las potencias aliadas y potencias asociadas para llevar ante los tribunales militares las personas

acusado de haber cometido actos en violación de las leyes y costumbres de la guerra. Estas personas, si es encontrado culpable, será sentenciado a las penas establecidas por la ley. Esta disposición se aplicará sin perjuicio de cualquier procedimiento o el enjuiciamiento ante un tribunal en Alemania o en el territorio de sus aliados.

El Gobierno alemán deberá entregar a las potencias aliadas y asociadas poderes, o una de ella que así lo solicite, todas las personas acusado de haber cometido un acto en violación de las leyes y costumbres de la guerra, que se especifican, ya sea por nombre o por el rango, cargo o empleo que tenían en las autoridades alemanas.

Artículo 229.-

Las personas culpables de actos criminales contra los nacionales de uno de los potencias aliadas y asociadas serán llevadas ante los militares tribunales de ese poder.

Las personas culpables de actos criminales contra los nacionales de más de una de las potencias aliadas y asociadas serán llevadas ante tribunales militares integrados por miembros de los tribunales militares de las potencias interesadas.

En todos los casos el acusado tendrá derecho a nombrar su propio abogado.

Artículo 230.-

El Gobierno alemán se compromete a proporcionar todos los documentos e información de todo tipo, cuya producción puede ser consideren necesarias para garantizar el pleno conocimiento de la actos incriminatorios, el descubrimiento de los delincuentes y solo el reconocimiento de la responsabilidad"[177].

Después de la guerra, el emperador Guillermo II huyó a Holanda, y pese a las exigencias de los países vencedores el Estado holandés bajo el reinado de la Reina Guillermina de los Países Bajos se negó entregarlo para que fuera juzgado.

Durante el periodo de entreguerras surgió un movimiento a favor de la persecución de ciertos crímenes serios con base no solo en la responsabilidad

(177) En: <http://www.dipublico.com.ar/1729/tratado-de-paz-de-versalles-1919-en-espanol/>. [Fecha de consulta: 18 de mayo del 2014].

del Estado, sino también individual. Henri Donnedieu de Vabres, magistrado francés que sirvió como juez en el Tribunal de Núremberg, mientras trabajaba como profesor de Derecho Penal de la Universidad de Paris, en 1928 publicó *Les principes modernes du Droit Pénal international* en el que hizo una reflexión sobre la aplicación de leyes penales extranjeras por tribunales nacionales y sobre el reconocimiento del peso internacional de juicios represivos. Apoyó la idea de una verdadera justicia penal internacional y favoreció la creación de una corte penal internacional competente para juzgar tanto Estados como individuos(178). Por eso es posible afirmar que Núremberg fue la concreción de este pensamiento afincado inicialmente en el Derecho humanitario, la necesidad de una jurisdicción internacional.

II. Imprescriptibilidad y crímenes contra la humanidad

La convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad vigente desde el once de noviembre de mil novecientos setenta señala lo siguiente respecto de la acción penal.

> "Artículo I: Los crímenes siguientes son imprescriptibles, cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido:
>
> a) Los crímenes de guerra según la definición dada en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg, de ocho de agosto de mil novecientos cuarenta y cinco, y confirmada por las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas tres (I) de trece de febrero de mil novecientos cuarenta y seis y noventa y cinco (I) de once de diciembre de mil novecientos cuarenta y seis, sobre todo las 'infracciones graves' enumeradas en los Convenios de Ginebra de doce de agosto de mil novecientos cuarenta y nueve para la protección de las víctimas de guerra.
>
> b) Los crímenes de lesa humanidad cometidos tanto en tiempo de guerra como en tiempo de paz, según la definición dada en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg, de ocho de agosto de mil novecientos cuarenta y cinco, y confirmada por las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas tres (I) de trece de febrero de mil novecientos cuarenta y seis y noventa y cinco (I) de once de diciembre de mil novecientos cuarenta y

(178) En: <http://www.trial-ch.org/es/recursos/tribunales/introduccion.html>. [Fecha de consulta: 18 de enero del 2014].

> seis, así como la expulsión por ataque armado u ocupación y los actos inhumanos debidos a la política de apartheid y el delito de genocidio definido en la Convención de mil novecientos cuarenta y ocho para la prevención y la sanción del delito de genocidio aun si esos actos no constituyen una violación del derecho interno del país donde fueron cometidos (...)".

Esta posición es coherente con la idea de justicia universal, y de lucha contra la impunidad. Si bien la institución de la prescripción permite la extinción de la acción penal por el transcurso del tiempo ya que se sopesa que un individuo no puede ser perseguido eternamente, la excepción o su anverso esto es la imprescriptibilidad es en función de la naturaleza sumamente grave como lo son los crímenes de guerra y delitos contra la humanidad. Si bien la convención data de 1970 vemos una estipulación que comprende su aplicación a hechos graves como el genocidio cometidos en cualquier fecha, e incluso la persecución y sanción de este delito se debe dar aun cuando no constituyan una violación del derecho interno en el país que fue cometido. Por eso la tendencia es que incluso si hay vacíos en los sistemas jurídicos nacionales, estos son cubiertos por la convención, en una lógica de necesidad de sanción de conductas prohibidas reconocidas internacionalmente.

III. Jurisdicción universal

1. Tribunal internacional militar de Núremberg

Como antecedentes a la formación de este tribunal, tenemos que el 13 de enero de 1942, representantes de los gobiernos exiliados en Gran Bretaña y cuyos países se encontraban bajo ocupación nazi, se reunieron en Londres para una "conferencia de aliados sobre el castigo de crímenes de guerra". Allí nació la idea de un juicio internacional para castigar a los responsables de los crímenes cometidos bajo el régimen nazi, sin importar el nivel de responsabilidad de los autores. El 17 de diciembre de 1942, por primera vez, la exterminación de los judíos fue mencionada oficialmente y los gobiernos reafirmaron su determinación de castigar a los responsables dentro del menor tiempo posible.

El 30 de octubre de 1943, una Comisión de Crímenes de Guerra fue establecida en Londres para recopilar y clasificar información sobre los crímenes y aquellos responsables de la exterminación. Al mismo tiempo, los aliados redactaron la **Declaración de Moscú**, en la cual se hacía referencia a dos tipos de criminales: aquellos que habían cometido los crímenes en un solo lugar y

aquellos cuyas ofensas habían ocurrido en diferentes países. Estos últimos, según la declaración, serían castigados por decisión conjunta de los países aliados(179).

Después de la Declaración de Moscú de 1943, los gobiernos de Estados Unidos de América, de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, de Gran Bretaña y el gobierno provisional de la República de Francia, firmaron el Acuerdo de Londres del 8 de agosto de 1945, mediante el cual se creaba un Tribunal Militar Internacional.

Este Tribunal se establecía de conformidad al artículo l, para juzgar a los criminales de guerra "cuyos crímenes carecen de localización geográfica precisa, ya sea que fueren acusados individualmente, o en su capacidad de miembros de organizaciones o de grupos, o bajo esta doble capacidad". Nótese que aquí estamos ante la regla de jurisdicción universal que es uno de los elementos del derecho penal internacional.

En este Acuerdo de Londres queda establecido que ninguna disposición del mismo afecta los principios fijados por la Declaración de Moscú en lo que concierne al reenvío de los criminales de guerra a los países donde cometieron dichos crímenes, como tampoco afecta a la jurisdicción o competencia de los tribunales nacionales en los territorios aliados –o en la misma Alemania–, para juzgar a los criminales de guerra (artículos 4 y 6). Aquí subyace otra regla de la jurisdicción universal, que esta se constituye en complementaria de las jurisdicciones nacionales.

El Acuerdo de Londres, previó que todos los gobiernos de las Naciones Unidas podían adherirse a este, y como consecuencia los siguientes Estados notificaron posteriormente su adhesión: Grecia, Dinamarca, Yugoslavia, Países Bajos, Checoslovaquia, Polonia, Bélgica, Etiopía, Australia, Honduras, Noruega, Panamá, Luxemburgo, Haití, Nueva Zelanda, India, Venezuela, Uruguay y Paraguay.

Luego del Acuerdo del 8 de agosto de 1945, el Tribunal Militar Internacional quedó constituido, según las disposiciones del estatuto anexo al Tratado, por los representantes de las cuatro grandes potencias y su sede permanente quedó fijada en Berlín. Núremberg, lugar de las grandes manifestaciones del partido nazi fue elegida simbólicamente como la ciudad para llevar a cabo el único proceso.

(179) En: <http://www.trial-ch.org/es/recursos/tribunales/tribunales-militares-internacionales-tmi.html>. [Fecha de consulta: 18 de enero de 2014].

Redactado el texto del acta de acusación oficial, el 21 de noviembre de 1945, se abrió en el Palacio de Justicia de Núremberg, la primera audiencia de un proceso que terminó el 1 de octubre de 1946.

El Estatuto no se solo regula la organización interna del tribunal y el desarrollo del procedimiento; sino determina respecto del derecho sustantivo aplicable y la implementación del mecanismo de responsabilidades.

1.1. Atribuciones del tribunal

Los actos siguientes, o cualquiera de ellos, son crímenes que caen dentro de la jurisdicción del tribunal, por los que hay responsabilidad individual:

a) **Crímenes contra la paz**. Planear, preparar, iniciar o desencadenar una guerra de agresión, o una guerra en violación de convenios, acuerdos o garantías internacionales, o la participación en un plan o conspiración común para la ejecución de cualquiera de los anteriores.

b) **Crímenes de guerra**. Violaciones de las leyes o costumbres de la guerra. Tales violaciones incluyen, pero no están limitadas al asesinato, los malos tratos o deportación para trabajo de esclavos o para cualquier otra finalidad de la población civil de un territorio ocupado, el asesinato o malos tratos de los prisioneros de guerra o personas en el mar, la matanza de rehenes, la expoliación de la propiedad pública o privada, la destrucción masiva de ciudades, aldeas o pueblos, o la devastación no justificada por necesidad militar.

c) **Crímenes contra la humanidad**. Asesinato, exterminio, esclavitud, deportación y otros actos inhumanos cometidos contra cualquier población civil, antes o durante la guerra, o las persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos en ejecución o en conexión con cualquier crimen que caiga dentro de la jurisdicción del tribunal sea o no en violación del derecho interno del país donde se perpetraron.

En una línea de cuestionamiento Gómez-Robledo Verduzco señala que el Tribunal Internacional Militar, establecido en aplicación del Acuerdo del 8 de agosto de 1945, fue una jurisdicción de excepción creada por los vencedores de la Segunda Guerra Mundial. El Tribunal de Núremberg no estaba solamente limitado *ratione loci*, extendiéndose solo a los países europeos, sino más grave aún era su limitante *ratione materiae*. El Tribunal solo era competente para conocer de infracciones durante la Segunda Guerra Mundial, y circunscritas estas en forma arbitraria a lo estipulado por el artículo 6 del Estatuto.

Agrega Gómez-Robledo que la competencia del tribunal fue definida de manera unilateral, ya que solo los criminales de guerra de los países denotados podían ser objeto de juicio: una justicia con sentido único, esto es, una jurisdicción de circunstancias instituida por el vencedor. Lo que subyace en esta crítica es que fue un tribunal parcializado, pues descartó la presencia en el curso del proceso de representantes de países neutrales –incluso representantes de Alemania–, los signatarios del Acuerdo de Londres de 1945 se encontraban, frente a los acusados, como juez y parte de su propia causa(180). Consideramos que si esto era cierto no se hubiesen absuelto a algunos acusados en este juicio de Núremberg, y en todo caso de los condenados que se conozca hasta hoy, no hay alguno a quien se le haya inventado cargos para sancionarlo. En todos había evidencias de participación en crímenes contra la humanidad por acción u omisión como Hermann Göring, dirigente del partido nazi, quien debía ser el sucesor de Hitler y formó parte de la Conferencia de Wansee el 20 de enero de 1942 en la que se aceleró la "Solución Final del problema judío" (genocidio del pueblo judío) o **Frick Wilhelm** quien como Ministro del Interior del Reich de 1933 a 1943 y siendo además jurista, fue quien redactó las leyes de Núremberg que fueron un conjunto de normas antisemitas aprobadas en 1935 y luego la base de la discriminación y persecución del pueblo judío.

1.2. El juicio

El 29 de agosto de 1945 se publicó una lista de los acusados que eran los siguientes en número de 24:

- **Bormann Martin**, secretario del partido nazi. Condenado a muerte en ausencia.
- **Dönitz Karl**, Almirante, Comandante en Jefe de la Marina alemana. Condena a 10 años de prisión.
- **Frank Hans**, Gobernador General de la Polonia ocupada. Condena a muerte.
- **Frick Wilhelm**, Ministro del Interior, Protector de Bohemia y Moravia. Condena a muerte.
- **Fritzsche Hans**, Jefe de la División de Prensa y Radio del Ministerio de Propaganda. Absuelto.

(180) GÓMEZ-ROBLEDO VERDUZCO, Alonso. *Los procesos de Núremberg y Tokio; precedentes de la Corte Penal Internacional*. UNAM, México, 2008, p. 757.

- **Funk Walther**, Ministro de Economía y Presidente del Banco del Reich. Cadena perpetua.
- **Göring Hermann**, Comandante en Jefe de la *Luftwaffe*, Primer Ministro de Prusia, Presidente del Reichstag, Mariscal del Reich. Condena a muerte.
- **Hess Rudolf**, Jefe de Cancillería del partido nazi y el sucesor designado de Hitler. Cadena perpetua.
- **Jodl Alfred**, Jefe de la sección de Defensa Nacional en el Alto Comando. Condena a muerte.
- **Kaltenbrunner Ernst**, Jefe de la Policía de Seguridad y de la Oficina Central de Seguridad del Reich (RSHA). Condena a muerte.
- **Keitel Wilhelm**, Jefe del Alto Comando de las Fuerzas Armadas. Condena a muerte.
- **Krupp von Bohlen und Halbach**, Industrial, Director del grupo Krupp AG. Sin condena excluido por no poder soportar el juicio.
- **Ley Robert**, jefe del cuerpo alemán de trabajo. Sin condena por suicidio.
- **Raeder Erich**, Almirante, Comandante en Jefe de la Marina de Guerra hasta 1943. Cadena perpetua.
- **Rosenberg Alfred**, ideólogo del nacional-socialismo, Ministro de los territorios ocupados orientales. Condena a muerte.
- **Sauckel Fritz**, Director del programa para la utilización del trabajo. Condena a muerte.
- **Schacht Hjalmar**, Presidente del Reichsbank, Ministro de Economía. Absuelto.
- **Seyss-Inquart Arthur**, Comisionado del Reich para los Países Bajos ocupados. Condena a muerte.
- **Speer Albert**, Ministro de Armamento y Municiones. 20 años de prisión.
- **Streicher Julius**, Líder del partido nazi franconia, Editor del periódico *Der Sturmer*. Condena a muerte.

- **Von Schirach Baldur**, Líder de las Juventudes Hitlerianas, Gobernador de Viena. 20 años de prisión.
- **Von Papen Franz**, Embajador en Viena y Ankara. Absuelto.
- **Von Ribbentrop Joachim**, Ministro de Relaciones Exteriores. Condena a muerte.
- **Von Neurath Konstantin**, Ministro de Relaciones Exteriores, Protector para Bohemia y Moravia(181). 15 años de prisión.

También las siguientes organizaciones fueron acusadas:

- El Gabinete del Reich.
- El Cuerpo de Líderes del Partido Nazi (NSDAP).
- La SS (*Schutzstaffeln der Nationalsozialistischen Deutschen Arbeitspartei*), organización militar del Partido Nacionalsocialista Obrero Alemán, incluyendo el cuerpo de inteligencia y seguridad SD (*Sicherheitsdienst*).
- La Gestapo, la policía secreta oficial de la Alemania Nazi.
- La SA (Sturmabteilunggen der Nationalsozialistichen Deutschen Arbeiter Partei), que eran las secciones de asalto o el ejército privado del partido.
- El Estado Mayor.
- El Alto Comando de las Fuerzas Armadas alemanas.

Robert Ley se suicidó antes del comienzo del juicio y Gustav Krupp von Bohlen und Halbach fue declarado no apto para someterse a juicio. Martin Bormann fue juzgado en ausencia.

En el juicio, durante 218 días, el Tribunal recibió testimonios de cerca de 360 testigos. Los acusados se declararon inocentes aunque Albert Speer durante su testimonio admitió responsabilidad por lo realizado por el régimen nazi.

(181) En: <http://www.trial-ch.org/es/recursos/tribunales/tribunales-militares-internacionales-tmi/tmi-de-nuremberg/>. [Fecha de consulta: 18 de enero del 2014].

El tribunal emitió sus primeros veredictos el 1 de octubre de 1946. Los veredictos originaron doce sentencias de muerte en la horca, tres sentencias a cadena perpetua, otros a penas de prisión entre 20 a 10 años. Tres acusados fueron absueltos. Cuatro organizaciones, como la NSDAP, la SS, la SD y la Gestapo fueron declaradas "organizaciones criminales".

Diez de los doce sentenciados a muerte fueron ahorcados el 16 de octubre de 1946. Martin Bormann fue sentenciado en ausencia y Hermann Göring se suicidó en su celda el 15 de octubre de 1946. Los cuerpos de los condenados fueron incinerados y sus cenizas arrojadas a un río. Los sentenciados a penas de prisión fueron transferidos a la prisión de Berlín-Spandau, perteneciente a las potencias aliadas, y reservada para criminales de guerra. Algunos salieron cumpliendo la totalidad de la pena, otros murieron en prisión como Rudolf Hess y también por problemas de salud.

Se desarrollaron otros juicios posteriores al llevado a cabo por el Tribunal Internacional Militar de Núremberg, en diferentes zonas militares aliadas para juzgar a los criminales considerados "menores" sobre la base de la Directiva 10 del Consejo de Control Aliado. La Directiva tenía como objetivo crear un sustento legal uniforme para el juicio de los líderes alemanes en las cuatro zonas aliadas ocupadas. Se transfería la jurisdicción de los líderes alemanes responsabilizados de crímenes contra la población alemana a tribunales nacionales alemanes. Este procedimiento fue puesto en práctica por las fuerzas francesas, británicas y soviéticas. Por la directiva la oficina alemana del gobierno de los Estados Unidos, bajo su propia autoridad militar, llevó a cabo juicios contra doctores-líderes, abogados alemanes, miembros de la SS, líderes industriales y financieros y funcionarios de gobierno en Núremberg. 142 de los 185 acusados fueron sentenciados, incluyendo 24 que fueron condenados a pena de muerte (11 de las cuales fueron luego transformadas en cadena perpetua), 20 sentenciados a cadena perpetua y 98 a sentencias de términos limitados en prisión. 35 acusados fueron absueltos. Cuatro de los acusados fueron declarados mentalmente inaptos para enfrentar juicio y cuatro más se suicidaron durante el curso de los juzgamientos(182).

Los juicios contra criminales de guerra se llevaron en tribunales británicos, franceses, soviéticos, americanos y en otras cortes. Los tribunales militares americanos, llevaron a cabo juicios, entre otros lugares, en Italia y los Países Bajos, principalmente contra comandantes de los campos de concentración. Los tribunales franceses estuvieron activos en su zona ocupada, en el

(182) En: <www.trial-ch.org/es/recursos/tribunales/tribunales-militares-internacionales-tmi/tmi-de-nuremberg/actividades.html>. [Fecha de consulta: 18 de enero del 2014].

norte de África y en territorio francés. Francia también llevó a cabo juicios contra aquellos acusados de colaborar con el régimen Vichy(183) durante la ocupación de este país por Alemania. La Unión Soviética llevó a juicio principalmente a comandantes de los campos de concentración. Otros Estados llevaron a cabo juicios contra colaboradores del régimen nazi, como Bélgica, Dinamarca, Luxemburgo, los Países Bajos, Noruega, Polonia, Yugoslavia, Checoslovaquia e Israel(184). Estos colaboradores habían sido cómplices de las atrocidades de los nazis y además por luchar contra la resistencia a la invasión alemana.

2. Tribunal internacional militar de Tokio

El Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente tiene sus orígenes en la Conferencia de Cairo del 1 de diciembre de 1943 durante la cual los tres Aliados: China, Estados Unidos y Gran Bretaña decidieron que era momento de acabar la guerra y castigar la agresión japonesa. El artículo 10 de la Declaración de Potsdam de julio de 1945, que nuevamente reunió a China, Estados Unidos y Gran Bretaña requería que se hiciera justicia con respecto a todos los criminales de guerra, en particular aquellos que hubieran infligido sufrimientos terribles a los prisioneros. El contenido de la Declaración de Potsdam fue incluido en el Acuerdo de Rendición japonesa del 2 de setiembre de 1945, y el Comandante Supremo de las Fuerzas Aliadas se comprometió firmemente a aplicar las condiciones ahí establecidas. También se hizo hincapié en la liberación inmediata de los prisioneros de guerra aliados así como de los civiles capturados por las fuerzas japonesas. Por su lado, la Comisión de Crímenes de Guerra de Naciones Unidas (creada en Londres el verano de 1943), también recomendó el establecimiento de un tribunal militar internacional para juzgar los crímenes y atrocidades cometidos por los japoneses.

En la Conferencia de Moscú se decidió que las oficinas centrales del Tribunal se ubicarían en Tokio y luego de la aprobación de la Carta constitutiva del Tribunal por el general estadounidense, Douglas MacArthur, el 19 de enero de 1946, se creó el Tribunal Militar Internacional. En mayo de 1946 comenzó el juicio de 28 presuntos criminales de guerra japoneses a quienes se les consideró en una categoría que incluía crímenes contra la paz y que se concentraba en ellos por haber estado en las esferas más altas de poder y los que habían planeado y conducido la guerra, que serían los únicos en esa categoría

(183) Se denominó así al régimen de colaboracionismo francés con la ocupación nazi de Francia (1940 a 1944) presidido por el Mariscal Pétain, quien fue juzgado y condenado a la pena de muerte cuando se restableció la república francesa al caer vencida Alemania. La pena le fue conmutada por la de cadena perpetua.

(184) En: <www.trial-ch.org/es/recursos/tribunales/tribunales-militares-internacionales-tmi/tmi-de-nuremberg/actividades.html>. [Fecha de consulta: 18 de enero del 2014].

llevados a juicio de los 80 presuntos criminales en esta categoría que estaban detenidos por los Estados Unidos.

Durante el tiempo que duraron los juicios, Japón estuvo ocupado por los Estados Unidos y este país proporcionó los fondos y el personal necesario para manejar el tribunal incluyendo al procurador general.

2.1. Organización y competencia

El Tribunal Internacional Militar de Tokio tuvo una composición internacional ya que jueces provenían de las once naciones aliadas: Australia, India, Gran Bretaña, Canadá, China, Francia, Países Bajos, Nueva Zelanda, la Unión Soviética, Filipinas y Estados Unidos. La presidencia le fue conferida al juez australiano, Sir William F. Webb y el de Procurador General fue asignado al estadounidense Joseph Keenan. Cada Estado contaba con un procurador asistente quien le reportaba al procurador general. Todas las decisiones y juicios del tribunal, incluyendo las sentencias eran tomadas por mayoría de votos de los miembros del tribunal presentes. En caso de empate, el presidente tenía el voto decisivo, de acuerdo al artículo 4 de la carta constitutiva del tribunal. Los idiomas de trabajo del tribunal, eran inglés y japonés. Las oficinas centrales del tribunal se encontraban en Tokio, y los juicios podían llevarse a cabo en otros lugares (artículo 14 de la carta).

Si se comparan los documentos que dieron origen al Tribunal de Núremberg y al de Tokio tenemos que la Carta Constitutiva del Tribunal Militar de Tokio era más breve y concisa que la del Tribunal de Núremberg. El artículo 3 de la Carta Constitutiva del Tribunal de Tokio con respecto a su competencia *ratione materiae,* incluía crímenes contra la paz, violaciones a los Convenios de Ginebra, así como crímenes de lesa humanidad similares al del Estatuto de Núremberg(185). Las definiciones eran casi idénticas a aquellas contenidas en el Estatuto de Núremberg. La competencia del Tribunal de Tokio, a diferencia del Tribunal de Núremberg, solo podía ser ejercida sobre individuos y no sobre organizaciones ya que, de acuerdo al texto del artículo 5, el Tribunal tenía "poder para juzgar y castigar criminales del Lejano Oriente que como individuos o como miembros de organizaciones, fueran acusados de cometer ofensas que incluyan crímenes contra la paz". El Tribunal de Tokio fue casi la imagen del Tribunal de Núremberg.

(185) GÓMEZ-ROBLEDO VERDUZCO, Alonso. *Los procesos de Núremberg y Tokio; precedentes de la Corte Penal Internacional*. UNAM, México, 2008, p. 765.

Con respecto a su competencia *rationae temporis*, era amplia. El Tribunal de Tokio podía juzgar crímenes cometidos entre 1928, año en que fue asesinado Chang Tsolin(186), en ese momento jefe de guerra de Manchuria, y el 2 de setiembre de 1945, fecha de la rendición de Japón. Las penas para aquellos sentenciados ascendían bien a la pena de muerte o "toda otra pena que el Tribunal estimara justa" (art. 16). Una vez que se dictaba una sentencia, no había posibilidad de apelarla.

Solo el general Douglas MacArthur, como Supremo Comandante de las potencias aliadas, podía decidir "reducir o alterar la sentencia, excepto aumentar su severidad" una especie de *reformatio in peius* (art. 17). Obedecer las órdenes recibidas del gobierno o de un superior no era causa de exención de pena pero si como atenuante (art. 6).

2.2. Casos ante el tribunal militar internacional

Los juicios duraron dos años y medio, hasta el 4 de noviembre de 1948. Como hemos referido solo 28 de los 80 criminales de "clase A" detenidos por los aliados, fueron enjuiciados. Los de los dos otros grupos, esencialmente hombres de negocios e industriales fueron liberados. Se concentraron en políticos y militares.

Los acusados incluyeron cuatro ex Primeros Ministros, tres ex Ministros de Relaciones Exteriores, dos ex Ministros de Marina, dos ex Embajadores, tres importantes hombres de negocios, un Consejero Imperial, un propagandista radical, seis ex Generales, un ex Almirante y un ex Coronel. Se les acusó de haber originado una política de conquista que implicó: asesinatos, sometimiento de prisioneros de guerra a experimentos médicos, trabajos forzados, saqueo de propiedad pública y privada, destrucción de pueblos y ciudades sin ninguna necesidad militar.

De las 28 personas que fueron llevadas a juicio, solo 25 fueron sentenciadas. Dos murieron por causas naturales durante el juicio y uno fue liberado luego de estar hospitalizado por severos problemas de salud mental. Ninguno fue absuelto. Siete prisioneros japoneses fueron condenados a muerte. Las sentencias de prisión emitidas a los otros acusados iban de 7 años y cadena perpetua. Desde 1954, quienes habían sido sentenciados y continuaban vivos en prisión fueron puestos en libertad condicional al regresar al poder el

(186) Caudillo militar chino que fue asesinado por una bomba puesta por oficiales extremistas japoneses.

Partido Democrático Liberal. Quienes habían sido sentenciados a muerte fueron ahorcados el 23 de diciembre de 1948(187).

2.3. Críticas

Las principales críticas al tribunal además de la percepción que se tenía de dicho órgano de ser una especie de justicia de los vencedores, fue la ausencia de procedimientos legales contra el Emperador Hirohito, quien debía ser considerado como el criminal de guerra japonés número uno, la liberación de otros criminales pertenecientes a la "clase A" (principalmente hombres de negocios), la falta de juicios de los doctores del Escuadrón 731, que llevó a cabo experimentos médicos sobre todo en prisioneros chinos, rusos y estadounidenses, y que fueron responsables de la muerte de al menos 9,000 personas.

Las razones por las que no se juzgó al emperador Hirohito fueron políticas. El gobierno norteamericano decidió abandonar toda persecución. El general Mac Arthur fue la figura principal para que se le acordara la inmunidad a Hirohito, a la par que el mantenimiento del sistema imperial, necesario para el buen funcionamiento de la ocupación del Japón. Fuera Hirohito de la persecución penal, la fiscalía eligió a los acusados, esto es, a los jefes de las facciones militares que conspiraron, con fines de invasión, contra países extranjeros.

De los veintiocho acusados ante el Tribunal de Tokio, catorce de ellos tenían el rango de generales, habiendo ejercido la mitad de estos las funciones propias de un ministro de guerra(188). La acusación empleó la tesis del complot o conspiración, al quedar los jueces, en la imposibilidad de condenar al sistema imperial por la guerra que había llevado a cabo(189).

Si bien la labor del Tribunal Militar de Tokio llegó a su fin en 1948, otros fallos fueron emitidos contra criminales de guerra de la Segunda Guerra Mundial, a través de las Comisiones Militares Americanas en la región del Pacífico y a través de procedimientos llevados a cabo por otros países aliados en sus respectivos sectores(190).

(187) En: <www.trial-ch.org/es/recursos/tribunales/tribunales-militares-internacionales-tmi/tmi-para-el-lejano-oriente/casos-ante-el-tribunal.html>. [Fecha de consulta: 18 de enero del 2014].
(188) GÓMEZ-ROBLEDO VERDUZCO, Alonso. Ob. cit., p. 766.
(189) Ibídem, p. 767.
(190) En: <www.trial-ch.org/es/recursos/tribunales/tribunales-militares-internacionales-tmi/tmi-para-el-lejano-oriente/criticas-al-tribunal.html>. [Fecha de consulta: 18 de enero del 2014].

3. Tribunal penal internacional para la antigua Yugoslavia

Sus orígenes lo tenemos en la Resolución N° 808 del 22 de febrero de 1993 dado por el Consejo de Seguridad de la ONU que decidió crear un Tribunal Penal Internacional ad hoc para la ex Yugoslavia(191). Se estableció en cumplimiento de la Resolución N° 827 del **Consejo de Seguridad**, el **25 de mayo de 1993** y su nombre oficial es Tribunal Internacional para el enjuiciamiento de los presuntos responsables de violaciones graves de las leyes y usos aplicables en los conflictos armados, del crimen de genocidio y de crímenes de lesa humanidad, de los Convenios de Ginebra de 1949 y del Derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la ex Yugoslavia desde 1991.

En 1991 estalló la guerra Yugoslavia con la independencia de Croacia y Eslovenia. El conflicto duraría cerca de 10 años en la región de los Balcanes. Ese año fue la proclamación de independencia de Bosnia-Herzegovina. La guerra entre Croacia y Serbia fue el escenario de la toma de Vukovar y de Dubrovnik masacrándose población civil de origen croata por paramilitares serbios. En agosto de 1992 la comunidad internacional tomó conciencia de la matanza que se estaba perpetrando en la región y de la práctica de "limpieza étnica"(192) que consistía en la búsqueda de homogeneidad étnica en una región con la utilización de métodos como el desplazamiento forzado de la población indeseable o el genocidio. El consejo de seguridad consideró que desde **1991** se venían produciendo en territorio de la antigua **Yugoslavia** graves violaciones de los derechos humanos, así como una amenaza real y seria para la paz y seguridad de la zona balcánica en particular y europea en general.

Hasta **2004**, el tribunal había recibido 3.500 testimonios y tenía procesadas a **marzo de 2005** a 124 personas, entre ellas **Slobodan Milošević**, ex presidente de Yugoslavia, quien fue entregado en **2001** pero falleció en las dependencias del tribunal pendiente de juicio el **11 de marzo de 2006**.

El **8 de diciembre de 2005** el general **croata** Ante Gotovina fue detenido por fuerzas policiales españolas en las **Islas Canarias**, cumpliendo un requerimiento de la Corte en su contra.

Naser Orić, comandante de las fuerzas musulmanas de **Srebrenica**, fue condenado a dos años de prisión por crímenes de guerra contra los **serbobosnios**

(191) ODIO BENITO, Isabel. *Jueza del Tribunal Penal Internacional de las Naciones Unidas para la ex Yugoslavia*. En: <www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/iidh/cont/24/dtr/dtr5.pdf>. [Fecha de consulta: 20 de enero del 2014].

(192) En: <www.trial-ch.org/es/recursos/tribunales/tribunales-penales-internacionales/tribunal-penal-internacional-para-la-ex-yugoslavia.html>. [Fecha de consulta: 21 de enero del 2014].

de esa zona oriental bosnia entre 1992 y 1993. Oric fue puesto en libertad, ya que llevaba más de dos años en prisión preventiva.

En el tribunal hasta noviembre de 2007, 108 procedimientos habían sido concluidos, 52 acusados habían sido sentenciados, 7 absueltos, 36 muertos o bien su acusación retirada, 13 remitidos a jurisdicciones nacionales (regla de complementariedad). Entre los acusados se encuentran miembros de las fuerzas armadas provenientes de todos los Estados parte implicados en el conflicto de la ex Yugoslavia desde 1991 de todos los rangos jerárquicos así como civiles. Los condenados cumplen sus sentencias en prisiones de los países miembros de la Unión Europea. A fines de 2007, cuatro principales responsables entre los acusados ante el TPIY seguían en fuga: el general Ratko Mladic; el ex líder de los serbios de Bosnia, Radovan Karadzic; Goran Hadzic y Stojan Zupljanin hasta producirse las capturas de algunos de estos.

De conformidad a la "estrategia de terminación del trabajo" definida en la **resolución 1503** del 28 de agosto de 2003 y la **resolución 1534** del 26 de marzo de 2004 del Consejo de Seguridad, el tribunal terminaría desde finales de 2004 las investigaciones y debía terminar todos los procesos en el 2010, aún si no todos los principales responsables eran capturados(193). Allí radica la temporalidad de esta clase de tribunales.

El antiguo líder de los serbios de Bosnia, **Radovan Karadžić**, prófugo desde **1995** fue detenido en **Belgrado** el **21 de julio de 2008**. Su juicio comenzó el **26 de octubre de 2009**, enfrentándose a 11 cargos que incluyen los delitos de **genocidio**, **crímenes contra la humanidad** y **crímenes de guerra**. El general **Ratko Mladić**, fue detenido el **26 de mayo de 2011**, y acusado de similares delitos, comenzó a ser juzgado el **3 de junio** de ese mismo año.

En julio de **2011** fue detenido el último prófugo del tribunal: **Goran Hadžić**, acusado de algunos de los cargos más graves tipificados por el TPIY.

3.1. Competencia del TPIY

De acuerdo a los términos de la Resolución N° 827, el objetivo del TPIY es "juzgar a las personas presuntamente responsables de violaciones graves de derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la ex Yugoslavia entre el 1 de enero de 1991 y una fecha que será determinada por el consejo después de la restauración de la paz".

(193) Ídem.

Entre sus principales objetivos están: Llevar ante la justicia a las personas presuntamente responsables de violaciones graves del Derecho internacional humanitario, hacer justicia a las víctimas, prevenir la comisión de nuevas violaciones del Derecho internacional humanitario, imponer la verdad judicial a fin de evitar el revisionismo, contribuir al restablecimiento de la paz y favorecer la reconciliación en la ex Yugoslavia.

Los crímenes que el tribunal es competente para conocer son:

- Crímenes cometidos después del 1 de enero de 1991 (competencia temporal).
- Crímenes cometidos en el territorio de la ex Yugoslavia (competencia geográfica).
- Infracciones graves de los Convenios de Ginebra de 1949 (artículo 2), violaciones de las leyes y las costumbres de la guerra (artículo 3), genocidio (artículo 4) y, crímenes contra la humanidad (competencia material).
- El tribunal es competente para juzgar a las personas físicas (competencia personal).

Los autores de crímenes cometidos en Yugoslavia son individualmente responsables según el artículo 7 del estatuto del tribunal. El hecho de pertenecer al aparato estatal no es un criterio de exoneración. El estatuto prevé la responsabilidad del superior jerárquico, aún si no participó activamente en la violación, puede ser encontrado culpable de no haber tomado las medidas necesarias para prevenir o castigar a los responsables del crimen.

La ejecución de la pena puede llevarse a cabo en uno de los Estados que hayan aceptado acoger, para el cumplimiento de la sentencia. En la práctica las penas son frecuentemente cumplidas en La Haya que normalmente es un centro de detención provisional. Los acuerdos que han sido firmados entre el TPIY y terceros países donde los condenados están actualmente cumpliendo sus condenas son: Italia, Finlandia, Noruega, Suecia, Alemania, Austria, Francia, Portugal, España y Gran Bretaña[194].

(194) En: <http://www.trial-ch.org/es/recursos/tribunales/tribunales-penales-internacionales/tribunal-penal-internacional-para-la-ex-yugoslavia/competencia-del-tpiy.html>. [Fecha de consulta: 21 de febrero del 2014].

3.2. Composición del TPIY

Está compuesto por tres órganos (art. 11 del Estatuto):

- La oficina del procurador.
- Las salas.
- La secretaría.

La oficina del procurador o prosecutor actúa independientemente del Consejo de Seguridad, de cualquier Estado, organización internacional u otros órganos del tribunal. El personal se compone de investigadores con amplia experiencia, expertos en materia penal, analistas militares, juristas y sustitutos. Investigan, preparan la acusación que llevan ante el tribunal. Carla del Ponte trabaja como procuradora desde el 15 de octubre de 1999 y fue nombrada una vez más para esta función el 4 de octubre de 2003. Hasta esta fecha, había estado trabajando como Procurador del Tribunal Penal Internacional para Ruanda. El 28 de agosto de 2003, el consejo de seguridad decidió, a través de la resolución 1503 dividir estas funciones y hacerlas independientes. El procurador es nombrado por el consejo de seguridad a proposición del Secretario General de Naciones Unidas. Su mandato es de 4 años renovable. El 31 de diciembre de 2007, Serge Brammertz sucedió a Carla del Ponte en el puesto de Procurador del TPIY.

El Procurador es responsable de la instrucción de los expedientes y del ejercicio de la persecución de los autores de graves violaciones del Derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la ex Yugoslavia a partir del 1 de enero de 1991.

Las salas están conformadas por dieciséis jueces permanentes elegidos por la Asamblea General de Naciones Unidas por un periodo de cuatro años renovable (art. 13). Nueve jueces *ad litem* son parte de un grupo de veintisiete jueces también elegidos por la Asamblea General de Naciones Unidas por un periodo de 4 años pero no renovable. Un juez *ad litem* solo puede prestar servicio en las Salas de Primera Instancia para uno o más juicios, luego de haber sido designado por el secretario general a petición del presidente del tribunal y por un periodo acumulativo de hasta tres años pero que no podrá incluir ningún periodo de tres años consecutivo[195].

(195) En: <www.trial-ch.org/es/recursos/tribunales/tribunales-penales-internacionales/tribunal-penal-internacional-para-la-ex-yugoslavia/composicion-del-tpiy.html>. [Fecha de consulta: 21 de febrero del 2014].

4. Cámara para crímenes de guerra en Bosnia y Herzegovina

En febrero de 2002, la oficina del alto representante responsable de la coordinación e implementación de los aspectos civiles de los Acuerdos de Dayton y el TPIY obligaron al Consejo de Seguridad a adoptar una estrategia en julio de 2002 que consistía en transferir los casos que involucraban imputados de perfil medio y bajo a las jurisdicciones nacionales. Las resoluciones 1503 (agosto 2003) y 1534 (marzo 2004) del consejo de seguridad, solicitan a los tribunales nacionales asistir al TPIY en su misión de juzgar a los criminales de guerra apoyando la estrategia de conclusión que implicaba cerrar todos los procedimientos en los tribunales de primera instancia, antes de diciembre de 2008.

Para realizar los juzgamientos de esos casos menos complejos se creó la Cámara para Crímenes de Guerra y junto con la Cámaras de Crimen Organizado y de Crímenes Generales, opera en la División Penal del Tribunal Estatal de Bosnia Herzegovina, que tiene su oficina central en Sarajevo. La Cámara para Crímenes de Guerra comenzó a operar en marzo de 2005. Los objetivos de esta cámara eran tres:

- Descongestionar el TPIY y permitir que se concentrara en los casos de criminales de alto perfil hasta el 2010.
- Participar en la reconstrucción del sistema judicial en Bosnia.
- Promover el proceso de reconciliación en Bosnia llevando a los criminales de guerra ante la justicia.

El primer acusado del TPIY en ser juzgado por esta jurisdicción nacional fue Radovan Stankovic. Fue sentenciado a 16 años de prisión el 14 de noviembre de 2006 por detenciones arbitrarias y la tortura, violación y asesinato de civiles no serbios en la región de Foca entre abril de 1992 y febrero de 1993. Hasta el 31 de diciembre de 2006, un total de 9 acusados habían sido transferidos del TPIY a la Cámara para Crímenes de Guerra(196).

Hemos de concluir que en el conflicto de la ex Yugoeslavia el fanatismo nacionalista, la discriminación por razones de etnia, políticas y culturales, el militarismo se exacerbaron de tal forma que se tuvo como resultado más de 250,000 mil muertos empleándose como crímenes el genocidio, asesinatos masivos, desplazamientos forzados y el uso de violaciones sexuales como formas de agresión contra la población civil, regresando a la humanidad a estadios de

(196) En: <www.trial-ch.org/es/recursos/tribunales/tribunales-mixtos/camara-para-crimenes-de-guerra-en-bosnia-y-herzegovina.html>. [Fecha de consulta: 21 de febrero del 2014].

barbarie y primitivismo. Estos delitos gravísimos sucedidos en esta sociedad moderna obligan a reforzar con carácter preventivo la justicia penal internacional como mensaje a los violadores de derechos humanos.

5. Tribunal penal internacional para Ruanda

5.1. Antecedentes

El **6 de abril de 1994**, los presidentes de **Ruanda** y **Burundi**, Juvénal Habyarimana y **Cyprien Ntaryamira** respectivamente, murieron al caerse a tierra el avión en que viajaban, como resultado de un atentado terrorista, cuando este se encaminaba a aterrizar en la capital **Kigali**.

Este crimen fue el inicio de una masacre que afectó a las comunidades **hutu** y **tutsi** que habitaban desde tiempos inmemoriales en la zona de los **grandes lagos** africanos. En un mes, facciones de hutus atacaron a tutsis y hutus moderados. A los dos meses habían muerto alrededor de **800,000 personas**. Las **Naciones Unidas**, **Estados Unidos**, **Francia** y **Bélgica** que no intervinieron oportunamente, por su inacción en los peores momentos de la masacre, tomaron la iniciativa de intervenir a gran escala en la zona con el fin de detener las gravísimas violaciones de derechos humanos.

Por la solicitud expresa de Ruanda –que ocupaba un puesto no permanente del Consejo de Seguridad en esa época–, se decidió que en virtud de lo dispuesto en el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas que ordena al consejo tomar las medidas necesarias para restablecer la paz y la seguridad del mundo, se decidió establecer un **Tribunal Penal Internacional para Ruanda**.

El Tribunal fue creado por la Resolución N° 955 del **8 de noviembre de 1994** del **Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas**, y tiene como base una estructura similar al del **Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia**. Su sede se encuentra en la ciudad de **Arusha**, en **Tanzania**, y su presidente es **Erik Mose**, de **Noruega**.

Su estructura orgánica está compuesta por tres salas o cámaras de primera instancia, conformadas por 3 jueces. El **14 de agosto de 2002**, el consejo de seguridad por resolución, agregó a la lista permanente de 16 jueces, una de 8 jueces *ad litem* para completar e integrar las salas del tribunal. Fuera de estas tres salas de primera instancia, el TPIR comparte una cámara o sala de apelaciones con el TPI para la ex Yugoslavia.

El tribunal cuenta con una **fiscalía**, dirigida por **Hassan Bubacar Jallow** de **Gambia**. Este ente se encarga de buscar evidencias de las autorías

individuales de los crímenes investigados por la Corte, en conjunto con una Unidad de Evidencia, para que motivadamente puedan acusar ante el tribunal a las personas investigadas.

5.2. Caso Akayesu

Este caso fue la primera condena internacional por Genocidio y la primera en reconocer la violencia sexual como actos constitutivos de ese crimen. El Tribunal Penal Internacional para Ruanda, en el caso Akayesu, declaró a un acusado culpable de violación por no haber impedido ni detenido una violación en su calidad de oficial, y no por haberla cometido personalmente. El tribunal consideró que la violación constituía tortura y que la violación generalizada, como parte de unas "medidas dirigidas a impedir nacimientos dentro del grupo", constituía un acto de genocidio, en razón que en las sociedades donde la pertenencia a una etnia está determinada por la identidad del padre, violar a una mujer para dejarla embarazada puede impedirle dar a luz a su hijo en el seno de su propio grupo.

Jean Paul Akayesu fue alcalde de la ciudad ruandesa de Taba; arrestado en Zambia el 10 de octubre de 1995 fue transferido a la Unidad de Detención del Tribunal en Arusha el 26 de mayo de 1996. El juicio se inició en junio de 1997 y el 2 de setiembre de 1998 la Cámara Procesal I lo declaró culpable de genocidio, incitación directa y pública a cometer genocidio y crímenes de lesa humanidad. El 2 de octubre de 1998 fue sentenciado a cadena perpetua cumpliendo actualmente la pena en una cárcel de **Malí**[197].

La diferencia racial entre hutus y tutsis no es muy clara aunque algunos señalan que puede ser por estatura, los tutsis son más altos que los hutus; sin embargo no todas estas etnias han estado mezcladas en los crímenes sino los sectores más radicalizados. El genocidio practicado contra los tutsis por la poca diferencia de estos no es de etnias sino de castas en la medida que la diferencia se da por los orígenes o el nacimiento que se convierte en el elemento diferenciador como la nobleza. Además la diferencia política fue otro elemento que empujó a la eliminación criminal de los tutsis, que desde una perspectiva humanista es injustificable y merecen el reproche de la comunidad internacional y la sanción para los responsables.

(197) En: <http://www.unictr.org/>. [Fecha de consulta: 22 de febrero del 2014].

6. Paneles especiales para los crímenes graves en Timor-Leste

Timor Oriental, una antigua colonia portuguesa, fue invadida por la armada de Indonesia en diciembre de 1975. Se desarrolló una fuerte represión que ocasionó la muerte de aproximadamente 200,000 personas, denunciándose que se había cometido delito de genocidio perpetrado por los invasores.

Destituido el presidente de Indonesia, Suharto; recién se pudo iniciar mecanismos de investigación. En junio de 1999 se hizo un referéndum de autodeterminación en Timor Oriental bajo los auspicios de Naciones Unidas. El 30 de agosto de 1999 se hizo la consulta y la mayoría rechazó la autonomía propuesta e inició un proceso de transición hacia la independencia.

Las milicias favorables a la integración entre Timor e Indonesia patrocinadas por las fuerzas de seguridad de Indonesia, lanzaron una campaña de violencia, de pillajes y de incendios sobre el conjunto del territorio. Las autoridades de Indonesia no reaccionaron adecuadamente a los actos de violencia. Gran cantidad de habitantes de Timor Oriental murieron; y más o menos 500,000 tuvieron que abandonar sus hogares, obligados, muchas veces bajo amenazas, a dejar el territorio.

Al finalizar la violencia, las fuerzas armadas y la policía indonesia, empezaron a retirarse del territorio hasta abandonar Timor por completo. Los funcionarios de la administración indonesia también se retiraron. El 19 de octubre de 1999, la Asamblea Consultativa del pueblo indonesio, aceptó formalmente el resultado de la consulta del 30 de agosto. El 25 de octubre, el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas por medio de la Resolución 1272 (1999), creó la Administración Transitoria de Naciones Unidas de Timor Oriental, como parte de una operación integrada y multidimensional del mantenimiento de la paz, plenamente responsable de la administración de Timor Oriental durante su transición hacia la independencia.

Las elecciones legislativas se llevaron a cabo en agosto de 2001 y Xanana Gusmao, líder del antiguo movimiento de liberación Frente Revolucionario de Timor Leste Independiente (Fretilin) obtuvo la victoria y fue electo presidente en abril de 2002.

El 20 de mayo de 2002, el nuevo país obtuvo su independencia, bajo el nombre de Timor-Leste. El 27 de setiembre de 2002, la República Democrática de Timor-Leste, se integró a las Naciones Unidas, como el 191 Estado Miembro. El 20 de mayo de 2005, las fuerzas de mantenimiento de la paz de Naciones Unidas, dejaron el país.

Entre los meses de febrero y mayo de 2006, la violencia estalló en el país, como respuesta a un motín llevado a cabo por soldados originarios de la parte oriental del país. Los enfrentamientos entre los rebeldes y las fuerzas gubernamentales resultaron en aproximadamente 37 muertes y provocaron el desplazamiento de 155, 000 personas, que representaban el 15% de la población total del país.

Una fuerza internacional, encabezada por Australia, fue desplegada a Dili y sus alrededores para pacificar el nuevo Estado. El 20 de junio de 2006, el consejo de seguridad adoptó la Resolución N° 1690, que daba su apoyo a las fuerzas de mantenimiento de la paz, lideradas por Australia y prolongaba hasta el 20 de agosto de 2006 el mandato de la Oficina de las Naciones Unidas en Timor-Leste. El 25 de agosto de 2006, el consejo de seguridad adoptó la Resolución Nº 1704 que creó la Misión Integrada de las Naciones Unidas en Timor-Leste para ayudar al gobierno a "consolidar la estabilidad, fomentar una cultura de gobernanza democrática y facilitar el diálogo político entre las partes interesadas de Timor-Leste"(198).

6.1. Origen de los paneles especiales

Como habíamos señalado anteriormente el 25 de octubre de 1999, el Consejo de Seguridad adoptó la Resolución N° 1272 por medio de la cual decidió crear la Administración de Transición de las Naciones Unidas en Timor Oriental a la cual se le otorgó la responsabilidad general de la administración de Timor Oriental y que sería competente para ejercer todas las funciones legislativas y ejecutivas, incluyendo la administración de la justicia.

La Administración de Transición dictó la **Regulación 2000/11** del 6 de marzo de 2000 que organizaba la administración judicial de Timor Oriental y por medio de la **Regulación 2000/15** del 6 de junio de 2000, se creó un sistema judicial basado en normas internacionales sobre la administración de justicia. El artículo 10 de la regulación otorgaba jurisdicción al tribunal de distrito de Dili para procesar los siguientes crímenes:

- Genocidio.
- Crímenes de guerra.
- Crímenes de lesa humanidad.

(198) En: <www.trial-ch.org/es/recursos/tribunales/tribunales-mixtos/camaras-especiales-para-los-crimenes-graves-en-timor-leste.html>. [Fecha de consulta: 22 de febrero del 2014].

- Asesinatos.
- Ofensas sexuales.
- Tortura.

6.2. Composición

En concordancia con los artículos 22.1 y 22.2 de la Regulación N° 2000/15 de la administración de transición, el tribunal de primera instancia y el tribunal de apelaciones están compuestos de **dos jueces internacionales y un juez de Timor** y en ciertos casos de particular importancia o gravedad, el artículo 22.2 permite que haya tres jueces internacionales y dos nacionales de Timor en el tribunal de apelaciones de Dili.

De conformidad con el artículos 14 de la Regulación N° 2000/16 de fecha 6 de junio de 2000, la fiscalía está encabezada por el procurador general adjunto para crímenes graves, que reporta al procurador general de Timor-Leste. Está a cargo de la unidad de crímenes serios y es responsables de llevar a cabo investigaciones y preparar las actas de acusación para aquellos presuntamente responsables de serias violaciones de derechos humanos cometidas en Timor Oriental en 1999. El mandato de la unidad de crímenes finalizó en 2005.

6.3. Jurisdicción

Los paneles especiales tenían competencia exclusiva para juzgar serias violaciones de derechos humanos cometidas durante el conflicto en Timor Oriental como genocidio, crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad, asesinato, ofensas sexuales y tortura.

Todos los demás crímenes sobre los cuales tienen jurisdicción, no están sujetos a esta restricción temporal.

6.4. Casos ante los paneles especiales

Todas las investigaciones llevadas a cabo por la unidad de crímenes serios fueron cerradas en noviembre de 2004 en conformidad con las Resoluciones Nº 1543 (2000) y Nº 1573 (2004) del Consejo de Seguridad de fechas 14 de mayo y 16 de noviembre de 2004 respectivamente. El mandato de la unidad concluyó oficialmente el 20 de mayo de 2005. El consejo de seguridad señaló la necesidad que la Secretaría de Naciones Unidas, en conformidad con las autoridades de Timor-Leste, conservaran una copia de todos los registros recopilados por la SCU.

Fueron presentadas 95 acusaciones antes los paneles especiales en contra de 392 personas y se dictaron 284 órdenes de arresto. De las 95 acusaciones, 57 eran crímenes de lesa humanidad. Durante el periodo de 2002 a 2005, en el cual los paneles especiales estuvieron en sesión, se llevaron a cabo 55 juicios involucrando 87 acusados. 83 procesados fueron hallados culpables y uno de los 4 que fueron absueltos, fue más tarde hallado culpable por el Tribunal de Apelaciones(199).

7. Tribunal especial para Sierra Leona

El Tribunal Especial para Sierra Leona (TSSL) fue creado por la resolución 1315 del 14 de agosto de 2000 del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas. La Resolución dio el mandato al Secretario General de Naciones Unidas, de negociar un acuerdo con el gobierno de Sierra Leona para la creación de una jurisdicción mixta para juzgar los crímenes cometidos en dicho país. El acuerdo entre la ONU y Sierra Leona sobre la creación de un tribunal especial fue firmado en Freetown el 16 de enero de 2002.

El Parlamento de Sierra Leona ratificó el acuerdo en marzo de 2002. El TSSL tiene competencia para juzgar a presuntos responsables de graves violaciones de derechos humanos y de las leyes de Sierra Leona, cometidas sobre el territorio del país desde el 30 de noviembre de 1996.

7.1. Reseña del conflicto

El Frente Revolucionario Unido (FRU) fue fundado en los años 1988-1989 en Libia y tenía un carácter militar. El FRU bajo el mando de Foday Sankoh, comenzó sus operaciones armadas contra las fuerzas gubernamentales en Sierra Leona en marzo de 1991. El 30 de noviembre de 1996, Foday Sankoh y el presidente de la República sierra leonesa Ahmed Tejan Kabbah, firmaron un acuerdo de paz que fue seguido por una tregua a las hostilidades de corta duración. El 25 de mayo de 1997 el Consejo Revolucionario de las Fuerzas Armadas (AFRC) fundado por miembros de la armada de Sierra Leona y dirigido por Johnny Paul Koroma, tomó el poder por medio de un golpe de Estado. Después del golpe de Estado, el FRU y el AFRC decidieron aliarse. Desde el 25 de mayo de 1997, el país fue dirigido por una junta que comprendía líderes del FRU/AFRC.

(199) En: <www.trial-ch.org/es/recursos/tribunales/tribunales-mixtos/camaras-especiales-para-los-crimenes-graves-en-timor-leste.html>. [Fecha de consulta: 22 de febrero del 2014].

Se generó una resistencia armada contra el FRU/AFRC por las denominadas Fuerzas de Defensa Civil (FDC), compuestas por varios grupos tradicionales de cazadores de diferentes etnias de Sierra Leona. El coordinador nacional de CDF era Hinga Norman. El 14 de febrero de 1998, la junta fue destituida del poder por las fuerzas que habían permanecido leales al presidente destituido Kabbah, entre ellas principalmente las FDC. El gobierno del presidente Kabbah fue oficialmente restituido en sus funciones en marzo de 1998. A finales de 1998, el FRU/AFRC lanzó una ofensiva que culminó en un ataque a la capital, Freetown, que fue ocupada durante tres semanas en enero de 1999, periodo durante el cual se cometieron crímenes contra la humanidad. El retiro de las fuerzas FRU/AFRC de Freetown hacia sus bastiones del norte del país fue seguido de malos tratos infligidos a la población de los lugares por donde pasaban. El 7 de julio de 1999, Foday Sankoh y Ahmed Tejan Kabbah firmaron un nuevo tratado de paz en Lomé, Togo, que solo cesó las hostilidades temporalmente.

El conflicto continuó hasta noviembre de 2000, fecha en la que un nuevo cese al fuego fue firmado. Este cese al fuego establecía la necesidad de que las partes reanudaran el proceso de desarme. El 30 de marzo de 2001, el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, autorizó un incremento del componente militar de la Misión de las Naciones Unidas en Sierra Leona hasta 17,500 efectivos, de los 6,000 que originalmente estaban asignados.

En 2001 más de 3,000 niños soldado que habían sido secuestrados y separados de sus familias, fueron liberados por el FRU y las FDC. El FRU desmovilizó a más de 1500 niños soldado hombres; liberó mujeres que habían sido secuestradas y abusadas sexualmente. En enero de 2002, más de 47,000 combatientes habían sido desarmados y desmovilizados. El 18 de enero de 2002, el conflicto armado en Sierra Leona fue oficialmente declarado terminado en el curso de una ceremonia en la cual participaron numerosos dignatarios del país[200].

8. Tribunal penal para Camboya

En junio de 1997, el gobierno de Camboya solicitó la ayuda de Naciones Unidas para juzgar a los antiguos líderes del Jemer Rojo por los crímenes cometidos entre 1975 y 1979. Naciones Unidas quiso establecer un tercer tribunal penal internacional ad hoc como los de la ex Yugoslavia o Ruanda. El gobierno de Camboya rechazó ese mecanismo. Luego de negociaciones con la

(200) En: <www.trial-ch.org/es/recursos/tribunales/tribunales-mixtos/tribunal-especial-para-sierra-leona/resena-historica-del-conflicto.html>. [Fecha de consulta: 22 de febrero del 2014].

Secretaria General de Naciones Unidas el 13 de mayo de 2003 se aprobó de una resolución sobre la persecución de crímenes cometidos entre 1975 y 1979 en Camboya. El acuerdo entraba en vigencia en abril de 2005.

8.1. Antecedentes

Luego de independizarse de Francia en 1953, Camboya no pudo evitar el caos de la guerra de Vietnam. La guerra civil se libró bajo el código no escrito de la Guerra Fría: por un lado, el gobierno de Lon Nol estaba respaldado por Estados Unidos, por el otro lado, los Jemeres Rojos de Pol Pot[201] recibían apoyo de China. Finalmente, en medio de todo esto se encontraban los comunistas de Vietnam que estaban luchando y buscaron refugio en Camboya que era en ese momento territorio neutral. Bombardeos secretos por parte de Estados Unidos que presuntamente causaron la muerte de más de 150 000 personas, probablemente allanaron el camino para que Pol Pot y sus tropas tomaran el poder.

El 17 de abril de 1975, las tropas de Pol Pot entraron a Phnom Penh Camboya en el que los Jemeres maoístas intentaron establecer una sociedad agraria, libre de clases, que llevaría al país de regreso a la Edad de Piedra. En una sola semana, 2.5 millones de habitantes de Phnom Penh fueron forzados a ir al campo. Un número desconocido de personas fueron hechos esclavos, ejecutados arbitrariamente o murieron de hambre, agotamiento o enfermedades en los campos de trabajo. Los niños eran separados de sus familias. En un lapso de cuatro años, el genocidio de los Jemeres Rojos acabó con 2 millones de personas en campos de la muerte.

En 1979, la invasión de Vietnam puso fin al terror. Pol Pot y sus seguidores huyeron, refugiándose en la jungla apoyados por China y el occidente en su lucha contra la ocupación comunista vietnamita. Después de diez años de ocupación y el establecimiento de su régimen, las fuerzas armadas de Vietnam se retiraron de Camboya. El gobierno de los Jemeres Rojos en exilio continuó representando a Camboya ante las Naciones Unidas hasta 1992.

8.2. Decisión para enjuiciar a criminales

Las Naciones Unidas, veinte años después del genocidio, adoptó una resolución a favor de enjuiciar a los principales líderes de la matanza, y propusieron su apoyo al gobierno de Camboya (A/RES/52/135). En marzo de 2003,

(201) Los estudiosos del fenómeno subversivo Sendero Luminoso han establecido similitudes entre Abimael Guzmán Reynoso y Pol Pot, ambos inspirados en el maoísmo.

luego de cuatro años de difíciles negociaciones, las Naciones Unidas y Camboya llegaron a un acuerdo sobre la creación de cámaras extraordinarias dentro de la estructura existente de la corte. La composición de los órganos de investigación, acusación y juicio permiten el involucramiento tanto de camboyanos como de funcionarios extranjeros (A/RES/57/228 B).

Este tribunal internacional híbrido tuvo como resultado que cierto número de Jemeres Rojos murieran en el interín y no fueran juzgados. Entre los que murieron se encuentran Pol Pot, Son Sen (Ministro de Defensa y responsable de Santebal, la policía política), Yun Yat (Ministro), Thiounn Thioeunn (Ministro), Ta Mok (Jefe del Comando Militar) y su adjunto, Ke Pauk.

Aún hay criminales de alto rango responsables de las atrocidades cometida por el régimen de Pol Pot que siguen vivos por lo que está en agenda el enjuiciamiento de estos. El 3 de julio de 2006 se iniciaron algunas investigaciones en esta jurisdicción(202). Los órganos jurisdiccionales están conformados por jueces camboyanos e internacionales.

8.3. Competencia de las cámaras extraordinarias

Competencia material

Tienen poder de procesar los siguientes crímenes:

- Genocidio,
- Crímenes de lesa humanidad,
- Infracciones graves de los Convenios de Ginebra de 1949,
- Otros crímenes definidos por las leyes de Camboya que instituyeron las cámaras extraordinarias, en particular asesinato, tortura, persecución religiosa, destrucción de propiedad cultural durante el conflicto armado y violaciones de la Convención de Viena sobre protección diplomática.

Competencia temporal

La competencia temporal de las cámaras extraordinarias se limita a los crímenes cometidos en entre el momento en que los Jemeres Rojos tomaron

(202) En: <http://www.trial-ch.org/es/recursos/tribunales/tribunales-mixtos/tribunal-penal-para-camboya.html>. [Fecha de consulta: 22 de febrero del 2014].

el poder el 17 de abril de 1975 y la llegada de las tropas vietnamitas el 6 de enero de 1979.

Competencia personal

Las acusaciones se limitan a los líderes de alto rango de la Kampuchea Democrática y los que tuvieron mayor responsabilidad por los crímenes y violaciones severas que caen dentro de la competencia material y temporal señalada anteriormente.

Competencia territorial

La competencia territorial de las cámaras extraordinarias no fueron definidas, por lo que estas deben determinar si pueden procesar los crímenes sobre los cuales tienen competencia, sin tomar en consideración el lugar donde ocurrieron, o si debe aplicar la ley de Camboya, lo cual parecería limitar el poder de las cámaras a los crímenes cometidos en el territorio de Camboya.

Las sanciones previstas si se determinan responsabilidades pueden llegar hasta la cadena perpetua.

9. Tribunal especial para el Líbano

El 13 de diciembre de 2005, el Gobierno de la República Libanesa pidió a las Naciones Unidas que establecieran un tribunal de carácter internacional para enjuiciar a todos los presuntos responsables del atentando que tuvo lugar el 14 de febrero de 2005 en Beirut y causó la muerte del ex Primer Ministro libanés Rafiq Hariri y otras 22 personas. Con arreglo a la Resolución N° 1664 (2006) del Consejo de Seguridad, las Naciones Unidas y la República Libanesa negociaron un acuerdo sobre el establecimiento de un tribunal especial para el Líbano. Por Resolución N° 1757 (2007) del Consejo de Seguridad, de 30 de mayo de 2007, se creó el Tribunal Especial con su respectivo estatuto entrando en vigor el 10 de junio de 2007.

El tribunal especial para el Líbano tiene el mandato de enjuiciar a los responsables del atentado de 14 de febrero de 2005 que causó la muerte del ex Primer Ministro Rafiq Hariri, y provocó la muerte o lesiones a otras personas. La competencia del tribunal puede ampliarse más allá del atentado del 14 de febrero de 2005 si determina que otros ataques ocurridos en el Líbano entre el 1 de octubre de 2004 y el 12 de diciembre de 2005 están conectados conforme a los principios de la justicia penal al atentado de 14 de febrero de 2005 y son de naturaleza y gravedad similares.

La conexión podrá consistir en la combinación de los siguientes elementos: intención de delinquir (móvil), finalidad de los ataques, naturaleza de las víctimas, patrón de los ataques (modus operandi) y autores. Los delitos cometidos después del 12 de diciembre de 2005 podrán incluirse en la competencia del tribunal bajo los mismos criterios si así lo deciden el Gobierno de la República Libanesa y las Naciones Unidas, con el consentimiento del Consejo de Seguridad(203).

Este panorama de los tribunales internacionales nos permiten ver que las causas para su conformación han sido conflagraciones internacionales y nacionales, en los que la dignidad, la vida e integridad de las personas han sido pisoteadas regresándonos a las épocas más atroces de la barbarie, incluso en sociedades que han producido cultura, música, filosofía, ciencias, pero desbordadas por prejuicios raciales, étnicos, culturales.

(203) <http://www.un.org/spanish/News/focus/tslibano/factsheet.shtml>. [Fecha de consulta: 23 de febrero del 2014].

Capítulo III
Aplicación del Derecho Penal Internacional

I. Cuestiones de temporalidad

1. Problemática en la aplicación del Derecho Penal Internacional

Este es uno de los grandes problemas que sigue suscitando discusión en los tribunales y la doctrina. Frente a un hecho ilícito en contra de la humanidad, ¿cuál es la norma internacional aplicable? Si el hecho no estaba descrito en la legislación nacional como crimen internacional, ¿es posible aplicar las convenciones que han versado sobre esta materia?

En el enjuiciamiento y la sanción de los autores de crímenes bajo el Derecho internacional, es recurrente que los tribunales nacionales se enfrentan frecuentemente con la ausencia de legislación penal vigente que tipifiquen estos comportamientos como delitos, para la época de los hechos, aun cuando para ese entonces ya constituían ilícitos penales internacionales.

Los vacíos en la legislación penal nacional ha sido frecuentemente invocado por fiscales y jueces para no investigar, juzgar y sancionar a los autores y copartícipes de crímenes bajo el Derecho internacional, concentrándose en la investigación de hechos calificados como delitos menores u otros delitos que no reflejan la entidad criminal de crímenes de lesa humanidad(204).

Este enfoque que tiene sustento en la doctrina del derecho interno permite que las consecuencias en cuanto al régimen jurídico que establece el Derecho internacional para estos crímenes en materia de responsabilidad penal individual, amnistía y medidas similares, imprescriptibilidad, jurisdicción universal, extradición, cooperación internacional, refugio y asilo se hagan aplicables siendo una fuente de impunidad. Recordemos las amnistías en Chile,

(204) Comisión colombiana de juristas. Retroactividad penal de crímenes internacionales. Editado por la Comisión, Bogotá, 2012, p. 10.

Perú y Argentina en las épocas de las dictaduras militares o dictaduras civiles con ropaje militar.

La doctrina del Derecho Penal internacional ha establecido líneas de tal forma que no pueda cometerse impunemente una violación del Derecho internacional basándose en el hecho de que ese acto o esa omisión no estaba prohibida por el derecho nacional cuando se cometió.

2. Principio de legalidad e irretroactividad penal

En un interesante trabajo de la comisión colombiana de juristas se hicieron la siguiente pregunta: ¿Pueden aplicar retroactivamente la ley penal nacional a hechos que cuando fueron cometidos ya constituían crímenes bajo el Derecho internacional, sin violar los principios *nullum crimen sine lege* y de irretroactividad de la ley penal? El Derecho internacional y el Derecho comparado han resuelto afirmativamente esta crucial pregunta(205). Esta conclusión es importante porque establece otro enfoque para entender el Derecho Penal a partir de las conductas prohibidas y las sanciones.

Se ha señalado que el expreso reconocimiento por la jurisprudencia sobre la vigencia de principio de *jus cogens* y del Derecho consuetudinario al momento en que ocurrieron las violaciones a los derechos humanos, ha allanado la discusión sobre los problemas suscitados en relación con la retroactividad de la norma penal y el principio de legalidad. Las convenciones internacionales no han hecho más que ratificar o reconocer normas de *jus cogens* que ya eran obligatorias para los países donde se cometieron delitos contra la humanidad(206). Esa es una de las características de las normas imperativas e inderogables, que van siendo reconocidas como de obligatorio cumplimiento y que siempre han estado detrás de las convenciones o tratados en los que positivamente han tomado cuerpo. Estas no entran en el campo estricto de la legalidad sino dentro de una de las fuentes del Derecho internacional como lo es la costumbre.

En Derecho internacional, el principio de legalidad de los delitos se contrae a la fórmula *nullum crimen sine lege*. El principio abarca tanto el Derecho nacional como el internacional, y que este se halla igualmente conformado por el Derecho internacional consuetudinario, por lo que en la doctrina se considera la fórmula *nullum crimen sine iure* que refleja más la naturaleza y el

(205) Comisión colombiana de juristas. Retroactividad penal de crímenes internacionales. Editado por la Comisión, Bogotá, 2012, p. 10.
(206) Ibídem, p. 11.

alcance del principio de legalidad de los delitos(207). Esta concepción más amplia de por si no es arbitraria pues hay una concepción doctrinaria en el sentido que el Derecho o *iure* no se agota en la ley, sino lo trasciende y le da también contenido.

El Tribunal Europeo ha precisado que la noción de ley (*law* y *droit*) empleada por el artículo 7 del **Convenio europeo** englobaba "tanto el derecho escrito como no escrito" es decir el texto positivo y lo que no estando escrito se le reconoce con fuerza obligatoria.

La comisión colombiana además precisa que mientras que en el plano nacional la ley nacional define la conducta prohibida y fija el momento a partir del cual esta es ilegal, en el plano internacional, la criminalización del comportamiento se hace mediante tratados o la costumbre(208).

Rodolfo Mattarollo precisa que en el derecho penal internacional el principio de legalidad tiene características peculiares y se ha expresado de una manera que le es propia: *nullum crimen sine iure*, lo que significa que las incriminaciones deben tener una base normativa y no ser arbitrarias, aunque las penas no estén formuladas de manera expresa y específica. El principio de legalidad en el Derecho Penal internacional parte de una distinción fundamental entre la norma de comportamiento y la norma de represión. La costumbre puede dar nacimiento a la norma de comportamiento: una conducta se convertirá en algo prohibido porque la mayoría de los Estados se abstienen con la conciencia de ejecutar así una obligación jurídica. Dicho principio exige un texto, pero solamente para la norma de comportamiento y como prueba de la existencia de la costumbre. Esto es necesario para definir este comportamiento como criminal y no solo como ilícito, distinción que la costumbre, no formulada en un texto, no siempre hace aparecer en forma clara. Pero la norma de represión es una consecuencia de la norma consuetudinaria de comportamiento. Exigir identificar de la misma forma una norma consuetudinaria de represión equivaldría a exigir una costumbre de la trasgresión(209). Este pensamiento para los defensores del principio de legalidad resultaría atentatorio con respecto de los derechos humanos, lo cual no deja de tener cierto sentido, pero en Derecho Penal internacional es admisible la construcción de conductas prohibidas a partir del derecho consuetudinario el que obviamente debe ser establecido con una fuerza obligatoria que es poco probable que alguien se aparte de su observancia. Sin embargo frente a los riesgos de indeterminación en la formulación de las

(207) Ibídem, p. 16.
(208) Ibídem, p. 17.
(209) Comisión colombiana de juristas. Ob. cit., p. 17.

conductas prohibidas, es de tenerse entonces que se le reduce hechos gravísimos que atentan contra la humanidad y que desde la perspectiva de un ciudadano medio es altamente reprochable.

Es de establecer además que los tratados internacionales que configuran crímenes bajo el derecho internacional **no prescriben las sanciones a imponer** y se limitan a establecer el criterio de proporcionalidad de las penas de acuerdo con la gravedad del crimen(210). Este aspecto es dejado a la legislación nacional o a los tribunales internacionales. La ausencia de penalidades en los instrumentos internacionales no vulnera el principio de legalidad de los delitos en el ámbito del Derecho internacional. Debe enfatizarse que salvo el Estatuto de Roma ningún tratado fijaba las penas, solo la conducta prohibida.

El profesor Cherif Bassiouni señala que ninguno de los 315 instrumentos de Derecho Penal internacional elaborados entre 1815 y 1988 incluye las sanciones respectivas, por lo que concluye que: "**la ausencia confirma una regla consuetudinaria de la aplicación del Derecho internacional según la cual las penas por analogía son válidas instrumentos internacionales de vital importancia**"(211). Esto permitirá establecer la pena proporcional aplicable a los delitos contra la humanidad. Lo ideal es que se normativicen las penas en textos escritos pero ante los vacíos y en aras de evitar la impunidad tiene sustento esta posibilidad jurídica.

La comisión colombiana en el trabajo que citamos establece una perspectiva normativa que son útiles para la aplicación en los sistemas jurídicos nacionales(212) del Derecho Penal internacional y que son: **La Declaración Universal de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos**.

El artículo 11 (2) de la **Declaración Universal de Derechos Humanos** prescribe que:

> "Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el Derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito".

El artículo 15 del **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos** establece que:

(210) Ibídem, p. 18.
(211) Ibídem, p. 18.
(212) Comisión colombiana de juristas. Ob. cit., p. 19.

> "1. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito (...).
>
> 2. Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional".

Además como insumo para una interpretación histórica tenemos los trabajos preparatorios del **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos** que resultan relevantes. La inclusión de la referencia al Derecho internacional en el primer párrafo del artículo 15 fue iniciativa de Francia y Uruguay. Esta inclusión tenía el propósito de impedir que autores de crímenes bajo el Derecho internacional pudieran quedar impunes y escapar a la justicia, cuando estos comportamientos ilícitos no estaban tipificados como delitos en la legislación penal nacional de un Estado. Durante los debates del Tercer Comité de la Asamblea General de las Naciones Unidas, se cristalizó un consenso de los Estados sobre el entendimiento de que la expresión "**derecho internacional**" abarcaba tanto los **tratados internacionales como el Derecho internacional consuetudinario**, de tal forma que permiten cubrir un amplio espectro de conductas prohibidas lesivas contra la humanidad(213).

La **Convención Americana sobre Derechos Humanos** o Pacto de San José, en su artículo 9 "Principio de Legalidad y de Retroactividad", prescribe que:

> "Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según **el derecho aplicable**".

La doctrina ha señalado igualmente que la noción de "derecho aplicable", empleada por el artículo 9 de la **Convención Americana**, abarca tanto el Derecho nacional como el internacional.

El **Convenio Europeo de Salvaguarda de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales** prescribe a su artículo 7:

> "1. Nadie podrá ser condenado por una acción o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el Derecho nacional o internacional (...).

(213) Ibídem, p. 20.

2. El presente artículo no impedirá el juicio y el castigo de una persona culpable de una acción o de una omisión que, en el momento de su comisión, constituía delito según los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas".

3. Previsibilidad y culpabilidad

Un criterio sostenido por el tribunal europeo para justificar sanciones es determinar si en la fecha de los hechos imputados, los comportamientos ya constituían delitos definidos con **suficiente accesibilidad y previsibilidad** por las normas de Derecho internacional relativas a la protección de los derechos humanos. La importancia radica que si esto era conocido por todos, nadie podía alegar desconocimiento de la antijuridicidad de actos agraves como delitos contra la humanidad. Como ejemplo podemos señalar el caso de la ex Yugoeslavia. ¿Acaso los principales oficiales serbios desconocían que la denominada limpieza étnica era reprochada por la humanidad? No podía alegarse esto y así también los criminales de guerra nazis no podían argumentar que el exterminio del pueblo judío era aceptado por el mundo. Para esa época ya existía la conciencia universal de ilicitud de estos genocidios, de allí se deriva la previsibilidad de ser sancionadas estas conductas.

4. Aplicación retroactiva de legislación interna posterior al hecho. Caso Corte Especial de Líbano

Invocando la jurisprudencia del TPI de Yugoslavia, el tribunal especial para el Líbano precisó que "al determinar la cuestión de la 'previsibilidad' de un delito, (...) **el Derecho internacional consuetudinario no codificado puede dar a un individuo un 'aviso razonable' de que una conducta podría comprometer su responsabilidad penal**. Los crímenes internacionales son aquellos delitos que se consideran tan atroces y contrarios a los valores universales que toda la comunidad los condena a través de normas consuetudinarias"[(214)]. Allí radica el reconocimiento que son conductas reprochables aun cuando en la legislación nacional no estén previstas.

El tribunal de Líbano precisa que: "lo que importa es que los acusados deben, en el momento en que cometieron el acto, haber sido capaces de entender que este era criminal, aunque 'sin referencia a ninguna disposición específica'. Del mismo modo, 'aunque la inmoralidad o el carácter atroz de un acto no es un factor suficiente para justificar su tipificación como delito según

(214) Comisión colombiana de juristas. Ob. cit., p. 53.

el Derecho internacional consuetudinario', no obstante, se puede utilizar para 'refutar cualquier reclamo de la defensa de que no conocía de la naturaleza criminal de ese acto'"[215]. El elemento de análisis se centra en el ámbito de la culpabilidad, cubierta la tipicidad y antijuridicidad por el Derecho consuetudinario, el *jus cogens*, y los tratados internacionales.

La regla que ha establecido el tribunal de Líbano es que: **aun si en la legislación interna no se encontraba descrito el crimen de lesa humanidad, la legislación posterior al hecho si es aplicable a los imputados por estos graves delitos, dado que la conducta prohibida ya estaba descrita por el Derecho Penal internacional.**

5. Fundamentos para la jurisdicción internacional

Los principios de cooperación internacional en la identificación, detención, extradición y castigo de los culpables de crímenes de guerra, o de crímenes de lesa humanidad, adoptados por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante su Resolución N° 3074 (XXVIII) del 3 de diciembre de 1973[216], prescriben varios principios relevantes en la materia:

> "Principio 1: Los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad, dondequiera y cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido, serán objeto de una investigación, y las personas contra las que existen pruebas de culpabilidad en la comisión de tales crímenes serán buscadas, detenidas, enjuiciadas y, en caso de ser declaradas culpables, castigadas.
>
> Principio 5: Las personas contra las que existan pruebas de culpabilidad en la comisión de crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad serán enjuiciadas y, en caso de ser declaradas culpables, castigadas, por lo general en los países donde se hayan cometido esos crímenes".

La jurisdicción universal no debe entenderse solo como la creación de órganos internaciones de juzgamiento sino que las jurisdicciones nacionales pueden avocarse al conocimiento de los crímenes contra la humanidad, respetando como regla para definir de competencia, el lugar de los hechos. Esto se mediatiza por ejemplo para el juzgamiento efectivo de criminales de guerra cuando en la jurisdicción que le corresponde no hay garantías necesarias para un proceso justo.

(215) Ibídem, p. 52.
(216) Ibídem, p. 42.

6. Panorama nacional

En nuestro país a partir del inicio de acciones subversivas por parte de organizaciones armadas encontró una respuesta del Estado, en unos aspectos lindantes con el terrorismo estatal, violatoria de derechos humanos y contra la humanidad. Durante los gobiernos de Fernando Belaunde y Alan García Pérez hubo en la dirección de la guerra interna los criterios de "guerra sucia" con antecedentes en la represión que hicieron las dictaduras argentina (Rafael Videla) y chilena (Augusto Pinochet) siendo los blancos no solo los que formaban parte de las organizaciones terroristas sino de personas que constituían población civil en estricto, teniendo su pico más alto en el régimen del ingeniero Alberto Fujimori con la aparición del autodenominado Grupo Colina que participó en varios crímenes siendo los más resaltados en la jurisprudencia ordinaria y constitucional los casos La Cantuta y Barrios Altos.

Una influencia importante en la configuración de las tendencias internas jurisprudenciales ha sido la labor de la Corte Interamericana en casos en los se cometieron crímenes de lesa humanidad, incluyendo casos de nuestro país. Podemos establecer como referencias el caso Almonacid Arellano contra Chile en el que se reconoce que los crímenes contra la humanidad incluyen la comisión de actos inhumanos, como el asesinato, cometidos en un contexto de ataque generalizado o sistemático contra una población civil, donde basta un solo acto ilícito cometido en contra de una persona en los referidos marcos, para producir un crimen de lesa humanidad.

En cuanto a la temporalidad la Corte Interamericana señaló que había amplia evidencia para concluir que en 1973, año de la muerte del señor Almonacid Arellano, la comisión de crímenes de lesa humanidad, incluido el asesinato ejecutado en un contexto de ataque generalizado o sistemático contra sectores de la población civil, era violatoria de una norma imperativa del derecho internacional, es decir que la prohibición de cometer crímenes de lesa humanidad era una norma de *ius cogens,* y la penalización de estos crímenes era obligatoria conforme al Derecho internacional general.

Esta línea jurisprudencial también tuvo su expresión en la Corte Europea de Derechos Humanos que se pronunció en el mismo sentido en el caso *Kolk y Kislyiy vs. Estonia.* En este caso los señores Kolk y Kislyiy cometieron crímenes de lesa humanidad en 1949 y fueron juzgados y sancionados por ellos en las cortes de Estonia en 2003. La Corte Europea indicó que aun cuando los actos cometidos por esas personas pudieron haber sido legales por la ley doméstica que imperaba en ese entonces, las cortes de Estonia consideraron que constituían crímenes de lesa humanidad bajo el Derecho internacional al

momento de su comisión, y que no encontraban motivo alguno para llegar a una conclusión diferente.

Las reglas respecto a la amnistía del Grupo Colina contra el Estado donde se fijó como criterios jurídicos de aplicación del Derecho Penal internacional, que esta institución no operan cuando la finalidad es permitir la impunidad.

La judicatura constitucional ha sido más asequible en la introducción o reconocimientos de reglas de aplicación del Derecho internacional y seguidas mayoritariamente por la Corte Suprema en los casos del ingeniero Alberto Fujimori, actualmente condenado por crímenes contra la humanidad y los caos vinculados al Grupo Colina.

Sin embargo existe una posición minoritaria en la Corte Suprema referidos a estos mismos casos que no consideran que hayan sido delitos de lesa humanidad.

La doctrina nacional también se encuentra dividida, y en aras de la seguridad jurídica se ha convocado a un Pleno de Jueces Supremos para definir líneas jurídicas respecto de estos temas del Derecho Penal internacional.

7. Regla para la aplicación de la ley penal

El tribunal penal de Yugoslavia, reconoció como legítima, bajo el Derecho internacional, la aplicación retroactiva de la ley penal de Croacia de 1997 y 2004 a hechos cometidos con anterioridad a esta legislación nacional, pero que para la fecha de su comisión ya constituían crímenes bajo el Derecho internacional. En esta decisión, de conformidad con el artículo 11 Bis del Reglamento del Tribunal, el TPIY declinó su competencia en favor de los tribunales croatas para que juzgaran a dos personas por conductas que constituían crímenes bajo el Derecho internacional para la época de su comisión, pero que no estaban tipificados como delitos en la ley nacional para entonces(217).

El tribunal especial para el Líbano ha considerado legítima, bajo el Derecho internacional, la aplicación retroactiva de la ley penal nacional para actos, que para el momento de su comisión, eran constitutivos de crímenes bajo el Derecho internacional. El tribunal especial consideró que de acuerdo con el principio de legalidad, todo el mundo debe saber de antemano si una conducta específica está en consonancia con o es una violación de la ley penal" tribunal especial para El Líbano, sala de apelaciones, decisión interlocutoria relativa

(217) Comisión colombiana de juristas. Ob. cit., p. 52.

al derecho aplicable de 16 de febrero de 2011, caso STL- I I-OI/I, párrafo 132 (original en inglés, traducción libre). Consideró además que "el artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos permite por lo menos que la nueva legislación nacional (...) que tipifica un crimen ya contemplado en el Derecho internacional pueda ser aplicada a delitos cometidos antes de su promulgación sin vulnerar el principio *nullum crimen.* Esto implica que se espera de los individuos que conozcan o deban conocer que determinadas conductas están criminalizadas en el Derecho internacional: al menos desde el momento en que la misma conducta está tipificada como delito también en el orden jurídico nacional, una persona puede ser sancionada por los tribunales nacionales, incluso si la conducta es anterior a la adopción de la legislación nacional" Tribunal especial para Líbano, sala de apelaciones, decisión interlocutoria relativa al derecho aplicable de 16 de febrero de 2011, caso STL- I I-OI/I, párrafo 132 (original en inglés, traducción libre). 141 Ibíd., párrafo 133 (original en inglés, traducción libre)[218].

En realidad no habría aplicación retroactiva porque las conductas ya se encontraban descritas como prohibidas por el Derecho Penal internacional, donde rige el Derecho consuetudinario base del *jus cogens* siempre en la línea de *nullum crimen sine iure*. Entonces el principio de irretroactividad se mantiene**,** salvo el tema de las penas que hay que completarlas con las existentes en la legislación interna toda vez que muy raramente se han fijado en estatutos internacionales con excepción del Estatuto de Roma.

Las posiciones respecto de la aplicación del Derecho Penal internacional ha generado debates con consecuencias trascendentales a nivel internacional como nacional, e incluye hasta pedidos de sanción o destitución de jueces por tener una postura polémica frente al Derecho Penal internacional, desde los que consideran una aplicación amplia, como el exjuez español Garzón o más restringida en el caso peruano el Juez Supremo Javier Villa Stein; el primero ha sido denunciado por delito de prevaricato por organizaciones civiles vinculadas al franquismo, y el segundo quejado ante el Consejo Nacional de la Magistratura solicitando su destitución por ONGs de Derechos Humanos. Desde ya, en ambos casos, pese a no compartir parte de sus posiciones, consideramos que sus opiniones o posturas en temas tan polémicos, no pueden ser pasibles de sanción.

(218) Comisión colombiana de juristas. Ob. cit., p. 52

II. Problemática en el encausamiento de delitos contra la humanidad por temporalidad. Caso del juez Baltazar Garzón

El exjuez Baltazar Garzón del Juzgado Central de Instrucción N° 5 de la Audiencia Nacional, Madrid, España, conocido por los casos contra Augusto Pinochet, la organización terrorista ETA, los grupos paramilitares GAL (Grupos Antiterroristas de Liberación) que actuaron bajo el cobijo de algunos dirigentes del PSOE, fue denunciado por organizaciones de personas vinculadas al franquismo y suspendido el 14 de mayo del 2010 por el Consejo General del Poder Judicial de España fundando esta decisión en los artículos 383 y 384 de la Ley Orgánica del Poder Judicial español en atención a que el Tribunal Supremo Español ha emitido un auto de enjuiciamiento por el cargo de prevaricato. El Consejo se ha defendido de la opinión pública indicando que solo ha cumplido con la ley.

En la instrucción sobre los crímenes del franquismo durante la guerra civil española 1936-1939 y ampliada hasta 1951, ¿el juez español se excedió en sus funciones? ¿Cometió delito de prevaricato o tuvo una inconducta funcional? ¿Pese a que era incompetente tenía una excusa frente a la averiguación de la verdad? ¿Justifica el principio de justicia universal el haber radicado competencia en este caso?

Ensayamos una respuesta y decimos que Baltazar Garzón no es un juez prevaricador, y que si ha cometido errores de orden procesal, los mismos tienen que ser valorados en función de las motivaciones que lo llevaron a realizar su labor instructora y la problemática generada por una investigación de hechos delictivos de antigua data.

Las defensas que sobre el juez se han hecho apelan más a la parte sentimental y no a la jurídica como debe corresponder, pues esa es la forma con la que se ha venido defendiendo el propio imputado.

1. El caso

La acusación contra Garzón se deriva de su intervención en los casos vinculados a la Guerra Civil española. Este conflicto comenzó en julio de 1936, a raíz de la sublevación de un sector del ejército contra el gobierno de la II República Española, y concluyó el 1 de abril de 1939 con la victoria de los rebeldes. El triunfo de estos permitió la instauración de un régimen dictatorial encabezado por el general Francisco Franco, principal dirigente militar y político de los sublevados, que sustituyó al sistema parlamentario republicano. Sin embargo en el curso de la investigación el periodo que abarcaría el objeto

de esta se amplió de 1936 a 1951 tal como lo señala expresamente en su auto de 16 de octubre de 2008: **"El hecho de acotar el ámbito de esta investigación en el periodo reseñado (1936-1951) no excluye otros casos, siempre que se demuestre que los mismos no son hechos aislados, asimismo delictivos, sino que se hallaban integrados en el plan sistemático de desaparición, objeto de investigación en esta causa"**(219).

El juez Garzón ante denuncia de parte asumió competencia en esta investigación dictando una serie de resoluciones que han sido consideradas objeto material del prevaricato por sus juzgadores.

2. La querella

El 26 de mayo de 2009 el sindicato "Manos Limpias" presentó una de las tres querellas contra Garzón acusándolo de prevaricato porque el juez se excedió en sus competencias durante la investigación de los crímenes del franquismo. Los otros querellantes fueron libertad e identidad y la falange española.

La querella fue acogida por la Sala Penal del Tribunal Supremo que determinó que sea el magistrado Luciano Varela quien instruya en esta causa N° 20048/2009. Con fecha 3 de febrero de 2010 seguida contra Baltazar Garzón se dictó un auto en el que se fijaba la imputación por prevaricación en razón de:

> "(...) la adopción de plurales decisiones que por múltiples motivos se califican como opuestas al ordenamiento jurídico, desde la conciencia de dicha antijuridicidad y, por ello, eventualmente constitutivas de un delito de prevaricación"(220).

El delito de prevaricación se encuentra tipificado en el artículo 446 del Código Penal español y dice:

> "El juez o magistrado que, a sabiendas, dictare sentencia o resolución injusta será castigado:
>
> Con la pena de prisión de uno a cuatro años si se trata de sentencia injusta contra el reo en causa criminal por delito y la sentencia no hubiera llegado a ejecutarse, y con la misma pena en su mitad superior y multa de doce a veinticuatro meses si se ha ejecutado. En ambos casos

(219) En: <http://www.crimenesinternacionales-franquismo-casogarzon.es/p/documentos-legales.html>. [Fecha de consulta: 7 de enero del 2014].
(220) Ídem.

se impondrá, además, la pena de inhabilitación absoluta por tiempo de diez a veinte años.

Con la pena de multa de seis a doce meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis a diez años, si se tratara de una sentencia injusta contra el reo dictada en proceso por falta.

Con la pena de multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de diez a veinte años, cuando dictara cualquier otra sentencia o resolución injustas".

La modalidad aplicable al juez Garzón es la descrita en el último párrafo que alude a una resolución injusta.

Desde una perspectiva de teoría del delito de prevaricato, podemos hacer las siguientes precisiones. El vocablo prevaricato proviene del latín *prevaricatus* que significa según el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española como **acción de cualquier funcionario que falta a los deberes de su cargo**. Etimológicamente proviene de dos voces latinas *prae* (delante) *vicare* (abrir las piernas) o sea el que da un traspiés, quien invierte el orden lógico de las cosas y en el caso del juez que coloca su capricho por sobre la ley(221). La doctrina esboza las diferencias entre un juez injusto y un juez prevaricador. El juez que ve crímenes por todos lados donde la razón fría no puede hallarlos, será un juez injusto pero no un juez prevaricador, quien será aquel que conociendo la injusticia que comete, la verifica y la lleva a efecto porque se propone vengar un resentimiento o favorecer a quien pueda darle una ventaja. En este caso es aceptable que el error en la elección de la norma aplicable, en la interpretación realizada o la mera ilegalidad que pueda ser corregida en las vía de los recursos no integra el concepto de injusticia a efectos penales (27/05/1996)"(222).

El bien jurídico que se tutela es el correcto funcionamiento de la administración de justicia. También consideramos que el comportamiento prevaricador importa un daño a la imagen del poder judicial porque involucra un gravísimo menoscabo a la confianza pública en el ejercicio de la potestad judicial(223).

(221) SALAZAR, Alonso. *El prevaricato en el Derecho Penal costarricense*. Revista de Ciencias Jurídicas N° 117 setiembre - diciembre del 2008. Edición digital extraída de <www.latindex.ucr.ac.cr/ciencias-juridicas-117/ciencias-juridicas-117-05.pdf>, p. 126. [Fecha de consulta: 7 de enero del 2014].

(222) CALDERÓN CEREZO, A. y CHOCLAN MONTALVO. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo II, 2ª edición, Bosch, Barcelona, 2001, p. 543.

(223) FRISANCHO APARICIO, Manuel. *Delitos contra la Administración de Justicia*. Jurista Editores, Lima, 2000, p. 172.

Lo que se castiga en vía penal son los incumplimientos más graves de los deberes jurisdiccionales de los jueces y fiscales. En cuanto a los hechos no punibles que puedan cometer, responden también en vía civil y disciplinaria(224).

Para Sebastián Soler el delito de prevaricato tutela, si bien genéricamente la administración de justicia, también la rectitud, la legalidad y la honestidad en el cumplimiento de los actos en que consiste la actividad de administrar justicia(225).

3. Resoluciones objeto del presunto delito de prevaricato y otros

El Magistrado Varela desarrolla su imputación estableciendo los elementos objetivos del tipo penal de prevaricato, esto son las resoluciones; sin embargo le agrega otros que si bien son medios de prueba, no tienen el mérito para constituir elementos del prevaricato y en todo caso serían para construir la tipicidad subjetiva. Las resoluciones consideradas por el Juez Supremo Varela como objeto material de prevaricato son las siguientes:

1. El **auto dictado por el juez Baltazar Garzón del 19 de diciembre de 2006** incoando diligencias previas.

2. El **auto de 16 de octubre de 2008,** en el que el querellado asume la competencia a pesar de los problemas de la irretroactividad de normas, la prescripción de delitos y la extinción de responsabilidad penal por razón de la amnistía, y además, autoriza exhumaciones.

3. El **auto de 18 de noviembre de 2008,** dictado **luego que** el **Ministerio Fiscal interpuso recurso de apelación** contra la anterior resolución de 16 de octubre de 2008, en el que, se inhibe a favor de múltiples juzgados tras declarar extinguida la responsabilidad de diversas personas por el delito contra altos organismos de la Nación y forma de gobierno.

Los medios de pruebas exhibidos por el Magistrado Supremo para acreditar el dolo son:

1. El **informe del Ministerio Fiscal de 1 de febrero de 2008** contrario a la competencia y a la decisión de admisión de las sucesivas denuncias que seguían presentándose sobre los mismos hechos, el cual se

(224) CALDERÓN CEREZO, A. y CHOCLAN MONTALVO. Ob. cit., p. 543.
(225) Enciclopedia Omeba. Tomo XXIII. Editado por Driskill. Argentina, 1991, p. 97.

fundaba en la plena aplicabilidad de la Ley de Amnistía 46/1977 y en la falta de competencia objetiva de la audiencia nacional.

2. La magnitud de la información **recabada por el Magistrado - Juez Central de Instrucción, antes de resolver sobre la propia competencia**, mediante múltiples proveídos, que ordenaban a numerosas instituciones la remisión de información sobre desaparecidos y anunciaban el ulterior control de las exhumaciones. Podemos adelantar una crítica a este supuesto puesto que el recabar información no es un elemento de la estructura típica del prevaricato, sin embargo es tenido en cuenta por Varela para justificar el auto de procesamiento contra el juez Garzón.

4. El magistrado supremo Varela fija la doctrina jurisprudencial del delito de prevaricación judicial

El Juez Supremo en su Auto de la Causa N° 20048/2009, de fecha 3 de febrero del 2010 hace un recorrido por la jurisprudencia española para sustentar su posición frente a la conducta del juez Garzón. Respecto del delito de prevaricato indica que es un delito especial y el magistrado es un agente cualificado, distinto a un funcionario en general de la siguiente forma:

> "a) Separada ahora de la tipificada para los funcionarios en general, responde al reconocimiento constitucional del Poder Judicial como un poder del Estado y de ello se derivan dos consecuencias importantes (STS Exp. N° **2338/2001 de 11 de diciembre**): **1ª.-** La mayor **gravedad** de la prevaricación judicial respecto a la del funcionario y **2ª.-** Que **no cabe trasladar a la judicial la exigencia representada por los adjetivos –'esperpéntica' o que 'pueda ser apreciada por cualquiera'**– solamente requeribles cuando se trata de la prevaricación de los funcionarios. Un juez, que tiene la máxima cualificación jurídica, no puede ser tratado como un funcionario (**STS 2/99 de 15 de octubre**) [a la hora de valorar la razonabilidad de sus decisiones"(226).

Varela también establece que el juez siendo un técnico del derecho busca con el discurso encubrir la antijuridicidad de su acto, esto es para desviar la atención. Se considera que esta apreciación tiene cierta validez toda vez que el juez por su formación conoce la ley y por ende la manera de ir contra la

(226) Ver en: <www.soitu.es/soitu/2008/10/16/actualidad/1224156372_648520.html>. [Fecha de consulta: 7 de enero del 2014].

voluntad de ella. Así desarrolla esta idea de un delincuente con altos conocimientos jurídicos lanzando una advertencia:

> "b) Previene sobre el subterfugio del prevaricador, técnico del derecho, que busca en la desmesura del discurso velar la antijuridicidad de su comportamiento, de suerte que, '(...) **en la motivación de las resoluciones prevaricadoras predominan los argumentos encubridores** del carácter antijurídico del acto (…)' (SSTS)"(227).

El Magistrado Supremo expone su toma de partido con la concepción objetiva del delito de prevaricato, apartándose de una concepción subjetivista. A esta última la concibe así:

> "c) la **inaceptabilidad de una concepción subjetivista** del delito de prevaricación (STS Exp. N° 102/2009 de 3 de febrero) que requiera que el juez aplique el Derecho o dirija el procedimiento conscientemente en contra de su convicción respecto del Derecho aplicable, en contra de la interpretación del Derecho que él mismo asume pero de la que se aparta"(228).

El instructor se adhiere a la concepción objetiva del delito de prevaricato así:

> "d) cómo la concepción objetiva, que exige la aplicación del Derecho sustantivo o procesal de forma que no resulta objetivamente sostenible, con una indudable infracción de aquel, habría de matizarse con las aportaciones de la denominada teoría de los deberes, que salva las críticas a la formulación objetiva respecto de las normas de contenido impreciso. En estos supuestos, y en los de decisiones sobre facultades discrecionales, se afirma la posibilidad de decisión prevaricadora cuando el juez excede el contenido de la autorización, y **decide motivado por consideraciones ajenas al ordenamiento jurídico, o cuando el juez se aparte del método de interpretación y valoración previsto en el ordenamiento o usual en la práctica jurídica**"(229).

El delito de prevaricato se le considera como **la activa obstrucción beligerante para impedir la efectiva aplicación de la voluntad legislativa**. Dentro de un contexto de separación de poderes es entendible que esta sea una orientación, sin embargo hay ciertos límites, puesto que sino no habría interpretación

(227) Ver <www.soitu.es/soitu/2008/10/16/actualidad/1224156372_648520.html>. [Fecha de consulta: 7 de enero del 2014].
(228) Ídem.
(229) Ídem.

judicial. Otra regla en la jurisprudencia española respecto al carácter injusto de la resolución prevaricadora, y dentro de una perspectiva objetiva, es que la injusticia radica en que la resolución lo es, **cuando no se encuentra dentro de una opinión jurídicamente defendible**.

En la siguiente cita todavía es más clara la tesis de Varela que afirma:

> "En palabras de la sentencia ya citada, el carácter objetivo de la injusticia supone que el '(...) apartamiento de la función judicial propia del Estado de derecho se da cuando, como ya se dijo, la aplicación del derecho se ha realizado desconociendo los medios y métodos de la interpretación del derecho aceptable en tal Estado de Derecho (...)"[230].

Varela afirma que el elemento objetivo de la resolución injusta, solo puede ser definido desde el punto de mira de la legalidad porque la prevaricación comienza con el abandono de dicho principio, y no desde las propias convicciones del juez, porque en tal caso la subjetivación del delito de prevaricación conduce a la justificación de cualquier decisión judicial. Respecto al argumento de defensa en el sentido que otros jueces no estimaron la existencia del prevaricato el magistrado Varela dice:

> "h) la irrelevancia de que otros jueces, relacionados con el proceso en que se comete la prevaricación, no estimasen que esta hubiera tenido lugar (Sentencia de este Tribunal Supremo 2/1999 de 15 de octubre)"[231].

5. El magistrado supremo Varela y la garantía de imparcialidad

El deber de imparcialidad exige, que el juez consciente de sus pensamientos o ideas que colisionan con los del instruido, deba dejar la causa para que otro haga el trabajo de instructor. Por ejemplo en la causa N° 798/2007 contra Adolfo Francisco Scilingo Manzorro, el juez Varela desarrolla en un voto singular su posición respecto de la aplicación del Derecho Penal internacional asumiendo la tesis de la mayoría del Tribunal Supremo que los tipos penales se aplican previa transposición por ley a efectos que se pueda aplicar en España. Desde ya el pensamiento de Garzón estaba muerto frente a esta postura conocida del Magistrado Supremo que debió inhibirse.

(230) Ídem.
(231) Ídem.

El Tribunal Supremo español en el caso Scilingo establece que las normas del Derecho Penal internacional no se aplican directamente por lo que es necesaria una previa transposición operada según el Derecho interno. Así lo señala en el siguiente párrafo:

> "4. Sin embargo, ello no conduce directamente a la aplicación del Derecho internacional penal, siendo necesaria una previa transposición operada según el derecho interno, al menos en aquellos sistemas que, como el español, no contemplan la eficacia directa de las normas internacionales. La Constitución, artículos 93 y siguientes, contiene normas dirigidas a la incorporación del Derecho internacional al derecho interno, que deben ser observadas. En este sentido, los tribunales españoles no son ni pueden actuar como tribunales internacionales, solo sujetos a las normas de este carácter y a sus propios estatutos, sino tribunales internos que deben aplicar su propio ordenamiento. No obtienen su jurisdicción del Derecho internacional consuetudinario o convencional, sino, a través del principio democrático, de la Constitución española y de las leyes aprobadas por el parlamento. El ejercicio del Poder Judicial se legitima, así, por su origen. Por lo tanto, no es posible ejercer ese poder más allá de los límites que la Constitución y la ley permiten, ni tampoco en forma contraria a sus propias disposiciones"(232).

Además en dicha causa el magistrado Luciano Varela emitió un voto singular asumiendo una tesis contraria y radical al de la mayoría de magistrados del TS y a la tesis de Garzón en cuanto a la jurisdicción española en delitos de lesa humanidad y a favor de Adolfo Francisco Scilingo Manzorro quien había participado en crímenes de la dictadura argentina de los años 70 así:

> "Al asumir la jurisdicción para instruir la causa, primero, y juzgar, después, los órganos jurisdiccionales españoles, ampliaron el ámbito territorial de aplicación de la ley penal, y de las procesales limitadoras de derechos, en el tiempo, a hechos anteriores, y en el espacio, fuera del ámbito de la soberanía española en que rigen nuestras leyes, atendiendo a que los hechos imputados, en tiempo muy posterior a su comisión, se consideró delito por la ley penal española, lo que, además de incurrir en **irretroactividad constitucionalmente vetada** (art. 9 Constitución Española), implica vulneración del principio de

(232) En: <www.derechos.org/nizcor/espana/juicioral/doc/sentenciats.html>. [Fecha de consulta: 7 de enero del 2014].

> **legalidad**, contra la garantía constitucional del artículo 25 de la misma Constitución española"[233].

Otro aspecto que se evalúa en este magistrado es el trato irrespetuoso contra el querellado Garzón. El juez Varela exuda una fuerte dosis de animadversión como puede apreciarse en el párrafo siguiente donde cuestionando la posición de aquel respecto de la amnistía de 1977 dice:

> "Pero sugerir que equivale a un indulto general (título del fundamento jurídico décimo primero del Auto de 16 de octubre de 2008) constituye una ignorancia inexcusable sobre el alcance de ambos conceptos, tan jurídicamente grosera que no merece mayor aclaración" (Auto del 03/02/2010)[234].

El juez Garzón consideró que el magistrado Varela estaba parcializado porque "el instructor ha mostrado su interés en que las partes acusadoras mejoraran sus escritos de acusación". Esto es verdad porque en un hecho calificado de insólito el juez Varela dispuso que los querellantes "Manos Limpias" y Falange corrigieran su acusación para declararla admisible.

6. Cuestionamiento a la posición de Garzón frente a la competencia del 5º Juzgado Central de Instrucción

Se le imputa a Garzón Real que forzó la competencia con base en la figura de actos contra las formas de Gobierno que es un supuesto contemplado por el artículo 65 de la Ley Orgánica del Poder Judicial español para la intervención de los jueces de la Audiencia Nacional. Para entender cuál es el ámbito de competencias de esta instancia jurisdiccional española veamos cuales son los supuestos en las que se fundan:

> "Artículo 65
>
> La Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional conocerá:
>
> 1. En única instancia, del enjuiciamiento de las causas por los siguientes delitos:
>
> a) Delitos contra el titular de la Corona, su consorte, su sucesor, altos organismos de la Nación y forma de gobierno.

(233) En: <www.derechos.org/nizcor/espana/juicioral/doc/sentenciats.htlm>. [Fecha de consulta: 7 de enero del 2014].

(234) Ver en: <www.soitu.es/soitu/2008/10/16/actualidad/1224156372_648520.html>. [Fecha de consulta: 7 de enero del 2014].

b) Falsificación de moneda, delitos monetarios y relativos al control de cambios.

c) Defraudaciones y maquinaciones para alterar el precio de las cosas que produzcan o puedan producir grave repercusión en la seguridad del tráfico mercantil, en la economía nacional o perjuicio patrimonial en una generalidad de personas en el territorio de más de una audiencia.

d) Tráfico de drogas o estupefacientes, fraudes alimentarios y de sustancias farmacéuticas o medicinales, siempre que sean cometidos por bandas o grupos organizados y produzcan efectos en lugares pertenecientes a distintas audiencias.

e) Delitos cometidos fuera del territorio nacional, cuando conforme a las leyes o a los tratados corresponda su enjuiciamiento a los tribunales españoles".

Esta postura de Garzón es cuestionada por Varela apoyándose en el informe del 1 de febrero de 2008 del Ministerio Fiscal que establece aunque sin vincular al Magistrado querellado, que no procede admitir a trámite las denuncias y, además, advierte que la audiencia nacional carece de competencia para conocer de las mismas y que la tipificación de los delitos de lesa humanidad no es susceptible de aplicación retroactiva y que la ley de amnistía es aplicable en toda su amplitud y que no cabe atribuir competencia a la audiencia nacional, ni siquiera *ex delicto laesa humanitatis* no incluido en el artículo 65 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, dado que no era tampoco aplicable el fuero por persecución universal, ya que los delitos denunciados se habrían cometido en España. La incongruencia de Varela es que mide con doble rasero al Ministerio Fiscal, porque mientras le da validez al informe del 1 de febrero de 2008 que cuestionaba la competencia del juez Garzón; sin embargo el Ministerio Fiscal por informe del 22 de abril de 2010 consideró que Garzón no había cometido delito de prevaricato, y cuestionaba la legitimidad de los grupos franquistas para promover la querella, y sin embargo esta posición no fue tenida en cuenta por el Magistrado Supremo.

Garzón asume competencia por Auto de 16 de octubre de 2008 pese a los "escollos" tal como así lo señala este, que representaba la irretroactividad de normas, la prescripción de delitos y la extinción de responsabilidad penal por razón de la amnistía, y en él también ordena la práctica de exhumaciones. Esta es la principal resolución cuestionada por los querellantes. Garzón da sustento a su decisión de radicar competencia luego de realizar un examen del alzamiento contra la II República así:

> "De lo dicho anteriormente y de los hechos que acontecieron posteriormente al 18 de julio de 1936, se constata que **el alzamiento o insurrección armada** que se materializó en esa fecha, **fue una decisión perfectamente planeada y dirigida a acabar con la forma de gobierno de España**, en ese momento, **atacando y ordenando la detención e incluso la eliminación física de personas que ostentaban responsabilidades en los altos organismos de la Nación** y ello, **como medio o al menos como paso indispensable para desarrollar y ejecutar las decisiones previamente adoptadas sobre la detención, tortura, desaparición forzada y eliminación física de miles de personas por motivos políticos e ideológicos, propiciando, asimismo, el desplazamiento y exilio de miles de personas, dentro y fuera del territorio nacional, situación que continuó, en mayor o menor medida, durante los años siguientes, una vez concluyó la Guerra Civil**, y cuya realidad pretende concretarse en esta investigación, así como los autores, en cada caso, con el fin de individualizar las conductas y los responsables de las mismas, y resolver sobre la extinción de su posible responsabilidad penal, de haber fallecido"[235].

En dicho auto Garzón fue consciente que había una serie de problemas para el curso de la investigación fijado y así lo señala en el considerando sétimo de la resolución del 16/10/2008 habiéndole denominado "escollos" que en su momento fueron tomados peyorativamente por el Magistrado Supremo Varela:

> *"***Sétimo.-** Los principales escollos que se plantean en el caso de autos son, a parte de la caracterización de la conducta como crimen cometido en el marco de un crimen contra la humanidad, los siguientes:
>
> 1. El de la irretroactividad de la ley penal que recoge el delito citado con posterioridad a la comisión de los hechos y su conflicto con las normas consuetudinarias de derecho penal humanitario que han sido ratificadas por España y que forman parte del denominado *ius cogens* y que ya han sido citadas.
>
> 2. La cuestión de la permanencia o no permanencia delictiva de los hechos, esencialmente de detenciones ilegales (desaparición forzada de personas) en las cuales aún no se ha dado razón cierta del paradero de las víctimas y su incidencia sobre la prescripción.

(235) Ver Auto del 16 de octubre de 2008 en: <http://www.crimenesinternacionales-franquismo-casogarzon.es/p/documentos-legales.html>. [Fecha de consulta: 7 de enero del 2014].

3. El de la posible aplicación de la amnistía a los hechos denunciados.

4. La competencia de este juzgado y de la Sala de lo Penal de la audiencia nacional, en función del concurso de delitos que puede darse.

5. Identificación de las personas posibles responsables de los mismos delitos a los que se refieren las denuncias presentadas.

6. La protección de las víctimas de estos hechos"[236].

7. La posición de Garzón respecto de la aplicación temporal de la ley penal en los delitos de lesa humanidad

Sobre la tipificación de los delitos de lesa humanidad Garzón reconoce la doctrina jurisprudencial del TS así:

> "La sentencia del Tribunal Supremo en el caso Scilingo establece, ciertamente, que los crímenes contra la humanidad no pueden aplicarse a conductas anteriores a su tipificación, y que tal tipificación, en caso de haberse producido en Derecho internacional, tiene que haber sido objeto de incorporación o transposición expresa a nuestro ordenamiento jurídico penal para que los tribunales españoles puedan aplicarlos. En consecuencia, esta sentencia concluye que antes de su tipificación expresa en nuestro código penal, los crímenes de lesa humanidad no eran conductas penalmente típicas en nuestro ordenamiento jurídico y, por tanto, no pueden ser aplicados a hechos anteriores a la entrada en vigor de la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, que los introdujo, por primera vez, en nuestro código penal"[237].

Esta tesis anterior que es doctrina jurisprudencial Garzón con cierta coherencia no la comparte; sin embargo tiene puntos en común con la doctrina del Tribunal Supremo que deja entrever en el siguiente párrafo:

> "Pese a todo lo anterior, el Tribunal Supremo reconoció en esta sentencia –y lo reconoció, precisamente, a los efectos de reafirmar la competencia de los tribunales españoles, en virtud del principio de jurisdicción universal– que el contexto de ataque generalizado y sistemático contra una parte de la población civil en el que se cometen

(236) **Auto del 16 de octubre de 2008**, ver: <http://www.crimenesinternacionales-franquismo-casogarzon.es/p/documentos-legales.html>. [Fecha de consulta: 7 de enero del 2014].
(237) Ídem.

> determinados crímenes comunes, como los asesinatos, torturas, detenciones ilegales y otras, es válido para encuadrarlos en el ámbito de los crímenes contra la humanidad, aunque estos no estuvieran tipificados como tales en el momento de la comisión de los hechos".

Uno de los múltiples cuestionamientos a Garzón por parte de los querellantes y tomados en cuenta por el mismo Varela es lo que consideran como aplicación retroactiva maligna de la ley penal. Garzón expone su punto de vista respecto al delito de detención ilegal o desaparición forzada en el auto del 16 de octubre de 2008 así:

> "En un delito de consumación permanente, como la detención ilegal sin dar razón del paradero de la víctima, no pueden incorporarse hechos que no eran delictivos antes de su entrada en vigor, y, por tanto, aunque en un crimen contra la humanidad reconocido como tal en nuestro ordenamiento penal a partir de noviembre de 2003, no pueden incorporarse hechos que antes no eran crímenes contra la humanidad, por impedirlo el principio de irretroactividad de las leyes penales desfavorables para el reo, no obstante, tales hechos delictivos estaban ya descritos y penados en el Código Penal de 1932 y, en consecuencia, los cometidos a partir del alzamiento o rebelión militar de 1936 forman parte, indudablemente, del delito permanente de detención ilegal sin dar razón del paradero, también existente en el vigente Código Penal de 1995 (artículo 166 del Código Penal). A estos delitos, debe, pues, añadirse el contexto de crímenes contra la humanidad en que fueron cometidos, dada su naturaleza sistemática y generalizada, según la incipiente jurisprudencia del Tribunal Supremo, pero la no vulneración del principio de irretroactividad penal deriva ante todo del hecho de que, al margen de ese contexto, ya eran conductas delictivas en el momento del comienzo de su ejecución, poco antes de la guerra civil y siguen cometiéndose en la actualidad, dada su naturaleza de delitos permanentes"(238).

Garzón dice primero que los hechos constitutivos de delitos que no eran reconocidos como delitos de lesa humanidad antes de la ley de noviembre de 2003 no pueden incorporarse antes de su entrada en vigor; sin embargo para Garzón ya eran delitos antes de la entrada en vigencia. Aquí hay una suerte de juego de palabras que tácitamente va en contra de la doctrina del Tribunal Supremo y consideramos que Garzón debió ser más directo y señalar que no

(238) Auto del 16 de octubre de 2008, ver: <http://www.crimenesinternacionales-franquismo-casogarzon.es/p/documentos-legales.html>. [Fecha de consulta: 7 de enero del 2014].

compartía dicha posición porque en el camino de su razonamiento lo que hace el juez español es apartarse de la doctrina jurisprudencial del TS. Este es un choque de posiciones en el que Garzón tiene sustento en las tendencias doctrinarias que buscan que la impunidad no tenga un manto de protección por los Estados. La postura del Tribunal Supremo español es cuestionada por organismos de derechos humanos. Entonces el adoptar un criterio a favor de evitar la impunidad no puede ser tenido como delito de prevaricato.

8. Cuestionamiento a su posición sobre la amnistía

El juez Garzón considera que los delitos de lesa humanidad en coherencia de reconocerlo como tales a los que no estaban vigentes antes de noviembre de 2003 no pueden ser incluidos en los alcances de la amnistía que dispuso la Ley 46/ 1977 razonando de la siguiente manera:

> "La Ley 46/1977 de 15 de octubre, sobre amnistía establece en su artículo primero que quedan amnistiados:
>
> a) Todos los actos de intencionalidad política, cualquiera que fuera su resultado, tipificados como delitos o faltas con anterioridad al 15 de diciembre de 1976".
>
> Parece claro que no pueden considerarse incluidos en este artículo, ni en el artículo segundo (delitos de rebelión y sedición) **los hechos y delitos que con arreglo a las normas de Derecho Penal internacional son catalogados como crímenes contra la humanidad y por tanto, sin naturaleza de delito político**. Frente a esta naturaleza, ninguna ley de amnistía puede oponerse. Así se desprende, en el ámbito internacional, de la jurisprudencia emanada por tribunales internacionales (Tribunal especial para Sierra Leona, Tribunal europeo de Derechos Humanos o la Corte Interamericana de Derechos Humanos)"[239].

Garzón va en contra de la amnistía que en su momento expresó la voluntad de los partidos políticos en el poder legislativo; al excluir de los alcances de esta institución, a los delitos contra la humanidad, y reconoce que el legislador no estableció excepciones. Es decir pese a los crímenes realizados por el franquismo, fue parte de un acuerdo político que tenía como norte encauzar por el sistema democrático a España luego de la dictadura franquista y que debía hacerse con un esfuerzo de reconciliación del pueblo español. Que

(239) Auto del 16 de octubre de 2008 ver en: <http://www.crimenesinternacionales-franquismo-casogarzon.es/p/documentos-legales.html>. [Fecha de consulta: 7 de enero del 2014].

haya personas que han estado en desacuerdo pues por allí va el tema. Garzón al amparo de los instrumentos internacionales que emplea y de la cual se considera un tributario concluye que la amnistía no es aplicable a delitos contra la humanidad y a la grave violación de derechos humanos; y por eso se apoya en la decisión de la Corte Interamericana que estableció en el caso Barrios Altos de Perú, en la sentencia de 14 de marzo de 2001 que eran inadmisibles las disposiciones de amnistía, las de prescripción y el establecimiento de leyes excluyentes de responsabilidad que pretenden impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de 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. Garzón en su resolución del 16 de octubre de 2008 también cita la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de la Masacre de Mapiripán versus Colombia, del 5 de setiembre de 2005 que establece una orientación en el sentido que el Estado tiene el deber de investigar y sancionar de manera seria las violaciones de los derechos humanos, procesar a los responsables y evitar la impunidad. Dicha investigación debe incluir la identificación plena de todas las víctimas. También sustenta su tesis contra la amnistía en la sentencia del tribunal oral en lo criminal federal número 5, de la capital federal Argentina, de 11 de agosto de 2006, en el caso Turco Julián que se dictó después de la derogación de las leyes de obediencia debida y punto final y que señala que los instrumentos internacionales que fijan los crímenes contra la humanidad y fijan el deber para los Estados de individualizar y enjuiciar a los responsables no admiten que esta obligación cese por el transcurso del tiempo con amnistías o cualquier otro tipo de medidas que disuelva la posibilidad del reproche. También cita a la Cámara de Apelaciones del Tribunal Especial para Sierra Leona, en el caso Kondewa de 25 de mayo de 2004, que invalidó las especificaciones sobre la amnistía del Acuerdo de Lomé de 1999 respecto de las normas de este tipo que pudieran beneficiar a los principales responsables de crímenes contra la humanidad y el representante oficial de la ONU que firmó dicho acuerdo puso su objeción muy clara al decir que Naciones Unidas interpreta que la amnistía no será aplicable a los delitos de genocidio, crímenes contra la humanidad, crímenes de guerra y otras violaciones de Derecho internacional. Esta posición es cuestionada duramente por Varela en forma criticablemente peyorativa al decir sobre él lo siguiente: “Con tal tesis el querellado se erige, de hecho, en árbitro ético de la decisión política tomada por las fuerzas políticas democráticas en 1977, so pretexto de baremos axiológicos extraídos de instrumentos de Derecho internacional”. La tesis de Garzón, tiene una sindéresis acorde con el Derecho Penal internacional y de la casuística de las Cortes Internacionales de Derechos Humanos, por lo que

no es una posición frívola o carente de sustento, y en consecuencia es inadmisible que sea tomado como elemento de delito de prevaricato.

Esta postura ha permitido que se tenga jurisdicción internacional cuando los afectados por crímenes de lesa humanidad estuvieron fuera del territorio español. Por eso pudo intervenir en el caso de Pinochet, pese a que sus críticos se alegran porque dicen que fue un fracaso la detención y liberación por tribunales ingleses del dictador. Consideramos sin embargo que esto posibilitó que se abriera un cauce de investigación en Chile, y este dictador asesino y corrupto murió cuando tenía los procesos judiciales encima y la memoria de los muertos reclamándole por sus atrocidades fascistas.

Por eso concluye Garzón con la exclusión de delitos de lesa humanidad de las amnistías así:

> "Parece claro el consenso en el ámbito internacional de que las amnistías no pueden absolver de antemano a aquellos que, con sus acciones propiciaron, diseñaron, ejecutaron todo un plan sistemático de ejecuciones de personas o la desaparición generalizada de estas por motivos ideológicos (crímenes contra la humanidad) genocidio o de guerra que suponen las mayores y más graves violaciones de las leyes internacionales.
>
> Esta responsabilidad, por lo tanto, existe con independencia de los cambios de Gobierno y se desarrolla en forma continuada y permanente desde el momento de la comisión hasta que sea declarada ilegal. Es decir, el Estado no puede ni debe borrar sus propios crímenes ni los de sus agentes cuando han ido dirigidos contra sus propios ciudadanos tanto si quien lo pretende hacer es el propio interesado (autoamnistías) como su sucesor. Siempre deberá prevalecer el derecho de las víctimas a que el Estado, a través de los Tribunales de Justicia, juzgue a los transgresores"(240).

9. Debilidades en la instrucción abierta por el juez Garzón

Una debilidad de las decisiones del juez Garzón es la ausencia de responsables y se tiene que el Derecho Penal persigue sancionar conductas lesivas a bienes jurídicos y si bien él estableció la causa penal contra los que consideraba responsables de los delitos contra las formas de gobierno porque es verdad

(240) Auto del 16 de octubre de 2008 ver en <http://www.crimenesinternacionales-franquismo-casogarzon.es/p/documentos-legales.html>. [Fecha de consulta: 7 de enero del 2014].

que el falangismo asaltó el Estado deponiendo al régimen republicano, los agentes de este delito para la fecha ya estaban fallecidos. Entonces desde el punto de vista penal, ¿a quién sancionar? A nadie y por una sencilla razón, la acción penal se extingue por muerte como reza nuestro código. Se puede haber cometido los delitos más atroces pero si muere el imputado el proceso cae por sí solo. En este caso los responsables notoriamente estaban muertos, por eso, la verificación de los responsables era un asunto relativamente fácil. Hagamos un cálculo; si un presunto responsable en 1939 tenía 18 años, muy joven para participar en esos arrebatos fascistas, a la fecha tendría 92 años de edad que está por encima del promedio de proyección de vida de un ciudadano español. Ahora si tenemos que pudo ser un agente hasta los hechos dados antes de 1951 tenemos que en promedio tendría 69 años, siempre bajo el supuesto que la persona era muy joven. Por eso parece que hubo un forzamiento ante la evidencia que los presuntos responsables estaban fallecidos; además, pedir informe sobre la muerte de Francisco Franco Bahamonde, que es un hecho notorio y público, no merecía prueba alguna, por lo que me parece un exceso del magistrado acusado. Haciendo un símil, es como solicitar la partida de defunción del expresidente Sánchez Cerro o del exdictador Odría.

Entonces la acción penal por este extremo prácticamente no procedía, tanto es así, que los certificados de defunción solo sirvieron para archivar lo que era notorio. Es decir los delitos contra las formas de gobierno en conexión con los de desaparición forzada asumiendo su tesis que estos últimos no prescriben porque el delito se consuma permanentemente, independientemente de la posición de la doctrina jurisprudencial española, se advierte que estaba invalidada desde que no había a quien imputar. Esto es lo que me parece lo más resaltante, dentro de una orientación de afirmar que la investigación del juez penal Baltazar Garzón desde una perspectiva humanista estaba extinta cuando ordenó la incoación de diligencias previas, por falta de agente a quien sancionar.

Tenemos la percepción que Garzón era consciente de este aspecto, de tal forma que archiva el caso respecto a los presuntos responsables una vez que recabó sus certificados de defunción y reenvió a los juzgados territoriales para que prosigan a la investigación. Desde el punto de vista reparativo creemos que este caso se debió encauzar emplazando al Estado español, que ya ha realizado un avance al emitirse la Ley N° 52/2007, "Ley de Memoria Histórica" que prevé una reparación para las víctimas de la dictadura. Queda todavía un camino que puede ser desbrozado mediante acuerdos políticos de las fuerza vivas de España, partidos, clero, la sociedad civil, a efectos que pudiera hacerse una comisión de la verdad, para que las víctimas del franquismo sean reivindicadas.

¿Garzón es responsable de algo? Si lo es, por sus desaciertos procesales y su cuestionada competencia; pero pensamos que estos son asuntos de materia formal tranquilamente subsanables a partir de los recursos que tenían el mismo Ministerio Público que opinó por su falta de competencia y la propia audiencia nacional que expidió una resolución por la que le retiraba la competencia a Garzón. ¿Esto es suficiente para condenarlo en la hoguera como prevaricador? Pues no, ya que se observa que él, desde sus resoluciones ha realizado una argumentación jurídica que tiene un sustento en tendencias doctrinarias del Derecho Penal internacional; pero el problema sigue siendo desde el lado fáctico. El tiempo elimina los vestigios y estamos ante hechos que tienen más de ochenta años. Creemos que en el aspecto de descubrir la verdad, no era de su competencia, porque, reitero, no había a quien sancionar.

El mismo Garzón frente a casos obvios como de constatar en sus diligencias previas el fallecimiento de los presuntos responsables, antes de iniciar acciones de tutela frente al delito de detención ilegal, tiene al final que inhibirse puesto que ya no estaba bajo el supuesto de delitos contra Organismos de la Nación y la forma de gobierno, el Rey, su consorte como establece el artículo 65 de la ley Orgánica respecto de la competencia de la audiencia nacional y así lo señala en su auto de fecha 18 de noviembre de 2008:

> "La autoridad judicial competente hasta este mismo momento procesal ha sido el Juzgado Central de Instrucción número cinco de la Audiencia Nacional, en virtud de la existencia del vínculo de conexidad que existía con el delito contra altos organismos de la Nación y la forma de gobierno, tal como se ha razonado en esta causa. No obstante y como ya se anunciaba en el auto de 16 de octubre de 2008 y ahora se confirma, una vez que se ha constatado la extinción de la responsabilidad por fallecimiento, fehacientemente acreditado a través de los correspondientes certificaciones e informes policiales, la competencia de este juzgado y de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, desaparecen, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 21, 23, 65 y 88 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, al no estar en estos artículos el delito de detención ilegal sin dar razón del paradero de las víctimas en el contexto de crímenes contra la humanidad ocurridos en España a partir del 17 de julio de 1936 en la forma descrita en esta resolución y en la ya citada del 16 de octubre de 2008.
>
> Esto es así, a pesar de la gravedad de los hechos, sin que exista posibilidad de aplicar las normas de competencia a favor de la audiencia nacional en virtud del principio de justicia penal universal (art. 23.4 de la LOPJ), al no ser necesario, en virtud de lo dispuesto en el

artículo 23.1 de la misma Ley en relación con los artículos 14, 15, 16, 17 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que establecen cual o cuales deben ser los juzgados que, establecida la falta de competencia para continuar conociendo por este, y, previa la inhibición que ahora se acuerda y aceptación de esta, correspondan en función del territorio en el que se hubieran cometido los hechos, o, el en que se hubieran descubierto las pruebas materiales del delito, o los demás presupuestos, según la prelación establecida en el citado artículo 15 de la LECr"[241].

10. Debilidad del auto del magistrado Varela. La posición del Ministerio Público en este caso

La fiscalía a cargo del doctor Luis Navajas Ramos mediante escrito de fecha 22 de abril de 2010 solicitó el sobreseimiento de la querella criminal contra el juez Garzón basado en los siguientes argumentos, de no ser constitutivos de delitos los hechos contenidos en las sucesivas querellas que dieron lugar a la apertura del procedimiento, esto es que la conducta de Garzón es atípica y además que al amparo de la doctrina sostenida por la II Sala del TS a través de la Sentencia 1045/2007 del 17 de diciembre de 2007 (Recurso de Casación 315/2007) se opone a la apertura del juicio oral porque los querellantes carecen de legitimación procesal. Sin embargo, advierte el fiscal que hay otra sentencia de la misma sala 54/2008 del 21 de enero de 2008 que va en dirección contraria por lo que debido a la trascendencia lo pone como un tema controvertido.

El Ministerio Público se opuso a la apertura de juicio oral al estimar que las "acusaciones populares" carecen de legitimación para instarla conforme lo dispuesto en el artículo 782.2 de la ley de enjuiciamiento criminal. El Ministerio recuerda para sostener su solicitud, la coherencia que debe predominar en un magistrado al sustentar resoluciones y va dirigido contra el Juez Supremo Varela a quien le hace recordar que en la Sentencia 54/2008 tesis del TS contraria a la que sostiene el fiscal, el magistrado instructor en su voto particular tuvo una posición de defensa de la doctrina contenida en la sentencia 1045/2007 al señalar que la exclusión de la acción popular en el artículo 781.1 de la ley de enjuiciamiento criminal es una decisión consciente del legislador, no es arbitraria, tiene una justificación desde una perspectiva constitucional, es razonable en lo concerniente a la organización del proceso, al principio de

(241) Ver en: <http://www.crimenesinternacionales-franquismo-casogarzon.es/p/documentos-legales.html>. [Fecha de consulta: 7 de enero del 2014].

celeridad y equilibra la relación entre el derecho a la defensa y las múltiples acusaciones. Al final contra su misma postura en un ejemplo de incongruencia desde el punto de vista procesal no debió el juez Varela ordenar la apertura de juicio oral, y allí tenemos otra evidencia del ánimo parcializado de este magistrado contra Garzón.

11. Efectos de la apertura del juicio oral sobre Baltazar Garzón

Los efectos de la apertura de juicio oral contra un magistrado en España traen como consecuencia la suspensión del cargo que lo dispone el Consejo General del Poder Judicial, un ente de gobierno similar al consejo ejecutivo de nuestro PJ. Por eso Garzón dio la lucha para que no se apertura juicio oral porque sabía de los efectos en su situación como magistrado: El artículo **383 inciso 1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de España dice que** la suspensión de los jueces y magistrados solo tendrá lugar cuando se hubiere declarado haber lugar a proceder contra ellos por delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones. El artículo **384 en su inciso 1 dice que para el supuesto de apertura de juicio** el juez o tribunal que conociera la causa lo comunicará al Consejo General del Poder Judicial, quien hará efectiva la suspensión, previa audiencia del Ministerio Fiscal y el inciso 3 regla el plazo de la suspensión que se mantendrá hasta que recaiga en la causa sentencia o auto de sobreseimiento.

El hecho que Baltazar Garzón se coloque del lado de los que exigen que se conozca la verdad, me parece rescatable. Además ya declinó competencia y consideramos desde una perspectiva del daño o perjuicio, como condición objetiva de punibilidad, no ha causado ningún resultado lesivo; sino al contrario ha puesto el dedo en la llaga de la conciencia de los españoles.

Garzón no es querido por algunos de sus pares, probablemente porque sus audacias suelen generar envidias. Que Garzón se equivoque desde el punto de vista doctrinario según la postura del magistrado Varela y que en algunos casos esté en contra de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo español, no es razón suficiente para que deba ser condenado. Él debe regresar, quizá con la prudencia que enseña los años de ser magistrado.

Capítulo IV
La Corte Penal Internacional

I. La construcción de la jurisdicción internacional

1. Orígenes

La Corte fue fundada para asegurar que los crímenes internacionales como genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y –una vez que sean definidos– crímenes de agresión sean reprimidos y que quienes los cometan, no queden libres pues la jurisdicción es universal.

El Estatuto de Roma, como instrumento fundacional de la CPI, fue adoptado el 17 de julio de 1998 y entró en vigencia el 1 de julio de 2002. La sexagésima ratificación del documento fue depositada ante el Secretario General de las Naciones Unidas, y diez Estados decidieron unirse a la CPI el mismo día.

La Corte es el resultado de un gran esfuerzo por parte de la comunidad internacional. Si bien en los otros tribunales internacionales hubo participación de una pluralidad de Estados, esta vez la participación fue superior porque más de 160 participaron en la Conferencia Diplomática de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una Corte Penal internacional que culminó con el Estatuto de Roma. En la votación siete Estados se opusieron al Estatuto, entre ellos Estados Unidos, Israel, China, Nigeria y Sudan, se presume que dada la intervención de por lo menos los tres primeros en conflictos internacionales en los que ha existido violación de derechos humanos, sus líderes no han querido verse en el futuro juzgados por la CPI. 120 Estados votaron a favor del Estatuto y 21 se abstuvieron.

El letrado M. Luis Moreno Ocampo fue nombrado como primer fiscal en junio de 2003 y tomó juramento ante los 18 jueces de la CPI en La Haya sede del tribunal. El fiscal Moreno se ocupó en las presuntas violaciones cometidas en la República Democrática del Congo (RDC) desde la entrada en vigor del Estatuto de Roma. El fiscal ya había recibido una carta firmada por el

presidente de la RDC refiriéndole la situación de los crímenes dentro de la jurisdicción de la Corte.

La CPI se pronuncia sobre la responsabilidad penal de individuos, independientemente de su rango oficial o jerárquico que no son obstáculos para su juzgamiento dada la trascendencia de los bienes jurídicos afectados.

El Estatuto de Roma representa un avance muy importante en el reconocimiento de los derechos de las víctimas en el Derecho Penal internacional tal como lo prevé el artículo 68 que consagra la protección de los agraviados y autoriza su participación y representación ante la Corte. Las víctimas son consideradas como sujetos procesales, pueden participar en todas las etapas de los procedimientos, y tienen derecho a reparaciones por los daños causados(242).

II. Estatuto

Las razones o motivaciones para establecer la Corte podemos encontrarlo en el preámbulo, en una suerte de declaración de principios que dice lo siguiente:

> "Los Estados partes en el presente estatuto,
>
> Conscientes de que todos los pueblos están unidos por estrechos lazos y sus culturas configuran un patrimonio común y observando con preocupación que este delicado mosaico puede romperse en cualquier momento,
>
> Teniendo presente que, en este siglo, millones de niños, mujeres y hombres han sido víctimas de atrocidades que desafían la imaginación y conmueven profundamente la conciencia de la humanidad,
>
> Reconociendo que esos graves crímenes constituyen una amenaza para la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad,
>
> Afirmando que los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto no deben quedar sin castigo y que, a tal fin, hay que adoptar medidas en el plano nacional e intensificar la cooperación internacional para asegurar que sean efectivamente sometidos a la acción de la justicia,

(242) En: <http://www.trial-ch.org/es/recursos/tribunales/corte-penal-internacional.html>. [Fecha de consulta: 15 de enero del 2014].

Decididos a poner fin a la impunidad de los autores de esos crímenes y a contribuir así a la prevención de nuevos crímenes,

Recordando que es deber de todo Estado ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales,

Reafirmando los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas y, en particular, que los Estados se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado o en cualquier otra forma incompatible con los propósitos de las Naciones Unidas,

Destacando, en este contexto, que nada de lo dispuesto en el presente Estatuto deberá entenderse en el sentido de que autorice a un Estado parte a intervenir en una situación de conflicto armado o en los asuntos internos de otro Estado,

Decididos, a los efectos de la consecución de esos fines y en interés de las generaciones presentes y futuras, a establecer una Corte Penal Internacional de carácter permanente, independiente y vinculada con el sistema de las Naciones Unidas que tenga competencia sobre los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto,

Destacando que la Corte Penal internacional establecida en virtud del presente Estatuto será complementaria de las jurisdicciones penales nacionales,

Decididos a garantizar que la justicia internacional sea respetada y puesta en práctica en forma duradera".

De esta declaración podemos extraer algunos principios como los siguientes:

- Los bienes jurídicos internacionales amenazados por los graves crímenes son la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad.

- Lucha contra la impunidad puesto que los autores de crímenes graves deben ser juzgados por tribunal imparcial y sancionados con firmeza.

- Obligatoriedad de ejercer jurisdicción nacional en casos de crímenes internacionales. Es decir que la Corte no sustituye a las jurisdicciones locales pues están tiene el deber de realizar los juzgamientos.

- Los Estados están prohibidos de iniciar acciones bélicas contra otros por razones territoriales o de independencia que sean contrarios a los fines de Naciones Unidas siendo una de ellas la paz mundial.

- La Corte es permanente, independiente de cualquier Estado porque solo depende de Naciones Unidas y tiene competencia universal.

- Complementariedad de las jurisdicciones nacionales. La Corte no sustituye a esta, solo las complementa y opera cuando fallan la jurisdicción local en aras justamente de evitar la impunidad.

III. Finalidad y naturaleza

La Corte es una institución permanente que la diferencia con otros tribunales internacionales del pasado. Está facultada para ejercer su jurisdicción sobre personas respecto de los crímenes más graves de trascendencia internacional de conformidad con el Estatuto de Roma y tiene carácter complementario de las jurisdicciones penales nacionales, pues se recuerda la obligación que las jurisdicciones nacionales lleven a cabo los procesamientos de imputados por crímenes internacionales (art. 1 Estatuto).

La Corte está vinculada con las Naciones Unidas con base en un acuerdo aprobado por la Asamblea de los Estados Partes (art. 2). La ONU ha tenido un rol preponderante en la formación de tribunales internacionales.

La sede está en La Haya, Países Bajos. Esta ciudad es de una larga tradición en el Derecho internacional público ya que allí tiene su sede la Corte de Justicia de la Haya que resuelve controversias entre Estados. Allí por ejemplo está el contencioso entre Perú y Chile por la delimitación marítima.

La Corte podrá celebrar audiencias en otro lugar cuando así lo consideren (art. 3). Los Estados partes deberán dar facilidades para que puedan desplazar el tribunal a los lugares que la Corte determine lo que debe tener consideramos una justificación racional.

1. Condición jurídica y atribuciones de la Corte

Tiene personalidad jurídica internacional, es decir funcional como una institución con representación legal. Por ello se le reconoce capacidad jurídica para el desempeño de sus funciones y la realización de sus propósitos.

Sus funciones y atribuciones la pueden ejercer en el territorio de cualquier Estado parte y, por **acuerdo especial**, en el territorio de cualquier otro Estado (art. 4).

IV. Aspectos sustantivos

1. Crímenes de la competencia de la Corte

La parte sustantiva definida en el Estatuto de Roma, es la que más complicaciones trae en cuanto a su interpretación y su juzgamiento por la Corte.

En el artículo 5.1 se señala lo siguiente:

> La competencia de la Corte se limitará a los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto y son:
>
> a) El crimen de genocidio.
>
> b) Los crímenes de lesa humanidad.
>
> c) Los crímenes de guerra.
>
> d) El crimen de agresión.

La Corte ejercerá competencia respecto del crimen de agresión una vez que se apruebe una disposición de conformidad con los artículos 121 y 123 en que se defina el crimen y se enuncien las condiciones en las cuales lo hará. Esa disposición será compatible con las disposiciones pertinentes de la Carta de las Naciones Unidas (art. 5.2 Estatuto). Los Estados partes no se han puesto de acuerdo sobre la naturaleza de los crímenes de agresión que en realidad ha sido una constante en el siglo XX; solo pensemos en la invasión de Alemania a Polonia que dio inicio a la Segunda Guerra Mundial y la guerra de los Balcanes o el conflicto árabe israelí. Incluso la intervención de las potencias en invasiones de otros países como Irak, o Afganistán.

2. Los elementos de los crímenes

De conformidad con el artículo 9 del Estatuto de Roma se han aprobado los denominados **"elementos de los crímenes"** que ayudarán a la Corte a interpretar y a aplicar los delitos descritos en los artículos 6, 7 y 8 del Estatuto. El procedimiento de aprobación según el artículo 9 es por una mayoría de dos

tercios de los miembros de la Asamblea de los Estados partes. Los titulares para proponer enmiendas a los elementos de los crímenes son:

- Cualquier Estado parte.
- Los magistrados, por mayoría absoluta.
- El fiscal.

Las enmiendas serán aprobadas por una mayoría de dos tercios de los miembros de la Asamblea de los Estados partes.

Los elementos de los crímenes se han aprobado provisionalmente En la 5ª Sesión de la Comisión Preparatoria (*Preparatory Commission - Prep Commis*) de la Corte Penal Internacional (CPI)[243] y es un instrumento auxiliar para interpretar el Estatuto. A estos elementos se les aplica las disposiciones del Estatuto, incluido el artículo 21, y los principios generales enunciados en la Parte III en una línea de interpretación sistemática.

V. Principios generales de Derecho Penal según el estatuto

Ahora vamos a examinar cuáles son los principios que configuran una parte general del derecho internacional radicado en el Estatuto de Roma que se delinea del artículo 22 al 33.

1. *Nullum crimen sine lege*

Se consagra el principio de legalidad al establecer que:

1. Nadie será penalmente responsable salvo que la conducta de que se trate constituya, en el momento en que tiene lugar, un crimen de la competencia de la Corte.
2. La definición de crimen será interpretada estrictamente y no se hará extensiva por analogía. En caso de ambigüedad, será interpretada en favor de la persona objeto de investigación, enjuiciamiento o condena.

(243) En: <www.department-ambos.uni-goettingen.de/index.php/component/option,com_docman/Itemid,133/gid,142/task,doc_>. [Fecha de consulta: 15 de enero del 2014].

3. Nada de lo dispuesto afectará a la tipificación de una conducta como crimen de Derecho internacional independientemente de Estatuto (art. 22).

En este último caso se deja abierta la calificación de crímenes internacionales a otros instrumentos; y además debe tenerse en cuenta al *jus cogens*.

2. *Nulla poena sine lege*

Quien sea declarado culpable por la Corte únicamente podrá ser penado de conformidad con el Estatuto (art. 23). La novedad del Estatuto y como excepción a instrumentos internacionales que solo calificaban conductas criminales, es que por primera vez las sanciones, están expresamente consignadas en una suerte de código penal internacional.

3. Irretroactividad *ratione personae*

Dentro del marco del Estatuto de Roma se ha previsto que nadie será penalmente responsable por una conducta anterior a su entrada en vigor. Es decir nadie podrá ser encausado por hechos realizados antes de la vigencia por la Corte, lo que no excluye que sea juzgado por tribunal nacional o internacional competente.

Se consagra la retroactividad benigna, es decir, si se modifica el derecho aplicable a una causa antes de que se dicte la sentencia definitiva, se aplicarán las disposiciones más favorables (art. 24.2).

4. Responsabilidad penal individual. Autoría y participación

La Corte tiene competencia respecto de personas naturales. No se ha previsto enjuiciamiento contra entes colectivos como si se hizo en Núremberg.

Quien cometa un crimen de la competencia de la Corte será responsable individualmente y podrá ser sancionado conforme a las penas del Estatuto.

La persona que responda individualmente puede ser sancionada si lo hace de estas formas:

a) Cometa ese crimen por sí solo, con otro o por conducto de otro, sea este o no penalmente responsable. Aquí vemos que se le sanciona como autor directo o inmediato, en coautoría o como autor mediato; en este último caso no hay necesidad que quien realiza el acto directamente tenga capacidad de culpabilidad.

b) Ordene, proponga o induzca la comisión de ese crimen, ya sea consumado o en grado de tentativa. Aquí hay autoría mediata así como instigación. Responderá por crimen consumado o si quedó en tentativa.

c) Con el propósito de facilitar la comisión de ese crimen, sea cómplice o encubridor o colabore de algún modo en la comisión o la tentativa de comisión del crimen, incluso suministrando los medios para su comisión. La participación necesaria o secundaria del procesado con el autor es sancionada. También será sancionado cuando realice actos de encubrimiento o ha dado los instrumentos para su comisión.

d) Contribuya en la comisión o tentativa de comisión del crimen por un grupo de personas que tengan una finalidad común. La contribución deberá ser dolosa y se hará:

   - Con el propósito de llevar a cabo la actividad o propósito delictivo del grupo, cuando entrañe la comisión de un crimen internacional a sabiendas de que el grupo tiene la intención de cometer el crimen.

   - Respecto del crimen de genocidio, deberá existir una instigación directa y pública a que se cometa.

   - Mediante actos de inicio de ejecución, aunque el crimen no se consume debido a circunstancias ajenas a su voluntad. Se considera el desistimiento del propósito delictivo o si impide que se consume, lo que dará lugar a que el imputado quede exento de pena.

Se separa la responsabilidad del individuo procesado con la responsabilidad del Estado conforme al Derecho internacional. Imaginemos que una persona es absuelta por la Corte de un crimen contra la humanidad. Esto no libera de la responsabilidad del Estado si realmente se cometieron los delitos y este no hizo nada o poco para sancionar promoviendo la impunidad (art. 25 del Estatuto).

Están excluidos de la competencia de la Corte los menores de 18 años (art. 26 del Estatuto). Estos deben ser tratados de acuerdo a las Convenciones sobre niños y adolescentes. Si han cometido una conducta reprochable solo podrían ser encausados por los fueros de menores en los Estados donde se cometió el hecho.

5. Improcedencia del cargo oficial

La inmunidad de altos funcionarios públicos fue construida históricamente para evitar que el procesamiento penal que se les quisiera hacer tuviera como

motivación, venganzas políticas. Además se le otorgan procedimientos y fueros especiales para su procesamiento. Estas prerrogativas no son obstáculos según el artículo 27 del Estatuto de Roma, pues se aplica por:

> "1. (…) igual a todos sin distinción alguna basada en el cargo oficial. En particular, el cargo oficial de una persona, sea Jefe de Estado o de Gobierno, miembro de un gobierno o parlamento, representante elegido o funcionario de gobierno, en ningún caso la eximirá de responsabilidad penal ni constituirá per se motivo para reducir la pena.
>
> 2. Las inmunidades y las normas de procedimiento especiales que conlleve el cargo oficial de una persona, con arreglo al derecho interno o al Derecho internacional, no obstarán para que la Corte ejerza su competencia sobre ella".

Esto impide que se pueda buscar exonerar o evitar procesamiento a partir de prerrogativas legales nacionales que son inaplicables.

6. Responsabilidad de los jefes y otros superiores

Se ha previsto la posibilidad de completar el tipo penal con una suerte de dolo eventual aplicable a autoridades militares.

El artículo 28.a dice que el jefe militar o el que actúe efectivamente como jefe militar será penalmente responsable por los crímenes de la competencia de la Corte que hubieren sido cometidos por fuerzas bajo su mando y control efectivo, o su autoridad y control efectivo, según sea el caso, en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esas fuerzas cuando:

- **i) Hubiere sabido o, en razón de las circunstancias del momento, hubiere debido saber que las fuerzas estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos**. Aquí se puede notar el dolo eventual, pues el jefe sabe de la alta posibilidad de comisión de ilícitos pero no realiza nada para impedirlo.

- **ii) No hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento**. Aquí el imputado debe haberse representado mentalmente el curso lesivo del comportamiento de sus fuerzas militares.

También se cubre la responsabilidad no solo de un jefe militar con sus fuerzas que es un nivel más abstracto, sino de las relaciones entre superior y subordinado. El superior será penalmente responsable bajo dolo eventual por los crímenes que hubieren sido cometidos por subordinados bajo su autoridad y control efectivo, en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre estos en los siguientes supuestos:

- **i) Hubiere tenido conocimiento o deliberadamente hubiere hecho caso omiso de información que indicase claramente que los subordinados estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos**. Si el agente tenía señales claras que se estaban cometiendo crímenes y no hacía nada por lo menos debe responder por omisión.

- **ii) Los crímenes guardaren relación con actividades bajo su responsabilidad y control efectivo**. Tiene que acreditarse que los crímenes se cometieron en el contexto de las actividades a su cargo, pues si hay desconexión se convierte en atípica.

- **iii) No hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento**. Siempre bajo el prisma de dolo eventual se debe inferir responsabilidad penal a partir de probar que no adoptó medidas necesarias para prevenir los crímenes. Aquí podríamos literalmente encontrarnos ante una negligencia inexcusable sin embargo en la interpretación sistemática con los principios generales del Estatuto tenemos que todas las conductas se reprimen a título de *mens rea* o **"mente culpable"**.

7. Imprescriptibilidad

Los crímenes de competencia de la Corte no prescribirán (art. 29 Estatuto). Esta institución genera críticas en la doctrina aun cuando se trate de delitos gravísimos contra la humanidad. Señalan que la prescripción de los delitos es prenda de la superlativa opinión que merecen a los ordenamientos de signo liberal la incolumidad del derecho, la seguridad de los justiciables y, muy en especial, la dignidad de la persona, incluso cuando de las más abominables fechorías y los más impiedosos delincuentes se trata(244).

(244) GUZMÁN DALBORA, José Luis. *Crímenes internacionales y prescripción. Temas actuales de Derecho Penal internacional*. Konrad Adenauer, Uruguay, 2005, p. 77.

La regla de imprescriptibilidad responde a una tradición jurídica construida por el Derecho internacional, cuyas fuentes son convenciones como la de imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y lesa humanidad aprobada el 26 de noviembre de 1968 con razones como considerar que esos crímenes figuran entre los delitos de Derecho internacional más graves y que su represión efectiva es un elemento importante para prevenir los crímenes, proteger los derechos humanos y libertades fundamentales, fomentar la confianza, estimular la cooperación entre los pueblos y contribuir a la paz y la seguridad internacionales. Además que la prescripción empleada por los Estados por estos delitos impide el enjuiciamiento y castigo de las personas responsables de esos crímenes y preocupa a la opinión mundial.

8. Cosa juzgada

Se consagra el principio de *res iudicata* por el que nadie será procesado por la CPI en razón de conductas constitutivas de crímenes por los cuales ya hubiere sido condenado o absuelto por estas.

Nadie será procesado por otro tribunal si ha sido condenado o absuelto por la CPI.

La CPI no procesará a nadie que haya sido procesado por otro tribunal en razón de crímenes internacionales a excepción de lo siguiente:

a) Obedeciera al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal por crímenes de la competencia de la Corte.

b) No hubiere sido instruido en forma independiente o imparcial de conformidad con las debidas garantías procesales reconocidas por el Derecho internacional o lo hubiere sido de alguna manera que, en las circunstancias del caso, fuere incompatible con la intención de someter a la persona a la acción de la justicia (art. 20).

En el Derecho penal internacional cualquier obstáculo aparentemente legal que busque la impunidad de los autores de crímenes atroces debe ser sorteado. Un ejemplo lo tenemos en las leyes de amnistía en Perú para el caso Barrios Altos y en Chile para los crímenes de la dictadura que en sendas sentencias de la CIDH han sido declaradas inaplicables. Libretos que han respondido a la necesidad de los criminales de garantizarse la impunidad.

9. Atribución del dolo

Una persona será penalmente responsable y podrá ser sancionada por un crimen de la competencia de la Corte únicamente si los elementos materiales del crimen se realizaron con intención y conocimiento. Aquí se define que el comportamiento subjetivo del agente debe ser doloso (conforme con el art. 30 del Estatuto). En el Derecho anglosajón es el *mens rea* o **mente culpable** que completa el tipo porque no bastan actos objetivos para sancionar. En este sistema se utiliza la locución latina *actus non facit reum nisi mens sit rea*, la cual quiere decir "el acto no hace que la persona sea culpable a menos que la mente también sea culpable".

En el documento de elementos del crimen se señala que si no se hace referencia expresa a un elemento de intencionalidad para una conducta, consecuencia o circunstancia indicada, se entenderá aplicable el elemento de intencionalidad que corresponda según el artículo 30 del Estatuto pudiendo ser la intención, el conocimiento, o ambos. Es decir este completa la tipificación.

¿Cómo se determina que el agente actúa intencionalmente? El artículo 30.2 del Estatuto, dice cuándo se dan estos supuestos:

a) En relación con una conducta que se propone incurrir en un crimen.

b) En relación con una consecuencia, se propone causarla o es consciente de que se producirá en el curso normal de los acontecimientos.

Por conocimiento como otro elemento del dolo tenemos que el artículo 30.3 define el "conocimiento" como la conciencia por parte del agente que existe una circunstancia o se va a producir una consecuencia en el curso normal de los acontecimientos. Las palabras **a sabiendas** y **con conocimiento** se entenderán en el mismo sentido.

En la línea de prueba indiciaria que es una de las formas de acreditar el dolo se señala que: "La existencia de la intención y el conocimiento puede inferirse de los hechos y las circunstancias del caso".

Con relación a los elementos de intencionalidad relacionados con elementos típicos que entrañan juicios de valor, como los que emplean los términos "inhumanos" o "graves", no es necesario que el autor haya procedido personalmente a hacer un determinado juicio de valor, a menos que se indique otra cosa. Aquí básicamente la calificación es objetiva y no subjetiva.

10. Circunstancias eximentes de responsabilidad penal

En una suerte de causa de justificación o de eximente de responsabilidad que opera en la antijuridicidad y culpabilidad, hay un conjunto de situaciones que pueden eximir de pena al agente (art. 31).

- Padece de una enfermedad o deficiencia mental que le prive de su capacidad para apreciar la ilicitud o naturaleza de su conducta, o de su capacidad para controlar esa conducta a fin de no transgredir la ley. Esta incide en la capacidad mental del agente del crimen.

- El autor se encuentra en un estado de intoxicación que le prive de su capacidad para apreciar la ilicitud o naturaleza de su conducta, o de su capacidad para controlar esa conducta a fin de no transgredir la ley. Hay una excepción, cuando el autor se haya intoxicado voluntariamente a sabiendas de que, como resultado de la intoxicación, probablemente incurriría crímenes contra la humanidad, o haya hecho caso omiso del riesgo de que ello ocurriere (dolo eventual).

- Como causa de justificación tenemos que la conducta no sería antijurídica si actúa razonablemente en defensa propia o de un tercero o, en el caso de los crímenes de guerra, de un bien que fuese esencial para su supervivencia o la de un tercero o de un bien que fuese esencial para realizar una misión militar, contra un uso inminente e ilícito de la fuerza, en forma proporcional al grado de peligro para él, un tercero o los bienes protegidos. El hecho de participar en una fuerza que realizare una operación de defensa no bastará para constituir una circunstancia eximente de la responsabilidad penal.

- Si ha actuado bajo coacción como amenaza de muerte inminente o de lesiones corporales graves continuadas para él u otra persona, y en que se vea compelido a actuar necesaria y razonablemente para evitar esa amenaza, siempre que no tuviera la intención de causar un daño mayor que el que se proponía evitar. Esto en doctrina se conoce como actuación bajo miedo insuperable. Las amenazas pueden provenir por otras personas o estar constituida por otras circunstancias ajenas a su control.

La Corte determina si las circunstancias eximentes de responsabilidad penal admitidas por el Estatuto son aplicables en la causa que esté conociendo. Además el artículo 31.4 del Estatuto faculta a la CPI a tener en cuenta una circunstancia eximente de responsabilidad penal distinta de las indicadas en el Estatuto. Aquí bajo regla de favorabilidad se pueden ampliar los supuestos.

11. Error de hecho o error de derecho

El Estatuto también desarrolla respecto al error, cuando el sujeto actúa bajo representación de los hechos de forma defectuosa, o creencias de licitud de determinadas conductas.

El error de hecho, conocido en la doctrina como error de tipo objetivo o subjetivo, eximirá de responsabilidad penal únicamente si hace desaparecer el elemento de intencionalidad requerido por el crimen.

El error de derecho acerca de si un determinado tipo de conducta constituye un crimen internacional no se considerará eximente, salvo si se hace desaparecer el elemento de intencionalidad requerido por ese crimen o si queda comprendido en lo dispuesto en el artículo 33 del Estatuto (art. 32). En esta disposición hay una confusión entre error de hecho y de derecho toda vez que el error de conocimiento de antijuridicidad opera sobre la capacidad del agente y el elemento de intencionalidad en la parte típica subjetiva. En el Estatuto de Roma definitivamente extrayendo los criterios generales penales y el avance loable en el Derecho internacional apreciamos imprecisiones en los conceptos penales que se deberán aclarar conforme se desarrolla la casuística y la interpretación realizada desde la doctrina.

12. Órdenes superiores y disposiciones legales

La denominada obediencia debida no opera en estos crímenes, ya que ha sido históricamente un argumento de defensa de muchos criminales. No se podrá alegar que se cometió el crimen en cumplimiento de una orden emitida por un gobierno o un superior, sea militar o civil, y será sancionado salvo que se produzcan las siguientes situaciones:

- El agente está obligado por ley a obedecer órdenes emitidas por el gobierno o su superior.
- No supiera que la orden era ilícita (error de derecho).
- La orden no fuera manifiestamente ilícita (error sobre la ilicitud).

Como límite a esta última situación se sostiene que se entenderá que las órdenes de cometer genocidio o crímenes de lesa humanidad son manifiestamente ilícitas (art. 33.2 del Estatuto).

Debemos de agregar que conforme al documento de elementos de los crímenes, que es una herramienta interpretativa del Estatuto, en el artículo 6 establece:

> "El requisito de ilicitud establecido en el Estatuto o en otras normas de Derecho internacional, en particular del Derecho internacional humanitario, no está en general especificado en los elementos de los crímenes".

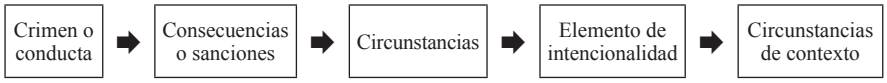
VI. Estructura de los elementos de los crímenes

Para interpretar adecuadamente los elementos típicos de los crímenes internacionales en el documento elementos de los crímenes en sus artículos 7 al 10 se establece que la estructura típica sigue los principios siguientes:

Las **consecuencias** y las **circunstancias** correspondientes a cada crimen, por regla general están enumeradas en ese orden.

Cuando se requiera un elemento de intencionalidad específico, este aparecerá después de la conducta, la consecuencia o la circunstancia correspondiente. Las circunstancias de contexto se enumeran en último lugar.

Veamos gráficamente:



El término "autor" es neutral en cuanto a la culpabilidad o la inocencia. Los elementos, incluidos los de intencionalidad que procedan, son aplicables, mutatis mutandis, a quienes hayan incurrido en responsabilidad penal en virtud de los artículos 25 y 28 del Estatuto (art. 8).

Una determinada conducta puede configurar uno o más crímenes (art. 9). Estamos entonces ante la posibilidad de concurso ideal de delitos. Por doctrina se tiene que el delito más grave absorbe a los demás.

La utilización de expresiones abreviadas para designar a los crímenes en los títulos no surtirá ningún efecto jurídico (art. 10). Solo se emplea para fines de escritura y sencillez del texto del crimen.

VII. Genocidio

El genocidio es un delito internacional que consiste en la intención de destruir o desaparecer un grupo social. Es la forma más severa de la discriminación.

En el instrumento auxiliar del Estatuto, los elementos de los crímenes, se precisan algunos conceptos para entender mejor las definiciones del Estatuto. Por ejemplo que la expresión "en el contexto de" incluye los actos iniciales de una serie de actos que comienza a perfilarse; y la expresión "manifiesta" es una calificación objetiva.

Pese a que el artículo 30 del Estatuto exige normalmente un elemento de intencionalidad, y reconociendo que el conocimiento de las circunstancias generalmente se tendrá en cuenta al probar la intención de cometer genocidio, el requisito eventual de que haya un elemento de intencionalidad con respecto a esta circunstancia es algo que habrá de decidir la Corte en cada caso en particular.

En el Estatuto se consideran genocidio a los actos siguientes:

a) **Matanza** de miembros del grupo. En la guerra de los Balcanes se vio las denominadas limpiezas étnicas, luego de la disolución de Yugoslavia.

   El artículo 6 a) de los elementos de los crímenes lo complementa así:

   1. Que el autor haya dado muerte a una o más personas.

   2. Que esa persona o personas hayan pertenecido a un grupo nacional, étnico, racial o religioso determinado.

   3. Que el autor haya tenido la intención de destruir, total o parcialmente, a ese grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal.

   4. Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de una pauta manifiesta de conducta similar dirigida contra ese grupo o haya podido por sí misma causar esa destrucción.

b) **Lesión grave** a la integridad física o mental de los miembros del grupo nacional, étnico, racial o religioso determinado.

c) **Sometimiento** intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial.

d) **Medidas destinadas a impedir nacimientos** en el seno del grupo. Estas podrían ser con métodos quirúrgicos, o matanza de mujeres.

e) **Traslado por la fuerza de niños** del grupo a otro grupo (art. 6). Se realiza el tipo cuando el autor traslada por la fuerza a una o más personas que hayan pertenecido a un grupo nacional, étnico, racial o religioso determinado, con la intención de destruir, total o parcialmente,

a ese grupo. Que el traslado haya tenido lugar de ese grupo a otro grupo, y que las victimas hayan sido menores de 18 años debiendo conocer esta edad el agente.

VIII. Crímenes de lesa humanidad

Como se menciona en la doctrina, la concepción del crimen de lesa humanidad ha venido transformándose a lo largo de la historia. Se verifica esto en estatutos de los tribunales penales internacionales. Para el TPI de Yugoslavia, los crímenes de lesa humanidad sobre los que tendría competencia son lo que han sido cometidos en el curso de un conflicto armado, de carácter internacional o interno, y dirigidos contra cualquier población civil; mientras que para que el TPI de Ruanda consideraba que tenían competencia en crímenes cometidos como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil por razones de nacionalidad o por razones políticas, étnicas, raciales o religiosas(245). El Estatuto de Roma retoma algunos elementos de los estatutos de ambos tribunales internacionales pero los amplía, estableciendo que son crímenes de lesa humanidad un conjunto de conductas lesivas que se cometan como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque (art. 7 del Estatuto). Las conductas lesivas realizadas son:

a) **Asesinato.-** Se entiende como homicidios contra miembros de población civil. En el artículo 7 1) a) de los elementos de los crímenes se consideran como componentes, que el autor haya dado muerte a una o más personas en el contexto de ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil y que haya tenido conocimiento de esto.

b) **Exterminio.-** Desde una postura amplia es la tendencia a utilizar medios para indirectamente desaparecer al blanco de la conducta lesiva. El **exterminio** comprenderá la imposición intencional de condiciones de vida como la privación del acceso a alimentos o medicinas encaminadas a causar la destrucción de parte de una población.

c) **Esclavitud.-** Esta práctica que data de la antigüedad y es el dominio de personas consideradas como objeto por otras, que repugna la conciencia de la humanidad. Es el ejercicio de los atributos del derecho

(245) MEDELLÍN URQUIAGA, Ximena; ARJONA ESTÉVEZ, Juan Carlos y GUEVARA B, José A. *Manual básico sobre la Corte Penal internacional*. Fundación Konrad Adenauer, México, 2009, p. 67.

de propiedad sobre una persona, o de una pluralidad, incluido el ejercicio de esos atributos en el tráfico de personas, en particular mujeres y niños. El artículo 7 1) c) de elementos de los crímenes señala que se configura la esclavitud cuando: "(...) el autor haya ejercido uno de los atributos del derecho de propiedad sobre una o más personas, como comprarlas, venderlas, prestarlas o darlas en trueque, o todos ellos, o les haya impuesto algún tipo similar de privación de libertad". Una especie de trata para fines de sujeción de unas personas por otras.

d) **Deportación o traslado forzoso de población.-** Esto generalmente tiene su razón de ser en la necesidad de apartamiento del grupo poblacional de donde proviene el criminal. Es el desplazamiento forzoso de las personas afectadas, por expulsión u otros actos coactivos, de la zona en que estén legítimamente presentes, sin motivos autorizados por el Derecho internacional.

e) **Encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de Derecho internacional.-** Este delito tiene que ver con el enclaustramiento de la víctima en prisiones inhumanas donde las condiciones de salubridad, alimentación crean las condiciones para la afectación de la integridad o de la vida de ellos.

f) **Tortura.-** Consiste en afectar a la víctima con daños psicológicos o físicos para doblegar la voluntad y específicamente para extraerle información. El agente causa intencionalmente dolor o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, a una persona que bajo su custodia o control; sin embargo, no se entenderá por tortura el dolor o los sufrimientos que se deriven únicamente de sanciones lícitas o que sean consecuencia normal o fortuita de ellas.

g) **Violación**, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable.

Conforme al artículo 7 1) g)-1 de los elementos de los crímenes los actos de la violación sexual son:

> "1. Que el autor haya invadido el cuerpo de una persona mediante una conducta que haya ocasionado la penetración, por insignificante que fuera, de cualquier parte del cuerpo de la víctima o del autor con un órgano sexual o del orificio anal o vaginal de la víctima con un objeto u otra parte del cuerpo.

2. Que la invasión haya tenido lugar por la fuerza, o mediante la amenaza de la fuerza o mediante coacción, como la causada por el temor a la violencia, la intimidación, la detención, la opresión psicológica o el abuso de poder, contra esa u otra persona o aprovechando un entorno de coacción, o se haya realizado contra una persona incapaz de dar su libre consentimiento".

La esclavitud sexual es definida por el artículo 7 1) g)-2 de los elementos de los crímenes así:

"1. Que el autor haya ejercido uno de los atributos del derecho de propiedad sobre una o más personas, como comprarlas, venderlas, prestarlas o darlas en trueque, o todos ellos, o les haya impuesto algún tipo similar de privación de libertad.

2. Que el autor haya hecho que esa o esas personas realizaran uno o más actos de naturaleza sexual".

En el caso de la prostitución forzada el agente obliga a la víctima a que sea utilizada sexualmente a cambio de un pago que es recibido por el autor.

Por **embarazo forzado** se entiende el confinamiento ilícito de una mujer a la que se ha dejado embarazada por la fuerza, con la intención de modificar la composición étnica de una población o de cometer otras violaciones graves del Derecho internacional.

La **esterilización forzada** se concreta cuando el autor ha privado a una o más personas de la capacidad de reproducción biológica y que la conducta no ha tenido justificación en un tratamiento médico o clínico de la víctima o víctimas, ni se ha llevado a cabo con su libre consentimiento.

Crimen de **violencia sexual** se da cuando el agente ha realizado un acto de naturaleza sexual contra una o más personas o haya hecho que esa o esas personas realizaran un acto de naturaleza sexual por la fuerza o mediante la amenaza de la fuerza o mediante coacción, como la causada por el temor a la violencia, la intimidación, la detención, la opresión psicológica o el abuso de poder, contra esa o esas personas u otra persona, o aprovechando un entorno de coacción o la incapacidad de esa o esas personas de dar su libre consentimiento.

h) **Persecución** de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales,

religiosos, de género[246], u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al Derecho internacional, en conexión con cualquier crimen de la competencia de la Corte.

i) **Desaparición forzada de personas.-** Es la aprehensión, detención o secuestro de personas por un Estado o una organización política, o con su autorización, apoyo o aquiescencia, seguido de la negativa a admitir tal privación de libertad o dar información sobre la suerte o el paradero de esas personas, con la intención de dejarlas fuera del amparo de la ley por un periodo prolongado.

j) **El crimen de apartheid.-** Este sistema gracias a los esfuerzos del mundo se repliega como en Sudáfrica, habiendo tenido un rol de importancia Nelson Mandela - Premio Nobel de la Paz. Son actos inhumanos como asesinatos, deportaciones, exterminio, tortura y otros, cometidos en el contexto de un régimen institucionalizado de opresión y dominación sistemáticas de un grupo racial sobre uno o más grupos raciales y con la intención de mantener ese régimen.

k) Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física. Esta es una definición muy genérica la que deberá completarse con los elementos de los crímenes que el artículo 7 1) k) que los describe de la siguiente forma:

   1. Que el autor haya causado mediante un acto inhumano grandes sufrimientos o atentado gravemente contra la integridad física o la salud mental o física.

   2. Que tal acto haya tenido un carácter similar a cualquier otro de los actos a que se refiere el párrafo 1 del artículo 7 del Estatuto.

   3. Que el autor haya sido consciente de las circunstancias de hecho que determinaban el carácter del acto.

   4. Que la conducta se haya cometido como parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil.

(246) Tercer párrafo del artículo 7 A: Los efectos del presente Estatuto se entenderá que el término "género" se refiere a los dos sexos, masculino y femenino, en el contexto de la sociedad. El término "género" no tendrá más acepción que la que antecede.

5. Que el autor haya tenido conocimiento de que la conducta era parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil o haya tenido la intención de que la conducta fuera parte de un ataque de ese tipo.

1. Componentes del contexto

El crimen de lesa humanidad responde a un contexto cuyos elementos tienen que darse, sino sería delito, si bien violatorio de los derechos humanos, de menor entidad. El Estatuto define estos componentes así:

a) **Ataque contra una población civil.-** Se comprenderá como una línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos lesivos contra una **población civil**, de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer ese ataque o para promover esa política. La población civil no participa en conflictos, permanece neutral. En caso de enfrentamientos bélicos no toma parte. ¿Se podría decir que los militares si pueden ser muertos y no caben en el concepto de población civil? Los militares pueden estar en situación de inactividad y no formar parte de un enfrentamiento, por lo que se puede concluir que en este caso, sí caben dentro de la denominación de población civil.

   En la jurisprudencia del TPI de Yugoslavia, en los crímenes de lesa humanidad la población civil debe ser el principal objetivo del ataque. El término "'población civil' debe ser interpretado de manera amplia, y se refiere a población que es predominantemente civil en su naturaleza. Incluso se señala que una población podrá calificarse como "civil" aun cuando haya no-civiles dentro de ella, como militares en tanto que continúe siendo predominantemente civil. La presencia dentro de la población de miembros de grupos de resistencia, antiguos combatientes, quienes han depuesto las armas, no altera por sí mismo la naturaleza civil de la población". (IT-95-13/1, 27 de setiembre de 2007) [Traducción no oficial][247].

b) **Ataque generalizado.-** Se le entiende como ataque masivo contra población civil. Es de naturaleza cuantitativa.

(247) MEDELLÍN URQUIAGA, Ximena, ARJONA ESTÉVEZ, Juan Carlos y GUEVARA B, José A. Manual básico sobre la Corte Penal Internacional. Fundación Konrad Adenauer. Mexico, 2009, p. 72.

Como antecedente el TPI de Yugoslavia ha precisado que la frase generalizada se refiere a la naturaleza extensa (a generalizada) del ataque y a la cantidad de personas seleccionadas como objetivo (...) (IT-95-14/2, 17 de diciembre de 2004/IT-95-14, 29 de julio de 2004) [Traducción no oficial]. Un delito puede ser generalizado por el 'efecto acumulativo de la serie de actos inhumanos o por el efecto singular de un acto inhumano de extraordinaria magnitud'. (IT-02-60, 17 de enero de 2005/ IT-98-34, 31 de marzo de 2003/ IT-95-14/2, 26 de febrero de 2001) [Traducción no oficial][(248)]. Vemos una aplicación de esta regla última en el caso Almonacid Arellano de Chile, que si bien era una sola persona; pero en el contexto de su muerte, de ataque generalizado, su asesinato adquiere una singular cualificación que determina que sea de lesa humanidad.

c) **Por sistemático.-** Se concibe en el sentido que el ataque no es espontáneo sino proviene de un programa o de un plan pre concebido. Conforme a la jurisprudencia del TPI de Yugoslavia, el elemento de sistematicidad se refiere a la naturaleza organizada de los actos de violencia y a la improbabilidad de su ocurrencia casual (IT-95-14/2, 17 de diciembre de 2004). Que los patrones de los crímenes, en el sentido de repetición no accidental de una conducta criminal similar de manera regular, son una expresión común de dicha ocurrencia sistemática (IT-95-14/2, 17 de diciembre de 2004) [Traducción no oficial] El carácter sistemático se refiere a cuatro elementos que son:

1. La existencia de un objetivo político, un plan conforme al cual se perpetra el ataque o una ideología, en el sentido amplio de la palabra, es decir, destruir, perseguir o debilitar a una comunidad.

2. La perpetración de un acto criminal en una gran escala, contra un grupo de civiles o la comisión repetida y continua de actos inhumanos ligados uno a otro.

3. La preparación y el uso de recursos públicos o privados significativos, ya sean militares o de otro tipo.

4. La implicación de autoridades de alto nivel político y/o militar en la definición y establecimiento de un plan metódico' (IT-95-14, 3 de marzo de 2000) [Traducción no oficial][(249)].

(248) Ibídem, p. 71.
(249) Ídem.

d) **Con conocimiento de dicho ataque.-** Debe interpretarse que el agente actúa con conocimiento y voluntad, es decir con un elemento subjetivo doloso. El conocimiento no debe: "(...) interpretarse en el sentido de que requiera prueba de que el autor tuviera conocimiento de todas las características del ataque ni de los detalles precisos del plan o la política del Estado o la organización. En el caso de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil que esté comenzando, la cláusula de intencionalidad del último elemento indica que ese elemento existe si el autor tenía la intención de cometer un ataque de esa índole"[250].

IX. Crímenes de guerra

La CPI tendrá competencia respecto de los crímenes de guerra en particular cuando se cometan como parte de un plan o política o como parte de la comisión en gran escala de tales crímenes.

En los elementos de los crímenes (art. 8) se establece que se deberán interpretar en el marco del Derecho internacional de los conflictos armados con inclusión, según proceda, del Derecho internacional aplicable a los conflictos armados en el mar.

Respecto del conocimiento, no se exige que el autor haya hecho una evaluación en Derecho acerca de la existencia de un conflicto armado ni de su carácter internacional o no internacional; y únicamente se exige el conocimiento de las circunstancias de hecho que hayan determinado la existencia de un conflicto armado, implícito en las palabras "haya tenido lugar en el contexto de (...) y que haya estado relacionada con él".

En la jurisprudencia del TPI de Yugoslavia se dice que existe un conflicto armado "cuando se recurre a la fuerza armada entre Estados o a la violencia armada prolongada entre autoridades gubernamentales y grupos armados organizados o entre dichos grupos dentro de un Estado". (IT-96-23 y IT-96-23/1, 12 de junio de 2002/IT-94-1, 2 de octubre de 1995) [Traducción no oficial] (TPIY)[251].

En la Primera Sala de Cuestiones Preliminares de la CPI, siguiendo la jurisprudencia del TIPY, considera que: "(…) hay un conflicto armado de carácter

(250) Artículo 7.2 de los elementos de los crímenes.
(251) MEDELLÍN URQUIAGA, Ximena y otros. Ob. cit., p. 81.

internacional si el mismo tiene lugar entre dos o más Estados; esto se extiende a la ocupación total o parcial del territorio de otro Estado, sea que dicha ocupación encuentre o no resistencia armada. En adición, un conflicto armado interno que estalle en el territorio de un Estado puede convertirse en internacional –o, dependiendo de las circunstancias, presentarse un conflicto internacional en paralelo con un conflicto armado interno– si i) otro Estado interviene en el conflicto con sus tropas (intervención directa), o si ii) alguna de las partes en el conflicto armado interno actúa en nombre de ese otro Estado (intercesión indirecta)" (ICC-01/04-01/06-803 tEN) [Traducción no oficial][252].

También en esa línea jurisprudencial la misma Sala de la CPI ha señalado que existe conflicto de carácter no internacional cuando se recurra a "violencia armada extendida o prolongada entre autoridades gubernamentales y grupos armados organizados o entre dichos grupos entre sí dentro de un Estado". El involucramiento de grupos armados con cierto grado de organización y con la capacidad de planear y llevar a cabo operaciones militares permitirá que se caracterice al conflicto armado como no internacional[253].

Son crímenes de guerra en un contexto de conflicto armado los siguientes:

a) **Infracciones graves de los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949**, contra personas o bienes protegidos por las disposiciones del Convenio de Ginebra pertinente. Son crímenes de carácter doloso y se requiere que el agente conozca que las víctimas estaban protegidas en virtud de uno o más de los Convenios de Ginebra de 1949. Que el autor sea consciente de las circunstancias de hecho que establecían esa protección, y que los actos hayan tenido lugar en el contexto de un conflicto armado internacional y haya estado relacionada con él y por último que el autor haya sido consciente de circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado.

   Los actos sancionados en este contexto de conflicto armado son:

   - El homicidio intencional.

   - La tortura o los tratos inhumanos, incluidos los experimentos biológicos que hayan puesto en peligro la vida.

(252) MEDELLÍN URQUIAGA, Ximena, ARJONA ESTÉVEZ, Juan Carlos y GUEVARA B, José A. Ob. cit., p. 81.
(253) Ibídem, pp. 81-82.

- Causar deliberadamente grandes sufrimientos o de atentar gravemente contra la integridad física o la salud.

- La destrucción y la apropiación de bienes, no justificadas por necesidades militares, y efectuadas a gran escala, ilícita y arbitrariamente.

- Forzar a un prisionero de guerra o a otra persona protegida a servir en las fuerzas de una potencia enemiga mediante amenazas.

- Privar deliberadamente a un prisionero de guerra o a otra persona protegida de su derecho a ser juzgado legítima e imparcialmente.

- La deportación o el traslado ilegal o el confinamiento ilegal.

- La toma de rehenes.

b) **Otras violaciones graves de las leyes y usos aplicables en los conflictos armados internacionales dentro del marco establecido de Derecho internacional que pueden ser**:

- Dirigir intencionalmente ataques contra la población civil en cuanto tal o contra personas civiles que no participen directamente en las hostilidades.

- Dirigir intencionalmente ataques contra bienes civiles, es decir, bienes que no son objetivos militares.

- Dirigir intencionalmente ataques contra personal, instalaciones, material, unidades o vehículos participantes en una misión de mantenimiento de la paz o de asistencia humanitaria de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, siempre que tengan derecho a la protección otorgada a civiles o bienes civiles con arreglo al Derecho internacional de los conflictos armados.

- Lanzar un ataque intencionalmente, a sabiendas de que causará pérdidas incidentales de vidas, lesiones a civiles o daños a bienes de carácter civil o daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural que serían manifiestamente excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa de conjunto que se prevea.

- Atacar o bombardear, por cualquier medio, ciudades, aldeas, viviendas o edificios que no estén defendidos y que no sean objetivos militares.

- Causar la muerte o lesiones a un combatiente que haya depuesto las armas o que, al no tener medios para defenderse, se haya rendido a discreción.

- Utilizar de modo indebido la bandera blanca, la bandera nacional o las insignias militares o el uniforme del enemigo o de las Naciones Unidas, así como los emblemas distintivos de los Convenios de Ginebra, y causar así la muerte o lesiones graves.

- El traslado, directa o indirectamente, por la potencia ocupante de parte de su población civil al territorio que ocupa o la deportación o el traslado de la totalidad o parte de la población del territorio ocupado, dentro o fuera de ese territorio.

- Dirigir intencionalmente ataques contra edificios dedicados a la religión, la educación, las artes, las ciencias o la beneficencia, los monumentos históricos, los hospitales y los lugares en que se agrupa a enfermos y heridos, siempre que no sean objetivos militares.

- Someter a personas que estén en poder de una parte adversa a mutilaciones físicas o a experimentos médicos o científicos de cualquier tipo que no estén justificados en razón de un tratamiento médico, dental u hospitalario, ni se lleven a cabo en su interés, y que causen la muerte o pongan gravemente en peligro su salud.

- Matar o herir a traición a personas pertenecientes a la nación o al ejército enemigo.

- Declarar que no se dará cuartel.

- Destruir o apoderarse de bienes del enemigo, a menos que las necesidades de la guerra lo hagan imperativo.

- Declarar abolidos, suspendidos o inadmisibles ante un tribunal los derechos y acciones de los nacionales de la parte enemiga.

- Obligar a los nacionales de la parte enemiga a participar en operaciones bélicas dirigidas contra su propio país, aunque hubieran estado al servicio del beligerante antes del inicio de la guerra.

- Saquear una ciudad o una plaza, incluso cuando es tomada por asalto.

- Emplear veneno o armas envenenadas.

- Emplear gases asfixiantes, tóxicos o similares o cualquier líquido, material o dispositivo análogos.

- Emplear balas que se ensanchan o aplastan fácilmente en el cuerpo humano, como balas de camisa dura que no recubra totalmente la parte interior o que tenga incisiones.

- Emplear armas, proyectiles, materiales y métodos de guerra que, por su propia naturaleza, causen daños superfluos o sufrimientos innecesarios o surtan efectos indiscriminados en violación del Derecho internacional de los conflictos armados, a condición de que esas armas o esos proyectiles, materiales o métodos de guerra, sean objeto de una prohibición completa.

- Cometer atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes.

- Cometer actos de violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado(254), esterilización forzada y cualquier otra forma de violencia sexual que también constituya una infracción grave de los Convenios de Ginebra.

- Utilizar la presencia de una persona civil u otra persona protegida para poner ciertos puntos, zonas o fuerzas militares a cubierto de operaciones militares.

- Dirigir intencionalmente ataques contra edificios, material, unidades y medios de transporte sanitarios, y contra personal que utilice los emblemas distintivos de los Convenios de Ginebra de conformidad con el derecho internacional.

- Hacer padecer intencionalmente hambre a la población civil como método de hacer la guerra, privándola de los objetos indispensables para su supervivencia, incluido el hecho de obstaculizar intencionalmente los suministros de socorro de conformidad con los Convenios de Ginebra.

(254) Apartado f) del párrafo 2 del artículo 7: Por "embarazo forzado" se entenderá el confinamiento ilícito de una mujer a la que se ha dejado embarazada por la fuerza, con la intención de modificar la composición étnica de una población o de cometer otras violaciones graves del Derecho internacional. En modo alguno se entenderá que esta definición afecta a las normas de derecho interno relativas al embarazo.

- Reclutar o alistar a niños menores de 15 años en las fuerzas armadas nacionales o utilizarlos para participar activamente en las hostilidades;

c) **En caso de conflicto armado que no sea de índole internacional, las violaciones graves del artículo 3 común a los cuatro convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949. Son sancionables** cualquiera de los siguientes actos cometidos contra personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa:

- Los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles y la tortura;

- Los ultrajes contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes;

- La toma de rehenes;

- Las condenas dictadas y las ejecuciones sin previo juicio ante un tribunal regularmente constituido, con todas las garantías judiciales generalmente reconocidas como indispensables.

d) Los crímenes contenidos en el párrafo 2 c) del artículo 8 del Estatuto(255) se aplica a los conflictos armados que no son de índole internacional, y por consiguiente, **no se aplica a las situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores, tales como los motines, los actos esporádicos y aislados de violencia u otros actos análogos.**

e) Otras violaciones graves de las leyes y los usos aplicables en los conflictos armados que no sean de índole internacional, dentro del marco

(255) Artículos 8 2 c) En caso de conflicto armado que no sea de índole internacional, las violaciones graves del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, a saber, cualquiera de los siguientes actos cometidos contra personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa: i) Los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles y la tortura; ii) Los ultrajes contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes; iii) La toma de rehenes; iv) Las condenas dictadas y las ejecuciones sin previo juicio ante un tribunal regularmente constituido, con todas las garantías judiciales generalmente reconocidas como indispensables.

establecido de Derecho internacional, a saber, cualquiera de los actos siguientes:

- Dirigir intencionalmente ataques contra la población civil como tal o contra civiles que no participen directamente en las hostilidades.

- Dirigir intencionalmente ataques contra edificios, material, unidades y medios de transporte sanitarios y contra el personal que utilicen los emblemas distintivos de los Convenios de Ginebra de conformidad con el Derecho internacional.

- Dirigir intencionalmente ataques contra personal, instalaciones, material, unidades o vehículos participantes en una misión de mantenimiento de la paz o de asistencia humanitaria de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, siempre que tengan derecho a la protección otorgada a civiles o bienes civiles con arreglo al Derecho internacional de los conflictos armados.

- Dirigir intencionalmente ataques contra edificios dedicados a la religión, la educación, las artes, las ciencias o la beneficencia, los monumentos históricos, los hospitales y otros lugares en que se agrupa a enfermos y heridos, a condición de que no sean objetivos militares.

- Saquear una ciudad o plaza, incluso cuando es tomada por asalto.

- Cometer actos de violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual que constituya también una violación grave del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra.

- Reclutar o alistar niños menores de 15 años en las fuerzas armadas o grupos o utilizarlos para participar activamente en hostilidades.

- Ordenar el desplazamiento de la población civil por razones relacionadas con el conflicto, a menos que así lo exija la seguridad de los civiles de que se trate o por razones militares imperativas.

- Matar o herir a traición a un combatiente adversario.

- Declarar que no se dará cuartel.

- Someter a las personas que estén en poder de otra parte en el conflicto a mutilaciones físicas o a experimentos médicos o científicos

de cualquier tipo que no estén justificados en razón del tratamiento médico, dental u hospitalario de la persona de que se trate ni se lleven a cabo en su interés, y que provoquen la muerte o pongan gravemente en peligro su salud.

- Destruir o apoderarse de bienes de un adversario, a menos que las necesidades del conflicto lo hagan imperativo.

Como límite se establece que el párrafo 2 e) del artículo 8 del Estatuto se aplica a los conflictos armados que no son de índole internacional. No se aplica a las situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores, como motines, los actos esporádicos y aislados de violencia u otros actos análogos. Se aplica a los conflictos armados que tienen lugar en el territorio de un Estado cuando existe un conflicto armado prolongado entre las autoridades gubernamentales y grupos armados organizados o entre tales grupos.

X. Las penas

A diferencia de otros instrumentos internacionales, en el Estatuto de Roma sí se han establecido las sanciones por los crímenes de competencia de la Corte.

Las penas aplicables son:

- La reclusión por un número determinado de años que no exceda de 30 años. Por ejemplo en el caso Lubanga la CPI le impuso una reclusión de 14 años.

- La reclusión a perpetuidad cuando lo justifiquen la extrema gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado.

Acumulativamente la Corte podrá imponer:

Una multa con arreglo a los criterios enunciados en las reglas de procedimiento y prueba.

El decomiso del producto, los bienes y los haberes procedentes directa o indirectamente de dicho crimen, sin perjuicio de los derechos de terceros de buena fe (art. 77).

1. Reparación a las víctimas

El Estatuto incorpora como sujeto procesal a las víctimas que pueden presentarse directamente o a través de sus apoderados. Si hay condena y se

probaron los daños, la Corte establecerá cómo se aplicará la reparación, restitución, indemnización y la rehabilitación que corresponda, a las víctimas o a sus causahabientes.

La Corte, antes de tomar una decisión respecto de reparaciones podrá solicitar y tendrá en cuenta las observaciones formuladas por el condenado, las víctimas, otras personas o Estados que tengan un interés (art. 75).

XI. Corte Penal Internacional y reglas del proceso

La aplicación del Derecho Penal sustantivo internacional se realiza a través del Derecho procesal, que contiene principios, reglas y procedimientos y que deben discurrir en una estructura orgánica.

1. Competencia

La competencia material de la Corte será únicamente respecto de crímenes cometidos después de la entrada en vigor del Estatuto de Roma, de tal forma que su radio de acción es a hechos posteriores a su vigencia (art. 11.1).

Pude darse el caso que un Estado se hace parte del Estatuto de Roma después de su entrada en vigor. La Corte podrá ejercer su competencia únicamente con respecto a los crímenes cometidos después de la entrada en vigencia del Estatuto respecto de ese Estado, a menos que este haya hecho una declaración aceptando la competencia para hechos anteriores al momento que se hizo parte del Estatuto (art. 12.2).

2. Condiciones previas para el ejercicio de la competencia

El Estado que forma parte del Estatuto de Roma se obliga a la competencia de la Corte respecto de los crímenes internacionales tipificados en dicha norma.

Si un Estado parte remite al fiscal de la CPI información para que investigue o este inicia de oficio una investigación la Corte asumirá competencia. Se entiende por ejemplo que el Estado parte está declinando competencia a favor de la Corte porque pudo haber realizado la investigación directamente. En la remisión se especificarán las circunstancias pertinentes y se adjuntará la documentación justificativa que disponga el Estado denunciante (art. 14).

Será competente la CPI si el crimen se ha cometido en el Estado Parte o se hubiere cometido a bordo de un buque o de una aeronave, el Estado de matrícula del buque o la aeronave, o el imputado sea nacional de un Estado parte.

Puede darse el caso del juzgamiento de hechos sucedidos en un Estado que no sea parte en el Estatuto. El Estado podrá, mediante declaración depositada en poder del Secretario, consentir en que la Corte ejerza su competencia respecto del crimen de que se trate. El Estado aceptante cooperará con la Corte sin demora ni excepción (art. 12 del Estatuto). Si esto no fuera así el procesado podrá plantear una excepción de incompetencia.

Otra forma de ejercer la competencia se da cuando el Consejo de Seguridad, actuando con arreglo a lo dispuesto en el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, remite al fiscal una situación en que parezca haberse cometido uno o varios de esos crímenes (art. 13 b).

3. Actuación del fiscal frente a un posible crimen internacional

El fiscal es el titular de la acción penal internacional con facultades para iniciar de oficio una investigación por crímenes de competencia de la CPI, así como solicitar la sanción respectiva. Representa a la humanidad en juicio.

El fiscal está obligado a examinar la veracidad de la información que ha recibido. Tiene facultad para recabar más información de los Estados, los órganos de las Naciones Unidas, las organizaciones intergubernamentales o no gubernamentales u otras fuentes que considere apropiadas y podrá recibir testimonios escritos u orales en la sede de la Corte.

Luego del examen preliminar el fiscal puede llegar a la conclusión de que la información presentada no constituye fundamento suficiente para una investigación, e informará de ello a los denunciantes; pero si en la indagación preliminar llega a la conclusión que existe fundamento suficiente para abrir una investigación el fiscal presentará a la Sala de Cuestiones Preliminares una petición de autorización. Adjuntará la información que haya reunido. Las víctimas pueden presentar observaciones a la Sala de Cuestiones Preliminares, se entiende para reforzar la apertura de investigación. Si hay elementos de convicción suficiente la Sala de Cuestiones Preliminares autorizará el inicio de la investigación.

La negativa de autorizar el inicio de la investigación no impedirá que el fiscal presente ulteriormente otra petición basada en nuevos hechos o pruebas relacionados con la misma situación (art. 15 del Estatuto).

4. Cuestiones de admisibilidad

La Corte tiene facultad para poder calificar petitorios, es decir admitirlos o no. La CPI resolverá la inadmisibilidad cuando:

- El asunto sea objeto de una investigación o enjuiciamiento por un Estado que tenga jurisdicción sobre él salvo que este no esté dispuesto a llevar a cabo la investigación o el enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo. Aquí opera el principio *ne bis in idem*. Nadie puede ser juzgado paralelamente por los mismos hechos.

- El asunto haya sido objeto de investigación por un Estado que tenga jurisdicción sobre él y este haya decidido no incoar acción penal contra la persona de que se trate, salvo que la decisión haya obedecido a que no esté dispuesto a llevar a cabo el enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo. Lo que aquí prima es la seguridad jurídica. Si no inicio acción penal, la CPI no podría tener competencia sobre el mismo hecho. La excepción es que el Estado no está dispuesto a juzgar o no pueda hacerlo por imposibilidad material.

- La persona de que se trate haya sido ya enjuiciada por la conducta a que se refiere la denuncia.

- El asunto no sea de gravedad suficiente para justificar la adopción de otras medidas por la Corte.

La Corte podrá admitir las causas cuando concluya:

- Que el Estado parte está realizando un juicio con la finalidad de sustraer a la persona de su responsabilidad por crímenes de competencia de la CPI. Esto en la línea de evitar la impunidad.

- Que haya demora injustificada del juicio con la intención que la persona no comparezca en juicio.

- Que el proceso no haya sido o no esté siendo sustanciado de manera independiente o imparcial.

- El sistema de administración de justicia del Estado parte ha colapsado perdiendo capacidad para investigar o enjuiciar un crimen de competencia de la CPI (art. 17).

Uno de los principios de la CPI es que es complementaria de las jurisdicciones nacionales. Si hay una petición de investigación de oficio por parte de la fiscalía, la CPI notificará al Estado donde podría también llevarse la investigación. Si el Estado parte decide investigar y procesar en su jurisdicción interna podrá solicitar que la fiscalía de la CPI se inhiba.

5. Impugnación de la competencia de la Corte o de la admisibilidad de la causa

La CPI tiene que controlar su competencia en todas las causas que le sean sometidas.

Las partes que tienen derecho a impugnar la competencia son:

a) El acusado o la persona contra la cual se haya dictado una orden de detención o una orden de comparecencia.

b) Un Estado que tenga jurisdicción en la causa porque está investigándola o enjuiciándola o lo ha hecho antes.

c) Un Estado que no siendo parte, se requiera su aceptación (art. 19).

En el Estatuto se hace una distinción entre cuestión de competencia y de admisibilidad. La cuestión de competencia material como presupuesto procesal radica si es que la Corte está habilitada por el Estatuto para conocer de determinado crimen. Podría darse el caso de competencia en razón de tiempo y vemos que aun siendo un crimen tipificado por el Estatuto de Roma, estos han sido antes de su entrada en vigencia, por lo que la CPI seria incompetente.

La Corte puede tener competencia; pero puede no admitir una causa si esta ya es materia de procesamiento en una jurisdicción nacional. Es en este caso que estamos ante una cuestión de inadmisibilidad.

6. Derecho aplicable

En el Estatuto se precisa qué derecho debe aplicarse para la investigación y procesamiento de crímenes de competencia de la CPI.

- El Estatuto, los elementos de los crímenes y sus reglas de procedimiento y prueba. Estos cuerpos legales en sus aspectos sustantivos y procesales se examinan en este trabajo.

- Los tratados aplicables vinculados a derechos humanos y persecución de crímenes internacionales.

- Principios y normas del Derecho internacional, incluidos los principios establecidos del Derecho internacional de los conflictos armados.

- Los principios generales del Derecho que derive la Corte del derecho interno de los sistemas jurídicos del mundo, incluido, cuando proceda,

el derecho interno de los Estados que normalmente ejercerían jurisdicción sobre el crimen, siempre que esos principios no sean incompatibles con el Estatuto ni con el Derecho internacional ni las normas y estándares internacionalmente reconocidos.

- Precedentes jurisprudenciales en los que la Corte hubiese realizado interpretaciones de principios y normas de derecho.

- La aplicación e interpretación del Derecho deberá ser compatible con los derechos humanos internacionalmente reconocidos.

- En la aplicación e interpretación no se hará distinción alguna basada en motivos como el género, la edad, la raza, el color, el idioma, la religión o el credo, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, el nacimiento u otra condición (art. 21 del Estatuto).

XII. Estructura orgánica

1. Composición y administración de la Corte

Son órganos de la CPI:

- La Presidencia.

- Una sección de apelaciones, una sección de primera instancia y una sección de cuestiones preliminares.

- La fiscalía.

- La secretaría (art. 34).

2. Los magistrados

Son profesionales que realizan la labor jurisdiccional en la CPI, tienen un régimen de dedicación exclusiva y estarán disponibles para desempeñar su cargo en ese régimen desde que comienza su mandato (art. 35). Son en número 18, el mandato dura 9 años y no hay reelección.

Los magistrados que constituyan la presidencia desempeñarán sus cargos en régimen de dedicación exclusiva tan pronto como sean elegidos.

3. Requisitos para ser magistrados

- Personas de alta consideración moral, imparcialidad e integridad que reúnan las condiciones requeridas para el ejercicio de las más altas funciones judiciales en sus respectivos países.

- Reconocida competencia en Derecho y procedimiento penales y la necesaria experiencia en causas penales en calidad de magistrado, fiscal, abogado u otra función similar.

- Reconocida competencia en materias pertinentes de Derecho internacional, como Derecho internacional humanitario y las normas de derechos humanos, así como gran experiencia en funciones jurídicas profesionales que tengan relación con la labor judicial de la Corte.

- Excelente conocimiento y dominio de por lo menos uno de los idiomas de trabajo de la Corte (árabe, chino, español, francés, inglés o ruso).

Los candidatos son propuestos por los Estados parte y elegidos por votación secreta en una sesión de la Asamblea de los Estados partes. Serán elegidos los 18 candidatos que obtengan el mayor número de votos y una mayoría de dos tercios de los Estados partes presentes y votantes.

Para la selección los Estados partes tendrán en cuenta la necesidad de que en la composición de la Corte haya:

- Representación de los principales sistemas jurídicos del mundo.

- Distribución geográfica equitativa.

- Representación equilibrada de magistrados mujeres y hombres (art. 36).

4. Presidencia

Los magistrados serán elegidos como presidente, vicepresidente primero y vicepresidente segundo por mayoría absoluta de los magistrados. El periodo de desempeño es de tres años.

Son funciones del presidente la correcta administración de la Corte, con excepción de la fiscalía.

5. Los órganos jurisdiccionales

Las salas

Para componer las Salas se formaran secciones por especialidad.

La sección de apelaciones se compondrá del presidente y otros cuatro magistrados.

La sección de primera instancia de no menos de seis magistrados.

La sección de cuestiones preliminares de no menos de seis magistrados.

Los magistrados serán asignados a las secciones según la naturaleza de las funciones que corresponderán a cada una y sus respectivas calificaciones y experiencia, de tal forma que en cada sección haya una combinación apropiada de especialistas en Derecho y procedimiento penales y en Derecho internacional.

La sección de primera instancia y la sección de cuestiones preliminares estarán integradas predominantemente por magistrados que tengan experiencia en procedimiento penal.

La sala de apelaciones se compondrá de todos los magistrados de la sección de apelaciones.

Las funciones de la sala de primera instancia serán realizadas por tres magistrados de la sección de primera instancia.

Las funciones de la sala de cuestiones preliminares serán realizadas por tres magistrados de la sección de cuestiones preliminares o por un solo magistrado de dicha sección.

Los magistrados asignados a la sección de apelaciones desempeñarán el cargo en esa sección durante todo su mandato (art. 39).

6. Independencia de los magistrados

La conformación de este tribunal por los Estados partes no implica que se encuentren sujetos a algún mandato de estos. Por ello se garantiza su independencia en el desempeño de sus funciones.

Los magistrados no realizarán actividad alguna que pueda ser incompatible con el ejercicio de sus funciones judiciales o menoscabar la confianza en su independencia. Por ello su función es exclusiva y excluyente.

En caso que exista una causa que menoscabe su imparcialidad el magistrado puede ser recusado.

7. La fiscalía

La fiscalía actúa en forma independiente como órgano separado de la CPI.

Está encargada de recibir remisiones e información corroborada sobre crímenes de la competencia de la Corte para examinarlas y realizar investigaciones o ejercitar la acción penal ante la Corte.

Se garantiza su independencia pues la fiscalía no solicitará ni cumplirá instrucciones de fuentes ajenas a la Corte.

El fiscal tiene plena autoridad para dirigir y administrar la fiscalía, con inclusión del personal, las instalaciones y otros recursos.

El fiscal contará con el apoyo de fiscales adjuntos, y tendrán que ser de diferentes nacionalidades y desempeñarán su cargo en régimen de dedicación exclusiva.

El fiscal y los fiscales adjuntos serán personas que gocen de alta consideración moral, que posean un alto nivel de competencia y tengan extensa experiencia práctica en el ejercicio de la acción penal o la sustanciación de causas penales. Además deberán tener un bien dominio de por lo menos uno de los idiomas de trabajo de la CPI.

La elección del fiscal es en votación secreta y por mayoría absoluta de los miembros de la Asamblea de los Estados partes. Los fiscales adjuntos serán propuestos por el fiscal como su equipo y serán elegidos por la Asamblea.

La función de los fiscales es a exclusividad. Si hay causal de parcialidad podrán ser recusados (art. 42).

8. La secretaría

Es dirigida por el secretario y es el principal funcionario administrativo que depende del Presidente de la CPI. Es el encargado de los aspectos no judiciales de la administración de la Corte y de prestarle servicios.

El secretario y su secretario adjunto deben ser personas de solvencia moral y un nivel de competencia en administración, además de un excelente conocimiento y dominio de idiomas. Son elegidos por los magistrados por mayoría absoluta y en secreto. Su periodo dura cinco años.

El secretario establecerá una dependencia de víctimas y testigos dentro de la secretaría. En consulta con la fiscalía, adoptará medidas de protección y dispositivos de seguridad y prestará asesoramiento y otro tipo de asistencia a testigos y víctimas que comparezcan ante la Corte (art. 43).

9. Causales de separación de funcionarios

Los supuestos para separar un magistrado, el fiscal, un fiscal adjunto, el secretario o el secretario adjunto son los siguientes:

- Incurrir en falta grave o en incumplimiento grave de las funciones que le confiere el Estatuto y según lo establecido en las reglas de procedimiento y prueba.

- Estar imposibilitado de desempeñar las funciones descritas en el Estatuto.

La separación del cargo a un magistrado, el fiscal o un fiscal adjunto de conformidad será adoptada por la Asamblea de los Estados partes en votación secreta (art. 46).

Si son infracciones menos graves se le impondrán medidas disciplinarias.

10. Privilegios e inmunidades

Los magistrados, el fiscal, los fiscales adjuntos y el secretario, cuando actúen en el desempeño de sus funciones tendrán de los mismos privilegios e inmunidades reconocidos a los jefes de las misiones diplomáticas. Al finalizar su mandato, seguirán gozando de absoluta inmunidad judicial por las declaraciones hechas oralmente o por escrito y los actos realizados en el desempeño de sus funciones oficiales (art. 48 del Estatuto).

XIII. Juzgamiento

1. La investigación

El fiscal de la CPI al tener la noticia criminal deberá iniciar una especie de investigación preliminar aunque puede optar por no hacerlo cuando considere razonablemente que no hay delito. Es el titular de la acción penal internacional.

Para decidir si hay sustento para investigar el fiscal deberá tomar en cuenta las siguientes reglas:

- La información tiene elementos para razonablemente inferir que se ha cometido o está cometiendo un crimen de competencia de la CPI.

- La causa es admisible.

- Si un Estado parte que tenga jurisdicción sobre un crimen internacional no dese proseguir la investigación y juzgamiento.

- Existen razones sustanciales para creer que, aun teniendo en cuenta la gravedad del crimen y los intereses de las víctimas, una investigación no redundaría en interés de la justicia.

Si el fiscal, decide que no hay fundamento razonable para proceder a la investigación lo comunicará a la Sala de Cuestiones Preliminares.

2. Luego de la investigación

El fiscal puede llegar a la conclusión que no hay fundamento suficiente para el enjuiciamiento, si es que considera las siguientes situaciones:

- No existe una base suficiente de hecho o de derecho para pedir una orden de detención o de comparecencia de conformidad.

- La causa es inadmisible.

- El enjuiciamiento no redundaría en interés de la justicia, teniendo en cuenta todas las circunstancias, entre ellas la gravedad del crimen, los intereses de las víctimas y la edad o enfermedad del presunto autor y su participación en el presunto crimen.

A petición del Estado que haya remitido el asunto o del consejo de seguridad, la sala de cuestiones preliminares podrá examinar la decisión del fiscal de no proceder a la investigación y podrá solicitarle al Fiscal que reconsidere esa decisión.

- La sala de cuestiones preliminares tiene facultades de oficio para revisar una decisión del fiscal de no proceder a la investigación. La decisión del fiscal únicamente surtirá efecto si es confirmada por la sala de cuestiones preliminares.

- El fiscal tiene potestad para reconsiderar en cualquier momento su decisión de no iniciar una investigación o enjuiciamiento, sobre la base de nuevos hechos o nuevas informaciones (art. 53).

El principio acusatorio se pone en cuestión en estas reglas de revisión de las decisiones del fiscal, se hace referencia a "recomendaciones" al fiscal, entendiéndose entonces que este no está obligado a actuar como se lo solicita el órgano jurisdiccional, pues se quebraría su independencia y desde los jueces la imparcialidad.

3. Funciones y atribuciones del fiscal

El Estatuto le otorga un conjunto de facultades al fiscal para que realice su misión de investigar y perseguir el delito. Además cuenta con obligaciones que debe observar en el ejercicio funcional. Estas son las siguientes:

- Ampliará la investigación para determinar si hay responsabilidad penal. Investigará la existencia de circunstancias incriminantes como las eximentes. Esto bajo una regla de objetividad y no arbitrariedad.

- Adoptará medidas adecuadas para asegurar la eficacia de la investigación y el enjuiciamiento de los crímenes de la competencia de la Corte.

- Deberá respetar los intereses y las circunstancias personales de víctimas y testigos, teniendo como referencia edad, género, y la salud. Debe tener en cuenta la naturaleza de los crímenes, en particular los de violencia sexual, violencia por razones de género y violencia contra los niños. Esto es sumamente importante en una línea de no victimización.

- Respetará plenamente los derechos que tienen los sujetos procesales.

- Cuando se trate de encontrar evidencias en otro Estado podrá realizar investigaciones en el territorio de aquel.

Con autorización de la Sala de Cuestiones Preliminares el fiscal podrá:

- Reunir y examinar pruebas.

- Hacer comparecer e interrogar a las personas objeto de investigación, las víctimas y los testigos.

- Solicitar la cooperación de un Estado u organización o acuerdo intergubernamental de conformidad con su respectiva competencia o mandato.

- Concertar las disposiciones o los acuerdos compatibles con el Estatuto que sean necesarios para facilitar la cooperación con un Estado, una organización intergubernamental o una persona.

- Convendrá en que no divulgar en ninguna etapa del procedimiento los documentos o la información que obtenga a condición de preservar su carácter confidencial y únicamente a los efectos de obtener nuevas pruebas. Si el facilitador de la información da su consentimiento se podrá divulgar.

- Adoptar o pedir que se adopten las medidas necesarias para asegurar el carácter confidencial de la información, la protección de una persona o la preservación de las fuentes de pruebas (art. 54).

4. Derechos de las personas durante la investigación

El Estatuto recoge un conjunto de derechos y garantías para las personas que se encuentren dentro de una investigación en la calidad que sea, imputado, testigo, perito o víctima. Estas son compatibles con tratados internacionales de derechos humanos. Los derechos reconocidos son:

- Nadie será obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable. Es el derecho a no autoincriminarse.

- Nadie será sometido a forma alguna de coacción, intimidación o amenaza, a torturas ni a otros tratos o castigos crueles, inhumanos o degradantes. Realizar estos actos lesivos implica que las pruebas adquieran la calidad de prohibidas o ilícitas que no tendrán validez en juicio.

- Quien deba ser interrogado en un idioma que no sea el que comprende y habla perfectamente contará, sin cargo alguno, con los servicios de un intérprete competente y las traducciones que sean necesarias a los efectos de cumplir el requisito de equidad. Es el reconocimiento del idioma del investigado, y su derecho de defensa. Si no se cubre esta situación con un traductor es probable que se invalide la fuente de prueba.

- Nadie será sometido a arresto o detención arbitrarios ni será privado de su libertad salvo por los motivos previstos en el Estatuto y de conformidad con los procedimientos establecidos en él (art. 55). La adopción de medidas cautelares personales contra un investigado debe ser con base en el respeto escrupuloso de las reglas de jurisdiccionalidad, legalidad, necesidad, temporalidad y proporcionalidad.

Una persona sospechosa de un crimen de competencia de la CPI si es que va a ser interrogada por el fiscal o autoridades nacionales en cumplimiento de

una solicitud de cooperación tendrá los siguientes derechos que les serán informados antes del interrogatorio:

- Ser informada de que existen motivos para estimar que ha cometido un crimen de la competencia de la CPI.

- Guardar silencio, sin que ello pueda tenerse en cuenta a los efectos de determinar su culpabilidad o inocencia. Nadie puede obligarlo a hablar. De la negativa a manifestar algo relacionado al hecho investigado no puede ser tomado en contra del imputado.

- Ser asistida por un abogado defensor de su elección o, si no lo tuviere, a que se le asigne un defensor de oficio, siempre que fuere necesario en interés de la justicia y, en cualquier caso, sin cargo si careciere de medios suficientes. Es imprescindible que el imputado tenga defensa técnica para poder enfrentar una acusación.

- Ser interrogada en presencia de su abogado, a menos que haya renunciado voluntariamente a su derecho a asistencia letrada (art. 56). Esto último debe ponderarse adecuadamente porque si no se estaría dejando en indefensión a una persona y no se ejercería adecuadamente un contradictorio.

5. Facultades del fiscal en situaciones de urgencia

El fiscal, cuando considere que se presenta una oportunidad única de proceder a una investigación, que tal vez no se repita a los fines de un juicio, de recibir el testimonio o la declaración de un testigo o de examinar, reunir o verificar pruebas, lo comunicará a la Sala de cuestiones preliminares. Se trata de lo que en doctrina se conoce como prueba anticipada.

La Sala a petición del fiscal, podrá adoptar las medidas que sean necesarias para velar por la eficiencia e integridad de las actuaciones y proteger los derechos de la defensa. Las medidas pueden ser:

- Formular recomendaciones o dictar ordenanzas respecto del procedimiento que habrá de seguirse.

- Ordenar que quede constancia de las actuaciones. Deberá documentarse en medios audio visuales.

- Nombrar a un experto para que preste asistencia como una suerte de perito.

- Autorizar al abogado defensor del detenido o de quien haya comparecido ante la Corte en virtud de una citación a que participe o, en caso de que aún no se hayan producido esa detención o comparecencia o no se haya designado abogado, a nombrar otro para que comparezca y represente los intereses de la defensa.

- Encomendar a uno de sus miembros o, a otro magistrado de la sección de cuestiones preliminares o la sección de primera instancia que formule recomendaciones o dicte ordenanzas respecto de la reunión y preservación de las fuentes de pruebas o del interrogatorio de personas.

Si no solicita las medidas el fiscal, la Sala le consultará si se justificaba no haberlas solicitado. La Sala podrá adoptar de oficio esas medidas si, tras la consulta, llegare a la conclusión de que no había justificación para no solicitarlas. Hay pues un control jurisdiccional de la fiscalía, pero este si considera que la Sala injustificadamente invade sus fueros puede apelar la decisión de dictar medidas de oficio.

6. Funciones y atribuciones de la Sala de Cuestiones Preliminares

En la etapa de investigación hay un rol de intervención y de control de esta Sala por lo que es menester conocer cuáles son sus potestades (art. 57).

- Las decisiones se adoptan por mayoría.

- Es posible que en otros casos un magistrado de la Sala de cuestiones preliminares podrá ejercer funciones de la Sala en una suerte de delegación.

La Sala de cuestiones preliminares podrá:

- A petición del fiscal, dictar las providencias y órdenes que sean necesarias a los fines de una investigación.

- A petición de quien haya sido detenido o haya comparecido en virtud de una orden de comparecencia dictar esas órdenes, incluidas medidas para documentar los actos o preservar el derecho a la defensa del imputado.

- Si es necesario, podrá asegurar la protección y el respeto de la intimidad de víctimas y testigos, la preservación de fuentes de pruebas, la protección de personas detenidas o que hayan comparecido en virtud

de una orden de comparecencia, o la protección de información que afecte a la seguridad nacional.

- Autorizar al fiscal a adoptar determinadas medidas de investigación en el territorio de un Estado parte sin haber obtenido la cooperación de este por no estar en condiciones de cumplir. Puede darse el supuesto de ineficacia o colapso de la jurisdicción nacional que le impide cooperar con la fiscalía de la CPI.

- Cuando se haya dictado una orden de detención o de comparecencia y habida cuenta del valor de las pruebas y de los derechos de las partes de que se trate, recabara la cooperación de los Estados para adoptar medidas cautelares a los efectos de un decomiso que, en particular, beneficie en última instancia a las víctimas (art. 57).

XIV. Medidas cautelares personales

La Sala de cuestiones preliminares bajo la regla de jurisdiccionalidad puede dictar medidas cautelares personales contra investigados por delitos de competencia de la CPI.

Está legitimado para realizar la petición la fiscalía (art. 58). La Sala para dictar una detención deberá persuadirse de lo siguiente:

- Que hay motivo razonable para creer que ha cometido un crimen de la competencia de la CPI, el *fumus comissi delicti* o apariencia del derecho.

- Que la detención parezca necesaria para:

  a) Asegurar que la persona comparezca en juicio.

  b) Asegurar que la persona no obstruya ni ponga en peligro la investigación ni las actuaciones de la Corte.

  c) Impedir que la persona siga cometiendo ese crimen o un crimen conexo que sea de la competencia de la Corte y tenga su origen en las mismas circunstancias.

1. Trámite

Formalmente en la solicitud el fiscal consignará:

a) Nombre de la persona o sus generales de ley que sirva para su identificación. Esto es básico para que se sepa contra que persona se dirige la acción penal.

b) Referencia expresa al crimen de la competencia de la Corte que presuntamente haya cometido. Para poder determinar si es competente la CPI para dictar medidas cautelares.

c) Descripción de los hechos que presuntamente constituyan esos crímenes.

d) Las evidencias o cualquier otra información que constituya motivo razonable para creer que la persona cometió esos crímenes (apariencia de derecho).

e) La razón por la cual el fiscal crea necesaria la detención (motivos de urgencia por ejemplo).

Si la Sala estima otorgar la detención solicitada por la fiscalía dictará la resolución correspondiente que reproducirá la información presentada por la fiscalía como los datos de la persona, la referencia del crimen, la descripción resumida de los hechos. Consideramos que la detención deberá ser justificada toda vez que se le exige a la fiscalía las razones para solicitar la detención, es decir que esta debe ser motivada. La orden de detención no caduca pues así lo determina el artículo 58.4 que señala que solo puede levantarse por disposición de la Sala.

El fiscal tiene la potestad de solicitar a la Sala de cuestiones preliminares que enmiende la orden de detención para modificar la referencia al crimen indicado en esta o agregar otros. La decisión la debe tomar la Sala que podrá aceptar si se convence que hay motivos para considerar que ha cometido los delitos adicionales, o de lo contrario podrá denegar la petición de la fiscalía.

2. Comparecencia

La orden de detención debe siempre considerarse como medida excepcional. En este sentido el fiscal podrá pedir a la Sala de cuestiones preliminares que en vez de una orden de detención, dicte una orden de comparecencia. La Sala si cree que hay elementos de comisión de ilícito (*fumus comissi delicti*) pero que basta una orden de comparecencia para asegurar que asista cuando sea llamado dictará, con o sin las condiciones limitativas de la libertad. Es lo que se conoce como comparecencia simple (sin reglas de conducta) o restrictiva (con limitación de derechos).

La orden de comparecencia contendrá:

- El nombre de la persona y otros datos que permitan su identificación.
- La fecha de la comparecencia.
- Una referencia expresa al crimen de la competencia de la Corte que presuntamente haya cometido.
- Una descripción concisa de los hechos que presuntamente constituyan esos crímenes.

3. Ejecución de la orden de detención

Dentro del respeto a los derechos de quien se ha ordenado su captura, el Estatuto ha previsto reglas para su ejecución. En principio oficiara al Estado parte para la detención que deberá adoptar las medidas necesarias para su ejecución.

Si la persona es detenida deberá ser llevada sin demora ante la autoridad judicial competente del Estado de detención, que determinará si, de conformidad con el Derecho de ese Estado:

a) La orden le es aplicable.

b) La detención se llevó a cabo conforme a derecho.

c) Se han respetado los derechos del detenido.

El detenido tiene derecho a solicitar de la autoridad competente del Estado de detención la libertad provisional antes de su entrega a la CPI. El Estado correrá traslado de esta petición a la Sala de cuestiones preliminares, que hará recomendaciones a la autoridad competente que deberá tomar en cuenta al momento de resolver. La libertad provisional podrá darse si hay una justificación que garantice que el Estado puede cumplir su obligación de entregar la persona a la Corte y se dicten medidas para impedir la evasión de la persona.

4. Entrega del imputado a la CPI

Cuando el imputado haya sido entregado a la Corte o comparecido voluntariamente o en cumplimiento de una orden de comparecencia, la Sala de cuestiones preliminares se asegurará de que ha sido informado de los crímenes que le son imputados y de los derechos que le reconoce el Estatuto, incluido el de pedir la libertad provisional. El conocimiento de los cargos es de

primera importancia toda vez que le permite ir preparando su defensa para enfrentar la imputación.

La persona detenida puede pedir la libertad provisional. Si la Sala de cuestiones preliminares considera que hay peligro en la demora mantendrá la detención, de lo contrario pondrá en libertad al detenido, con o sin condiciones. La detención o la comparecencia serán revisadas periódicamente por la Sala a petición del fiscal o del detenido (art. 60).

La medida cautelar está sujeta a la cláusula *rebus sic stantibus*.

La detención no pueda ser prolongada, por ello la Sala se asegurará de que la detención en espera de juicio no se prolongue excesivamente a causa de una demora inexcusable del fiscal. Si hay demora la Corte considerará la posibilidad de poner en libertad al detenido, con o sin condiciones. Es lo que se conoce como derecho al plazo razonable. Como no hay regla tasada la decisión de cuanto se está ante una demora injustificada corresponde a la Sala.

5. Audiencia preliminar

Luego de la entrega del detenido y dentro de un plazo razonable la Sala de cuestiones preliminares celebrará una audiencia para confirmar los cargos sobre la base de los cuales el fiscal tiene la intención de pedir el procesamiento. La audiencia se celebrará en presencia del fiscal y del imputado, así como de su abogado defensor.

También a solicitud del fiscal o de oficio, podrá celebrar una audiencia en ausencia del acusado para confirmar los cargos en los cuales el fiscal se basa para pedir el enjuiciamiento cuando el imputado:

a) Haya renunciado a su derecho a estar presente.

b) Haya huido o no sea posible encontrarlo y se hayan tomado todas las medidas razonables para asegurar su comparecencia ante la Corte e informarle de los cargos y de que se celebrará una audiencia para confirmarlos.

En este supuesto el imputado estará representado por un defensor de oficio cuando la Sala resuelva que ello redunda en interés de la justicia.

Antes de la audiencia se debe proporcionar al imputado un ejemplar del documento en que se formulen los cargos y de las pruebas que el fiscal se proponga presentar en la audiencia. Esto en la línea de conocer cuál es la imputación que tiene en aras de preparar la estrategia de defensa.

El fiscal hasta antes de la audiencia, puede continuar la investigación y modificar o retirar los cargos. Se dará al imputado aviso con antelación razonable a la audiencia de cualquier modificación de los cargos o de su retiro.

Si el fiscal retira los cargos, comunicará las razones a la Sala de cuestiones preliminares.

Realmente lo que la Sala hace es controlar la existencia de causa probable pues puede aprobar como denegar el procesamiento.

6. La audiencia

En la audiencia, el fiscal presentará respecto de cada cargo pruebas suficientes de que hay motivos fundados para creer que el imputado cometió el crimen que se le imputa. El fiscal podrá presentar pruebas documentales o un resumen de las pruebas y no será necesario que llame a los testigos que han de declarar en el juicio.

Frente a la imputación del fiscal el presunto autor podrá:

a) Impugnar los cargos. Esto lo entendemos en el ámbito de medios de defensa técnicos, por ejemplo cosa juzgada, o el crimen no es de competencia de la CPI.

b) Impugnar las pruebas presentadas por el fiscal. Puede cuestionar la licitud, como prueba prohibida, o la impertinencia respecto de los cargos.

c) Ofrecer pruebas para su defensa. Esta fase permite realizar el ofrecimiento probatorio y la calificación o admisión le corresponde a la Sala.

En un control del acto postulatorio del fiscal, la Sala de cuestiones preliminares determinará, si existen pruebas suficientes de que hay motivos fundados para creer que el imputado cometió cada crimen que se le imputa. Si esto es así tiene la opción de confirmar los cargos respecto de los cuales haya determinado que existen pruebas suficientes y asignará al acusado a una Sala de primera instancia para su enjuiciamiento por los cargos confirmados.

Otra opción es no confirmar los cargos respecto de los cuales haya determinado que las pruebas son insuficientes. Si decide en esta dirección levantará la audiencia y pedirá al fiscal que considere la posibilidad de:

- Presentar nuevas pruebas o llevar a cabo nuevas investigaciones en relación con un determinado cargo.

- Modificar un cargo en razón de que las pruebas presentadas parecen indicar la comisión de un crimen distinto que sea de la competencia de la Corte.

Si Sala de cuestiones preliminares no confirma un cargo por parte de la Sala de cuestiones preliminares no será obstáculo para que el fiscal la pida nuevamente con la condición que presente pruebas adicionales (art. 61).

7. Acusación ampliada

Posterior a la confirmación de los cargos y antes de comenzar el juicio, el Fiscal, con autorización de la Sala de cuestiones preliminares y previa notificación al acusado, podrá modificar los cargos. Si el fiscal se decide por presentar nuevos cargos o sustituirlos por otros más graves, deberá pedir una audiencia para confirmarlos, lo cual tiene sentido porque la Sala tendría nuevamente que hacer su rol de filtro. Una vez comenzado el juicio, el fiscal, con autorización de la Sala de primera instancia, podrá retirar los cargos (art. 61.1). Esto es fundamental para mantener la regla de congruencia o correlación entre acusación y fallo.

Confirmados los cargos, la presidencia constituirá una Sala de primera instancia que se encargará de la siguiente fase del procedimiento y podrá ejercer las funciones de la Sala de cuestiones preliminares que sean pertinentes y apropiadas en ese procedimiento, para evitar la dispersión del proceso.

XV. El juicio

Se ha estructurado un juicio que respete los derechos de las partes procesales y en el que se aplican los principios de oralidad, publicidad, contradicción e inmediación. También se considera la presunción de inocencia como derecho del imputado, que se desvanecerá cuando se pruebe su culpabilidad ante la Corte de conformidad con el derecho aplicable (art. 66.1) y es responsabilidad del fiscal probar la culpabilidad del acusado, pues sigue siendo considerado como titular de carga de la prueba.

Como regla de valoración de la prueba y sustento de la sentencia condenatoria, la Corte deberá estar convencida de la culpabilidad del acusado más allá de toda duda razonable, es decir deberá pasar desde un estado de

probabilidad de comisión de ilícito a un grado de certeza positivo que pueda sustentar la condena.

Los juicios serán llevados en la sede de la CPI en la ciudad de la Haya - Holanda. La CPI podría decidir que se lleve en otro lugar.

El juzgamiento se hará con presencia del acusado, a quien se le exige un comportamiento decoroso y respetuoso con la judicatura y las partes procesales.

La Sala de primera instancia tiene facultades disciplinarias pues si el acusado perturba el juicio puede ordenar que abandone el lugar donde se desarrolla. Para no recortar absolutamente su derecho puede observar el mismo empleando tecnologías de comunicación desde el que podrá enviar instrucciones a su abogado defensor. Las medidas se adoptarán únicamente en circunstancias excepcionales, después de que se haya demostrado que no hay otras posibilidades razonables y adecuadas, y únicamente durante el tiempo que sea estrictamente necesario (art. 63.2).

1. Funciones y atribuciones de la Sala de primera instancia

A esta Sala le corresponde dirigir el juzgamiento de una persona acusada por un delito de competencia de la CPI.

Está obligada por velar por que el juicio sea justo y expedito y se sustancie con pleno respeto de los derechos del acusado y teniendo en cuenta la protección de las víctimas y de los testigos.

La Sala de primera instancia que tenga a su cargo una causa podrá celebrar consultas con las partes y adoptar los procedimientos que sean necesarios para que el juicio se sustancie de manera justa y con celeridad.

Determinará el idioma o los idiomas que habrán de utilizarse en el juicio.

Dispondrá la divulgación de los documentos o de la información que no se hayan divulgado anteriormente, con suficiente antelación al comienzo del juicio como para permitir su preparación adecuada.

De acuerdo a la complejidad del caso podrá, indicar que se deberán acumular o separar los cargos cuando haya más de un acusado.

En la actuación o recepción probatoria tendrá las facultades de ordenar la comparecencia y la declaración de testigos y la presentación de documentos y otras pruebas recabando, de ser necesario, la asistencia de los Estados.

Podrá adoptar medidas para la protección de la información confidencial ordenar la presentación de pruebas adicionales[256] a las ya reunidas con antelación al juicio o a las presentadas durante el juicio por las partes adoptar medidas para la protección del acusado, de los testigos y de las víctimas.

El juicio es público pero la Sala de primera instancia podrá decidir que determinadas diligencias se efectúen en forma reservada debido a circunstancias especiales como casos de ultrajes sexuales que puedan afectar a las víctimas, o para proteger la información de carácter confidencial o restringida que haya de presentarse en la práctica de la prueba.

2. Inicio del juicio

El rituario es que la Sala de primera instancia dé lectura ante el acusado de los cargos confirmados anteriormente por la Sala de cuestiones preliminares. La Sala se cerciorará de que el acusado comprende la naturaleza de los cargos.

Se dará al acusado la oportunidad de declararse culpable o de declararse inocente. La declaración de culpabilidad tiene un procedimiento específico de control en el artículo 65 del Estatuto que veremos más adelante.

El presidente de la Sala puede impartir directivas para la sustanciación del juicio, con la finalidad que sea justo e imparcial. Con sujeción a estas directivas las partes podrán presentar pruebas. Consideramos que se deben estandarizar estas directivas en aras de la seguridad jurídica y la previsibilidad. La naturaleza o complejidad de los delitos serán determinantes para fijar las disposiciones del presidente de la Sala.

La Sala de primera instancia podrá, a petición de una de las partes o de oficio decidir sobre la admisibilidad o pertinencia de las pruebas (art. 64.9.a). Esta facultad no está muy clara porque el Estatuto confiere también esta facultad a la Sala de cuestiones preliminares. Entendemos entonces para no duplicar funciones que es sobre nuevos medios de prueba.

La documentación del caso se hará por el secretario que llevará y conservará un expediente completo del juicio, en el que se consignen fielmente las diligencias practicadas (art. 64.10). La idea también es que dada la trascendencia de los juicios se puedan documentar de forma audiovisual para la posteridad.

(256) Es la denominada prueba de oficio que este sistema internacional también tiene vigencia.

3. Control de la declaración de culpabilidad

Si el acusado acepta ser responsable de los delitos imputados la Sala deberá realizar la siguiente comprobación:

- Si el acusado comprende la naturaleza y las consecuencias de la declaración de culpabilidad.

- Si la declaración ha sido formulada voluntariamente tras suficiente consulta con el abogado defensor.

- Si la declaración de culpabilidad está corroborada por los hechos de la causa conforme a los cargos presentados por el fiscal y aceptados por el acusado; y otras pruebas, como declaraciones de testigos, ofrecidas por el fiscal o el acusado (art. 65).

Esta verificación es fundamental para que la Sala pueda condenar al acusado del delito que ha reconocido los cargos. Esto es sobre la base de la regla que es insuficiente la autoincriminación del acusado para fijar una condena si no hay corroboración con otras pruebas.

Si se da la situación que la Sala de primera instancia constata que no se cumplen las condiciones para aceptar la culpabilidad tendrá la declaración de responsabilidad por no formulada y, en ese caso, ordenará que prosiga el juicio con arreglo al procedimiento ordinario (art. 65.3).

La Sala de primera instancia, haciendo una especie de control de la acusación fiscal señala el Estatuto que cuando considere necesaria en interés de la justicia y en particular en interés de las víctimas, solicitará una presentación más completa de los hechos de la causa, para lo cual podrá:

- Pedir al fiscal que presente pruebas adicionales, como declaraciones de testigos.

- Ordenar que prosiga el juicio con arreglo al procedimiento ordinario y tendrá la declaración de culpabilidad por no formulada y podrá remitir la causa a otra Sala de primera instancia.

Lo que se advierte pues es que este no es un sistema acusatorio puro, sino mixto pues hay intervención jurisdiccional en forma de recomendaciones en el ámbito fiscal.

Si bien el procedimiento permite las consultas que celebren el fiscal y la defensa respecto de la modificación de los cargos, la declaración de culpabilidad

o la pena que habrá de imponerse (art. 65.5) no serán obligatorias para la Corte que las tomará como referencia pero no es vinculante ya que por encima esta la legalidad penal internacional.

XVI. Derechos del acusado en juicio

En este escenario el Estatuto le reconoce al acusado un conjunto de derechos (art. 67) como los siguientes.

- En la determinación de cualquier cargo, el acusado tendrá derecho a ser oído públicamente.

- Tendrá derecho a una audiencia justa e imparcial, así como a las siguientes garantías mínimas en pie de plena igualdad:

  a) A ser informado sin demora y en forma detallada, en un idioma que comprenda y hable perfectamente, de la naturaleza, la causa y el contenido de los cargos que se le imputan. Esto permite que tenga conocimiento de los cargos presentados en la acusación fiscal para refutarlos.

  b) A disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa.

  c) A comunicarse libre y confidencialmente con un defensor de su elección.

  d) A ser juzgado sin dilaciones indebidas, esto es dentro de un plazo razonable.

  e) El acusado tendrá derecho a hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistido por un defensor de su elección; a ser informado, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente si careciere de medios suficientes para pagarlo.

  f) A interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que estos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo. En esta se plasma la regla de contradictorio o refutación de los hechos imputados.

g) Puede presentar medios de defensa técnicos como oponer excepciones y a presentar cualquier otra prueba admisible.

h) A ser asistido gratuitamente por un intérprete competente y a obtener las traducciones necesarias para satisfacer los requisitos de equidad, si en las actuaciones ante la Corte o en los documentos presentados a la Corte se emplea un idioma que no comprende y no habla.

i) A no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable y a guardar silencio, sin que ello pueda tenerse en cuenta a los efectos de determinar su culpabilidad o inocencia. Es el derecho a no estar obligado a autoincriminarse.

j) A declarar de palabra o por escrito en su defensa sin prestar juramento.

k) A que no se invierta la carga de la prueba ni le sea impuesta la carga de presentar contrapruebas. El *onus probandum* se inclina hacia el fiscal que es el titular de la carga de la prueba.

l) En una línea de objetividad el fiscal divulgará a la defensa, las pruebas que obren en su poder o estén bajo su control y que, a su juicio, indiquen o tiendan a indicar la inocencia del acusado, o a atenuar su culpabilidad, o que puedan afectar a la credibilidad de las pruebas de cargo. En caso de duda la Corte decidirá (art. 67.2).

1. Protección de las víctimas y los testigos y su participación en las actuaciones

El Estatuto permite la tutela de los derechos de la víctima, y en esta línea la CPI adoptará las medidas adecuadas para proteger la seguridad, el bienestar físico y psicológico, la dignidad y la vida privada de las víctimas y los testigos. Se debe tomar en cuenta factores pertinentes, como la edad, el género, y la salud, así como la índole del crimen, en particular cuando este entrañe violencia sexual o por razones de género, o violencia contra niños. Se busca ponderar con los derechos del imputado pues no podrán redundar en perjuicio de los derechos del acusado (art. 68.1).

La regla es la publicidad del juicio y por excepción las salas de la Corte, a fin de proteger a las víctimas y los testigos o a un acusado, decretar que una parte del juicio se celebre a puerta cerrada o permitir la presentación de pruebas por medios electrónicos u otros medios especiales. Estas medidas se aplicarán en

el caso de víctima de violencia sexual o de un menor de edad que sea víctima o testigo. También se considera la opinión de las víctimas que pueden plantear que el juicio sea público (art. 68.2).

Los representantes legales de las víctimas podrán presentar dichas opiniones y observaciones cuando la Corte lo considere conveniente y de conformidad con las reglas de procedimiento y prueba (art. 68.3). La idea que la representación de las víctimas sea técnica, esto es asistida por abogados defensores de tal forma que no queden en indefensión.

Se ha considerado una dependencia de víctimas y testigos que podrá asesorar al fiscal y a la Corte acerca de las medidas adecuadas de protección, los dispositivos de seguridad, el asesoramiento y la asistencia de las víctimas. Es decir estamos ante una asesoría profesionalizada.

Debe evaluarse si la divulgación de pruebas o información puede entrañar un peligro grave para la seguridad de un testigo o de su familia. En aras de prevención el fiscal podrá, a los efectos de cualquier diligencia anterior al juicio, no presentar dichas pruebas o información y exhibir en cambio un resumen de estas (art. 68.5).

Las medidas de protección se harán extensivas a solicitud de un Estado respecto de sus funcionarios o agentes, así como de la protección de información de carácter confidencial o restringido que pueda afectar la seguridad o soberanía estatal.

XVII. La sentencia

La sentencia de la CPI comprende en principio el veredicto o fallo que será leído en una audiencia y luego en otra la pena.

Son requisitos para el fallo:

- Todos los magistrados de la Sala de primera instancia estarán presentes en cada fase del juicio y en todas sus deliberaciones.

- La presidencia podrá designar para cada causa y según estén disponibles uno o varios magistrados suplentes para que asistan a todas las fases del juicio y sustituyan a cualquier miembro de la Sala de primera instancia que se vea imposibilitado para seguir participando en el juicio. Se garantiza la inmediación y en prevención que no se frustre

el proceso, por ejemplo ante la eventualidad que un magistrado se encuentre enfermo.

- La Sala de primera instancia fundamentará su fallo en su evaluación de las pruebas y de la totalidad del juicio.

- El fallo se referirá únicamente a los hechos y las circunstancias descritas en los cargos o las modificaciones a los cargos, en su caso. La Corte podrá fundamentar su fallo únicamente en las pruebas presentadas y examinadas ante ella en el juicio.

- Los magistrados procurarán adoptar su fallo por unanimidad, pero, de no ser posible, será adoptado por mayoría.

- Las deliberaciones de la Sala de primera instancia serán secretas.

La formalidad del fallo es que constará por escrito e incluirá una exposición fundada y completa de la evaluación de las pruebas y las conclusiones. La Sala de primera instancia dictará el fallo. Cuando no haya unanimidad, el fallo de la Sala de primera instancia incluirá las opiniones de la mayoría y de la minoría. La lectura del fallo o de un resumen de este se hará en sesión pública (art. 74).

1. Fallo condenatorio

Si hay decisión de condena la Sala de primera instancia fijará la pena que proceda imponer, para lo cual tendrá en cuenta las pruebas practicadas y las conclusiones relativas a la pena que se hayan hecho en el proceso. En el caso Lubanga por ejemplo se consideró como atenuante de la pena, la colaboración que este prestó con la CPI.

En la determinación de la pena la Sala de primera instancia podrá convocar de oficio una nueva audiencia, y tendrá que hacerlo si lo solicitan el fiscal o el acusado antes de que concluya la instancia, a fin de practicar diligencias de prueba o escuchar conclusiones adicionales relativas a la pena, de conformidad con las reglas de procedimiento y prueba. Allí se podrán fijar evaluar las circunstancias modificativas de responsabilidad penal, esto es atenuantes o agravantes (art. 77.2).

La pena será impuesta en audiencia pública y, de ser posible, en presencia del acusado.

2. Imposición de la pena

Los factores que debe utilizar la CPI a efectos de imponer la pena y de conformidad con las reglas de procedimiento y prueba, son la gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado.

Si hay una pena de reclusión, se abonará el tiempo que haya estado detenido el condenado. La Corte podrá abonar cualquier otro periodo de detención cumplido en relación con la conducta constitutiva del delito.

Cuando una persona ha sido declarada culpable de más de un crimen, la Corte impondrá una pena para cada uno de ellos y una pena común en la que se especifique la duración total de la reclusión. La pena no será inferior a la más alta de cada una de las penas impuestas y no excederá de 30 años de reclusión o de una pena de reclusión a perpetuidad. Advertimos que en este concurso real de delitos el Estatuto asume el sistema de acumulación jurídica de penas, puesto que fija un límite para la pena común que no será inferior a la más alta ni mayor a 30 años.

3. Fondo fiduciario

El Estatuto ha previsto que por decisión de la Asamblea de los Estados partes se establecerá un fondo en beneficio de las víctimas toda vez que la única forma de reparar los daños es cuantificándolo en montos.

La Corte podrá ordenar que las sumas y los bienes que reciba a título de multa o decomiso sean transferidos al fondo fiduciario. El régimen de administración será fijado por la Asamblea de los Estados partes (art. 79).

4. El estatuto, la aplicación de penas por los países y la legislación nacional

Nada de lo dispuesto en el Estatuto respecto de la pena se entenderá en perjuicio de la aplicación por los Estados de las penas prescritas por su legislación nacional ni de la legislación de los Estados en que no existan las penas prescritas en la presente parte (art. 80).

Aquí se aplica una suerte de criterio de especialidad por lo que se respeta la soberanía del Estado en cuando a su sistema de penas.

XVIII. Primer veredicto. Caso fiscal vs. Thomas Lubanga Dyilo

La Sala de primera instancia I de la Corte Penal Internacional (CPI) dio el primer veredicto de su primer juicio, del caso Fiscal vs. Thomas Lubanga Dyilo. Los jueces de la Sala hallaron al acusado Thomas Lubanga Dyilo culpable de crímenes de guerra cometidos en la República Democrática del Congo (RDC) en 2002-2003.

1. Antecedentes

Como líder de la Unión de Patriotas Congoleños (UPC) y comandante en jefe de su ala militar, las *Forces Patriotiques pour la Libération du Congo*, Thomas Lubanga fue acusado de cometer los crímenes de guerra de alistar y reclutar niños menores de 15 años para participar activamente en los enfrentamientos en Ituri, un distrito de la provincia oriental de la RDC, entre setiembre de 2002 y agosto de 2003.

2. El conflicto de Ituri

Los hechos juzgados se dieron en el contexto del conflicto que sufrió la región de Ituri entre 2002 y 2003, que enfrentó a las milicias del FPLC, próximos a la comunidad étnica Hema, con el Ejército Popular congoleño, brazo armado del Reagrupamiento congoleño para la Democracia - Movimiento de Liberación, RCD-ML, y con las milicias de la Fuerza de Resistencia Patriótica en Ituri, comandadas por miembros de la comunidad Lendu.

El conflicto adquirió matices de lucha interétnica, y fue utilizado desde finales de los años noventa por los distintos grupos rebeldes, las fuerzas del gobierno y las potencias extranjeras como Ruanda y Uganda para hacerse con esta región rica en oro, petróleo y diamantes.

Lubanga, un comerciante de la etnia Hema, se convirtió en cabecilla de los suyos. Tras un breve periodo de participación en el gobierno de concentración de Kinshasa, Thomas Lubanga se alzó de nuevo en armas en agosto 2002 contra la comunidad Lendu y contra los extranjeros al frente de la recién creada Unión de Patriotas Congoleños, que en esta primera fase contaba con claro apoyo militar de Uganda.

El acusado empezó el reclutamiento masivo de niños en las filas de la UPC, cuyos milicianos exigían la intervención de todos los miembros de la etnia Hema, sin importar sexo ni edad. Lubanga Dylo y sus correligionarios elaboraron un plan conjunto para formar un ejército con el propósito de establecer

y mantener el control político y militar de Ituri, para lo cual reclutaron a niños y niñas menores de quince años con el objetivo de hacerles participar activamente en las hostilidades.

Lubanga fue el primer acusado de la situación de la RDC y el primer detenido de la CPI. Fue entregado y transferido a la Corte el 17 de marzo de 2006, luego que se dictó una orden de arresto confidencial por parte de la CPI el 10 de febrero de 2006. El juicio comenzó el 26 de enero de 2009. La Sala de primera instancia I deliberó sobre la ley aplicable y sobre la evidencia presentada durante el juicio desde la presentación de las declaraciones finales el 25 y 26 de agosto de 2011.

La Sala recalificó la naturaleza del conflicto en la RDC en 2002-2003 y sostuvo que este consistió en un conflicto armado de carácter interno, a diferencia de lo establecido por la Sala de cuestiones preliminares I de la CPI en 2007 que se trataba de un conflicto armado de carácter internacional.

Entidades de Derechos Humanos han considerado que el juicio ha contribuido enormemente a llevar la temática de los niños soldados a la agenda internacional. Durante los procedimientos, diez ex niños soldados prestaron testimonio, junto a numerosos testigos y expertos. Este juicio también será recordado como la primera instancia de participación de víctimas en un juicio penal internacional, con un total de 129 víctimas autorizadas por los jueces a participar a través de siete representantes legales. La acusación presentó 368 elementos de prueba, la defensa presentó 992 y los representantes legales de las víctimas aportaron.

3. Sentencia

El 10 de julio de 2012 la Sala de primera instancia I de la CPI sentenció Thomas Lubanga a 14 años de prisión. El juez que presidió el caso, Adrián Fulfold, declaró que la mayoría de la Sala había decidido sentenciar a Lubanga a 14 años de prisión en total por el alistamiento, reclutamiento y utilización de niños soldados. Se tomaron en consideración factores atenuantes como la cooperación del acusado y la falta de factores agravantes, como la ausencia de evidencia presentada a la Sala sobre violencia de género y violencia sexual. La Sala determinó que la sentencia máxima de 30 años era desproporcionada. También se explicó que los 6 años que Lubanga permaneció recluido en La Haya fueron tenidos en cuenta en la decisión de la Sala, y que este periodo sería descontado de la sentencia total. La Sala se negó a descontar el periodo entre los años 2003 y 2006 en el cual Lubanga permaneció detenido en la República del Congo pues no existía evidencia suficiente para demostrar que fue

detenido por los mismos crímenes. Dada la situación financiera de Lubanga la Sala consideró inapropiado imponerle una multa.

4. Casos pendientes

La Corte Penal Internacional actualmente investiga siete situaciones: la República Centroafricana, la República Democrática del Congo, Costa de Marfil, Darfur (Sudán), Uganda, Kenia y Libia. La Corte ha emitido 20 órdenes de detención y nueve órdenes de comparecencia. La fiscalía ha manifestado asimismo que se encuentra examinando nueve situaciones en cuatro continentes: Afganistán, Colombia, Georgia, Guinea, Honduras, República de Corea, Nigeria y Palestina(257).

La sentencia contra Lubanga envía una advertencia importante por todo el mundo hacia quienes usan niños soldados, de que sus acciones criminales los llevarán a la cárcel según lo ha expresado **Armel Luhiri, oficial de enlace para África francófona de la Coalición por la CPI** que es una red global de más de 2.500 organizaciones no gubernamentales de 150 países de todo el mundo con el objetivo de lograr una CPI justa, efectiva e independiente y un mejor acceso a la justicia para las víctimas de genocidio, crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad(258). Todavía queda pendiente el procesamiento de otros criminales del conflicto de República Democrática del Congo.

(257) En: <http://www.coalitionfortheicc.org/?lang=es>. [Fecha de consulta: 20 de enero del 2014].
(258) En: <http://www.iccnow.org/documents/CICC_PR_DRC__Lubanga_sentencing.pdf>. [Fecha de consulta: 20 de enero del 2014].

Capítulo V
Reglas de procedimiento y prueba

Las reglas de procedimiento y prueba es otro de los instrumentos auxiliares del Estatuto de Roma que fue aprobado provisionalmente en la 5ta. Asamblea de Estados parte de la CPI.

La finalidad de la prueba es que el juez llegue un grado de conocimiento del objeto materia del juicio constituido por los hechos propuestos por las partes. Puede ser convencido por el fiscal que el imputado cometió delitos de competencia de la Corte o persuadido de la inocencia al ser convencido por la propuesta de defensa del imputado. La prueba en el proceso penal de la CPI sigue los momentos de ofrecimiento, admisión, actuación y valoración. Vamos a continuación a examinar los aspectos más relevantes para nuestro trabajo de las reglas de procedimiento y pruebas**.**

I. Disposiciones generales relativas a la prueba

1. Regla 63

Las reglas probatorias serán aplicables en las actuaciones que se sustancien ante todas las Salas de cuestiones preliminares o de primera instancia.

La Sala tendrá facultades discrecionales para valorar todas las pruebas presentadas a fin de determinar su pertinencia o admisibilidad. Se entiende que esto se desarrolla en la fase de admisión.

La Sala se pronunciará sobre las cuestiones de admisibilidad fundadas en las causales enunciadas en el párrafo 7 del artículo 69 del Estatuto que dice:

> "7. No serán admisibles las pruebas obtenidas como resultado de una violación del presente Estatuto o de las normas de derechos humanos internacionalmente reconocidas cuando:

a) Esa violación suscite serias dudas sobre la fiabilidad de las pruebas; o

b) Su admisión atente contra la integridad del juicio o redunde en grave desmedro de él".

La Sala no requerirá corroboración de la prueba para demostrar ninguno de los crímenes de la competencia de la Corte, en particular los de violencia sexual. La corroboración implica otra actuación sobre lo ya actuado lo que sería redundante.

Las Salas no aplicarán las normas de derecho interno relativas a la prueba, salvo que lo hagan de conformidad con el artículo 21 del Estatuto.

2. Regla 64

Procedimiento relativo a la pertinencia o a la admisibilidad de la prueba

La oportunidad para plantear las cuestiones de pertinencia o admisibilidad será en el momento que la prueba sea ofrecida ante una de las Salas como regla general. Esto implica que las observaciones de pertinencia o admisibilidad deben de ser posteriores a su ofrecimiento para decidir si el medio de prueba está vinculado al hecho objeto de prueba.

Excepcionalmente, podrán plantearse inmediatamente después de conocida la causal de falta de pertinencia o inadmisibilidad cuando no se haya conocido al momento en que la prueba haya sido presentada. Esta regla de excepción se sustenta que el conocimiento de la causal ha sido posterior al ofrecimiento probatorio y con el ánimo de no afectar al derecho a la defensa.

La Sala podrá solicitar que la cuestión se plantee por escrito. La Corte transmitirá el escrito a todos los que participen en el juicio, a menos que decida otra cosa. Esto permite que se absuelva el cuestionamiento que realiza uno de los sujetos procesales.

La Sala expondrá las razones de los dictámenes que emita sobre cuestiones de prueba.

La Sala no tendrá en cuenta las pruebas que declare impertinentes o inadmisibles.

3. Regla 65

Obligación de los testigos de prestar declaración

La Corte podrá obligar al testigo que comparezca ante ella a prestar declaración. Hay un deber de colaborar con el esclarecimiento de los hechos, con el apercibimiento de ser detenido si fuese necesario.

4. Regla 66

Promesa solemne

Los testigos harán la siguiente promesa solemne antes del testimonio:

> "Declaro solemnemente que diré la verdad, toda la verdad y nada más que la verdad".

Este ritual que si bien no garantiza la fidelidad del testimonio le fija un imperativo ético y legal a la persona que va a dar una declaración, pues ante el incumplimiento de esto cometerá delito de falso testimonio o perjurio.

La Sala podrá autorizar a rendir testimonio sin dicha promesa solemne a persona menor de 18 años de edad o cuya capacidad de juicio esté disminuida y no comprenda la naturaleza de una promesa solemne, siempre que se considere que esa persona es capaz para dar cuenta de hechos de los que tuvo conocimiento y comprende el significado de la obligación de decir verdad.

5. Regla 67

Testimonio prestado en persona por medios de audio o vídeo

La tecnología de comunicaciones debe estar al servicio de la justicia. La regla 67 establece que la Sala podrá permitir que un testigo preste testimonio oralmente por medios de audio o vídeo, a condición de que esos medios permitan que el testigo sea interrogado por el fiscal, por la defensa y por la propia Sala, en el momento del testimonio. Se requiere una trasmisión en tiempo real y haya una justificación de esta forma por razones de enfermedad, imposibilidad de desplazamiento, seguridad, entre otras que evaluará la Sala para autorizar el procedimiento.

La Sala, con la asistencia de la secretaría, verificará que el lugar escogido para prestar el testimonio por medios de audio o vídeo sea propicio para que

el testimonio sea veraz y abierto y para la seguridad, el bienestar físico y psicológico, la dignidad y la privacidad del testigo.

6. Regla 68

Testimonio grabado

La Sala de primera instancia podrá permitir que se presente un testimonio grabado anteriormente en audio o vídeo, la transcripción de ese testimonio u otro documento que sirva de prueba de él. En realidad estamos frente a un medio de prueba documental que debe ser oralizado en el juicio. Para su recepción probatoria se establecen dos condiciones:

1. Si el testigo que prestó el testimonio grabado anteriormente no está presente en la Sala de primera instancia, tanto el fiscal como la defensa hayan tenido ocasión de interrogarlo en el curso de la grabación. Es decir que haya existido posibilidad de contradictorio. Este testimonio grabado con intervención de las partes tiene a nuestro entender la calidad de prueba anticipada.

2. Si el testigo que prestó el testimonio grabado anteriormente está presente en la Sala de primera instancia, no se oponga a la presentación de ese testimonio, y el fiscal, la defensa y la Sala tengan ocasión de interrogarlo en el curso del proceso. La presentación de este testimonio grabado tiene sentido si se va a confrontar con la declaración que preste en juicio, pues si se le tiene presente se puede solicitar el testimonio directamente en aplicación del principio de inmediación.

7. Regla 69

Acuerdos en cuanto a la prueba o convenciones probatorias

El fiscal y la defensa podrán convenir en que un hecho que conste en los cargos, en el contenido de un documento, en el testimonio previsto de un testigo o en otro medio de prueba no será impugnado y, en consecuencia, la Sala podrá considerarlo probado a menos que, a su juicio, se requiera en interés de la justicia, y en especial de las víctimas, una presentación más completa de los hechos denunciados. Es lo que conocemos en el NCPP como convenciones probatorias. Las convenciones sobre hechos son razonables y ya que permiten concentrar la actividad probatoria en los hechos afirmados por las partes y que sean contradictorios, para así no dispersar la actividad probatoria en los que hay acuerdo.

La diferencia con el modelo que trae el NCPP es que en este caso también hay convenciones sobre los medios de prueba que se actuarán para acreditar hechos, mientras que en el Estatuto de Roma no hay esta convención.

8. Regla 70

Principios de la prueba en casos de violencia sexual(259)

Se fijan principios en esta clase de delitos que deberán aplicarse cuando proceda hacerlo:

a) El consentimiento no podrá inferirse de ninguna palabra o conducta de la víctima cuando la fuerza, la amenaza de la fuerza, la coacción o el aprovechamiento de un entorno coercitivo hayan disminuido su capacidad para dar un consentimiento voluntario y genuino. Generalmente una de las defensas de los violadores sexuales es que la víctima consintió las relaciones sexuales. Si la víctima aceptó dejarse ultrajar en un contexto de amenaza o coacción esto no puede tomarse como consentimiento porque hay factores externos que distorsionan su real voluntad.

b) El consentimiento no podrá inferirse de ninguna palabra o conducta de la víctima cuando esta sea incapaz de dar un consentimiento genuino. Esto guarda relación con la capacidad de discernimiento de la persona, como alguien que tiene retardo mental.

c) El consentimiento no podrá inferirse del silencio o de la falta de resistencia de la víctima al acto de violencia sexual. La actitud pasiva de la víctima no puede tomarse como consentimiento pues las personas no reaccionan igual frente a una agresión sexual. Pueden ofrecer resistencia como no, al estar aterrorizadas por el vejamen. Por eso la regla responde a esta última situación.

d) La credibilidad, la honorabilidad o la disponibilidad sexual de la víctima o de un testigo no podrán inferirse de la naturaleza sexual del comportamiento anterior o posterior de la víctima o de un testigo. Lo que se juzga es el hecho concreto o especifico de una violación sexual, por lo que la vida sexual anterior o posterior al presunto delito es impertinente para los fines del proceso.

(259) Estas reglas han sido acogidas en el sistema jurídico penal peruano a partir del Acuerdo Plenario N° 1-2011/CJ-116 que trató sobre apreciación de la prueba en los delitos contra la libertad sexual.

9. Regla 71

Prueba del comportamiento sexual anterior o ulterior

La Sala no admitirá pruebas del comportamiento sexual anterior o ulterior de la víctima o de un testigo por ser impertinentes. Esta regla de prohibición no solo responde a su impertinencia frente al hecho delictuoso investigado, sino a la afectación de la intimidad de la víctima o testigo.

10. Regla 72

Procedimiento a puerta cerrada para considerar la pertinencia o la admisibilidad de pruebas

La reserva o privacidad de las audiencias para el examen de pertinencia o admisibilidad se hace necesaria para resguardar los derechos de la víctima o testigo.

Si hay la intención de presentar u obtener, incluso mediante el interrogatorio de la víctima o de un testigo, pruebas de que la víctima consintió en el crimen de violencia sexual denunciado, o pruebas de las palabras, el comportamiento, el silencio o la falta de resistencia de la víctima o de un testigo se presentará a la Corte un escrito en que se describirán la sustancia de las pruebas que se tenga la intención de presentar u obtener y la pertinencia de las pruebas para las cuestiones que se planteen en la causa. La formalidad de presentar por escrito las pruebas ofrecidas con dicha finalidad permite que la Sala pueda tener mayor juicio al resolver sobre la pertinencia.

La Sala, al decidir si las pruebas son pertinentes o admisibles, oirá a puerta cerrada las opiniones de las partes. Tendrá en cuenta si las pruebas tienen suficiente valor probatorio en relación con una cuestión que se plantee en la causa y los perjuicios que puedan suponer. La Sala deberá ponderar entre los fines del proceso y la afectación o perjuicio de la víctima.

Si la Sala determina que la prueba es admisible en juicio, dejará constancia de la finalidad concreta para la que se actuará.

11. Regla 73

Comunicaciones e información privilegiadas

Se garantiza que las comunicaciones en el contexto de la relación profesional entre una persona y su abogado se considerarán privilegiadas y no estarán

sujetas a divulgación. Se busca garantizar el secreto y la reserva profesional. La excepción es que el imputado:

a) Consienta por escrito.

b) Haya revelado voluntariamente el contenido de la comunicación a un tercero y ese tercero lo demuestre.

Las comunicaciones que tengan lugar en el contexto de relación confidencial como por ejemplo un confesor religioso, se considerarán privilegiadas y no estarán sujetas a divulgación pues se debe preservar la privacidad.

La Corte, al adoptar una decisión, tendrá especialmente en cuenta la necesidad de reconocer el carácter privilegiado de las comunicaciones en el contexto de la relación profesional entre una persona y su médico, psiquiatra, psicólogo o consejero. Este carácter privilegiado se extiende a las víctimas o en que participen ellas, o entre una persona. Tratándose de miembro del clero la Corte reconocerá el carácter privilegiado de las comunicaciones hechas en el contexto del sacramento de la confesión siempre que forme parte de la práctica de esa religión. En el fondo es el reconocimiento del derecho a la privacidad del imputado.

La Corte considerará privilegiados y no sujetos a divulgación, incluso por conducto del testimonio de alguien que haya sido o sea funcionario o empleado del Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), la información, los documentos u otras pruebas que lleguen a manos de ese Comité en el desempeño de sus funciones con arreglo a los Estatutos del Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja o como consecuencia del desempeño de esas funciones. Esto es fundamental pues trata de preservar la neutralidad de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja que es vital para su intervención en conflictos armados. Las excepciones a esta regla son:

a) El Comité, tras celebrar consultas no se oponga por escrito a la divulgación o haya renunciado de otra manera a este privilegio. Esta es decisión de la Cruz Roja Internacional quien evaluando las repercusiones sobre su actividad puede autorizar la difusión de la información.

b) La información, los documentos o las otras pruebas consten en declaraciones y documentos públicos del Comité. El carácter de público permite que se pueda emplear esta información para los fines del proceso.

Nada de lo dispuesto por estas subreglas se entenderá en perjuicio de la admisibilidad de la misma prueba obtenida de una fuente distinta del Comité

y sus funcionarios o empleados cuando esa fuente haya obtenido la prueba con independencia del Comité y de sus funcionarios o empleados. Si la fuente no es el Comité, la prueba puede ser validada en cuanto a su origen sin comprometer a este ente internacional (Regla 74.5).

Puede darse el caso que la CPI determine que la información, los documentos u otras pruebas en poder de la Cruz Roja Internacional revisten gran importancia para una determinada causa, celebrará consultas con el Comité a fin de resolver la cuestión mediante la cooperación, teniendo presentes las circunstancias de la causa, la pertinencia de la prueba, la posibilidad de obtenerla de una fuente distinta del Comité, los intereses de la justicia y de las víctimas y el desempeño de sus funciones y las del Comité. Es decir que en este contexto complicado y ante la necesidad de obtener información se puede solicitar que la Cruz Roja Internacional coopere.

12. Regla 74

Autoinculpación de un testigo

Puede darse la situación que un testigo se autoinculpe de un delito, la que debe tener un adecuado tratamiento.

Si la Corte determina que procede dar seguridades con respecto a la autoinculpación a un testigo determinado, se las dará antes de que comparezca, directamente o atendiendo a una solicitud formulada.

Un testigo podrá negarse a hacer una declaración que pudiera tender a incriminarlo (Numeral 3. a). Es titular de ese derecho y no se le puede exigir que renuncie.

Cuando el testigo haya comparecido tras recibir seguridades la Corte le podrá ordenar que conteste una o más preguntas.

En el caso de los demás testigos, la Sala podrá ordenarles que contesten una o más preguntas, tras asegurarles que la prueba constituida por la respuesta a las preguntas:

i) Tendrá carácter confidencial y no se dará a conocer al público ni a un Estado;

ii) No se utilizará en forma directa ni indirecta en su contra en ningún procedimiento ulterior de la Corte.

Antes de dar esas seguridades, la Sala recabará la opinión del fiscal, para determinar si procede hacerlo (Regla. 74.4).

Puede darse el caso que el testigo no quiera contestar. La Sala puede ordenar que conteste con base en los siguientes supuestos:

- La importancia de la prueba que se espera obtener;
- Si el testigo habría de proporcionar una prueba que no pudiera obtenerse de otra manera;
- La índole de la posible inculpación, en caso de que se conozca;
- Si, en las circunstancias del caso, la protección para el testigo es suficiente.

La Sala, si determina que no sería apropiado dar seguridades al testigo, no le ordenará que conteste la pregunta. Si decide no ordenar al testigo que conteste, podrá en cambio continuar interrogando al testigo sobre otras cuestiones (Regla 74.6).

Para dar efecto a esas seguridades, la Sala deberá:

a) Ordenar que la declaración del testigo se preste a puerta cerrada, es decir en secreto.

b) Ordenar que no se den a conocer en forma alguna ni la identidad del testigo ni el contenido de su declaración y disponer que el incumplimiento de esa orden dará lugar a la aplicación de sanciones. La finalidad es darle seguridad al testigo para que pueda dar su testimonio libremente.

c) Informar concretamente al fiscal, al acusado, al abogado defensor, al representante de la víctima y a todos los funcionarios de la Corte que estén presentes de las consecuencias del incumplimiento de la orden impartida con arreglo al apartado precedente.

d) Ordenar que el acta de la diligencia de la actuación se guarde en sobre sellado para mantener la reserva o secreto.

e) Disponer medidas de protección en relación con su decisión de que no se den a conocer ni la identidad del testigo ni el contenido de la declaración que haya prestado (Regla 74.7.e).

Si el fiscal conoce que en la declaración de un testigo puede plantear cuestiones de autoinculpación, deberá solicitar que se celebre una audiencia a puerta cerrada para informar de ello a la Sala, antes de que el testigo preste declaración. La Sala podrá disponer las medidas necesarias para toda la declaración de ese testigo o para parte de ella.

El acusado, el abogado defensor o el testigo podrán informar al fiscal o a la Sala que el testimonio de un testigo ha de plantear cuestiones de autoinculpación antes de que el testigo preste declaración y la Sala podrá tomar las medidas necesarias.

En caso que durante el procedimiento se plantea una cuestión de autoinculpación, se suspenderá la recepción del testimonio y ofrecerá al testigo la oportunidad de recabar asesoramiento letrado si así lo solicita a los efectos de la aplicación de la regla (Regla 74.10).

13. Regla 75

Inculpación por familiares

Los testigos que tengan vinculación familiar con el imputado tienen el privilegio de no estar obligados a inculpar al procesado. El testigo que comparezca ante la Corte y sea cónyuge, hijo o padre o madre de un acusado no podrá ser obligado por la Sala a prestar una declaración que pueda dar lugar a que se inculpe al acusado. Si el testigo renuncia a ese derecho, podrá hacer voluntariamente esa declaración.

Como regla de valoración de testimonio tenemos que, la Sala podrá tener en cuenta si el testigo se negó a responder una pregunta formulada con el propósito de que se contradijera de una declaración anterior o si optó por elegir qué preguntas respondería. Esto permite detectar que el testigo no da un testimonio fiable y espontáneo, y es más bien calculado.

II. Revelación de información o pruebas

1. Regla 76

Revelación, antes del juicio, de información relativa a los testigos de cargo

Como base de un contradictorio transparente se establece que las partes se comunicarán los nombres de los testigos que se van a ofrecer para el juicio y

además tener copia de las declaraciones anteriores, de tal forma que se pueda confrontar en un contra interrogatorio. Esta comunicación se debe realizar con tiempo suficiente a fin que las partes se preparen adecuada y debidamente (Regla 76.1). La idea es evitar ataques sorpresivos y no se pueda articular una respuesta más elaborada.

El fiscal ulteriormente tiene la obligación de comunicar a la defensa los nombres de los demás testigos de cargo y le entregará copia de sus declaraciones una vez se haya tomado la decisión de hacerlos comparecer.

Las copias de las declaraciones de los testigos de cargo deberán estar escritas en el idioma original y en un idioma que el acusado entienda y hable perfectamente. No hacerlo así sería afectar el derecho a la defensa pues este tendría que buscar un traductor.

Las comunicaciones sobre los testigos que deban hacerse las partes son sin perjuicio de la protección de la seguridad y la vida privada de las víctimas y los testigos, así como de la información confidencial. Se tiene que ponderar aquí el derecho a la defensa y la seguridad personales y la confidencialidad de la información.

2. Regla 77

Inspección de objetos que obren en poder del fiscal o estén bajo su control

El fiscal, con sujeción a las limitaciones del Estatuto, permitirá a la defensa inspeccionar los libros, documentos, fotografías u otros objetos que obren en su poder o estén bajo su control. Estos deberán ser pertinentes para la preparación de la defensa, o que tenga la finalidad de ser usada como prueba en la audiencia de confirmación de los cargos o en el juicio. Con mayor razón si estos objetos se han obtenido del acusado o sean de su propiedad.

Esta regla garantiza el derecho a la defensa y además que el contradictorio se desarrolle adecuadamente dentro del principio de igualdad. No hacerlo sería recortar el derecho del imputado, de emplear pruebas instrumentales a su favor.

3. Regla 78

Inspección de objetos que obren en poder de la defensa o estén bajo su control

Asegurando el contradictorio y la igualdad procesal, la defensa permitirá al fiscal inspeccionar los libros, documentos, fotografías u otros objetos que

obren en su poder o estén bajo su control y que tenga el propósito de utilizar como prueba en la audiencia de confirmación de los cargos o en el juicio. En aras de la igualdad procesal se justifica que el fiscal pueda revisar la prueba de la defensa, y viceversa.

4. Regla 79

Revelación de información por la defensa

Para evitar tesis de defensa sorpresivas y que el fiscal se encuentre descolocado para articular una propuesta de refutación se ha previsto que la defensa notificará al fiscal su intención de hacer valer lo siguiente:

a) Una coartada o justificación para lo cual en la notificación se indicará el lugar o lugares en que el imputado afirme haberse encontrado en el momento de cometerse el presunto crimen y el nombre de los testigos y todas las demás pruebas que se proponga presentar para probar su coartada. Esta es una prueba indirecta ya que si se acredita que no estuvo en el lugar de los hechos sino en otro es imposible que sea autor de los delitos imputados.

b) Una de las circunstancias eximentes de responsabilidad penal previstas en el Estatuto determinará que se indique los nombres de los testigos y todas las demás pruebas que el acusado se proponga hacer valer para demostrar la circunstancia eximente. Por ejemplo si propone una causa de justificación como legítima defensa o error de tipo invencible o error de prohibición invencible.

Siendo el emplazado el fiscal la notificación se practicará con antelación suficiente para pueda preparar en debida forma su respuesta. La Sala que conozca de la causa podrá conceder al fiscal un aplazamiento de la vista para responder a la cuestión planteada por la defensa.

Si bien la notificación es necesaria, el hecho de que la defensa no haga la comunicación no limitará su derecho a plantear las cuestiones a su favor.

En este contexto la Sala puede actuar pruebas de oficio, para determinar si la coartada es real o hay eximentes de responsabilidad penal.

5. Regla 80

Procedimiento para hacer valer una circunstancia eximente de responsabilidad penal

La defensa comunicará a la Sala de primera instancia y al fiscal su propósito de hacer valer una circunstancia eximente de responsabilidad penal. La comunicación se hará con antelación suficiente al comienzo del juicio, a fin de que el fiscal pueda prepararse debidamente poder absolver el traslado y rebatir la propuesta de eximente.

Hecha la comunicación, la Sala de primera instancia oirá al fiscal y a la defensa antes de decidir si el defensor puede hacer valer la circunstancia eximente de responsabilidad penal.

Si se autoriza a la defensa a hacer valer la circunstancia eximente, la Sala de primera instancia podrá conceder al fiscal un aplazamiento de la vista para preparar su impugnación de esa circunstancia. La idea central es garantizar el derecho de las partes a contradecir e igualdad procesal.

6. Regla 81

Restricciones a la revelación de información o pruebas

Se establece que los informes, memorandos u otros documentos internos que hayan preparado una parte procesal, sus auxiliares o sus representantes en relación con la investigación o la preparación de la causa no estarán sujetos a la revelación recíproca de información. Se busca garantizar la confidencialidad de los elementos documentales de la estrategia de defensa de los sujetos procesales.

Filtros de información por probable afectación de otros intereses

El fiscal, cuando tenga en su poder o estén bajo su control documentos o informaciones que deban revelarse de conformidad con el Estatuto, pero cuya revelación pueda redundar en detrimento de investigaciones en curso o futuras, podrá pedir a la Sala que conozca de la causa que dictamine si los documentos o las informaciones han de darse a conocer a la defensa.

La Sala celebrará una vista *ex parte* para tratar la cuestión. El fiscal no podrá hacer valer como prueba esos documentos o informaciones en la audiencia de confirmación de los cargos o el juicio sin antes darlos a conocer al acusado para que ejerza su derecho de cuestionarlos.

Si se han tomado medidas para proteger el carácter confidencial de la información y la seguridad de los testigos y las víctimas y sus familiares, esta información no deberá darse a conocer si no es de conformidad con las reglas antes citadas. Si la revelación de esa información pueda ocasionar un riesgo para la seguridad del testigo, la Corte tomará medidas para comunicárselo con antelación.

La Sala que conozca de la causa podrá, de oficio o a solicitud del fiscal, el acusado o cualquier Estado, tomar las medidas necesarias para asegurar el carácter confidencial de la información, proteger la seguridad de los testigos y de las víctimas y sus familiares, en particular autorizando a que no se revele su identidad antes del comienzo del juicio.

Si el fiscal tiene bajo su control documentos o informaciones que no se hayan revelado, estos no podrán hacerse valer posteriormente como prueba en la audiencia de confirmación de los cargos o el juicio sin antes darlos a conocer al acusado en la línea de igualdad de las partes. Esta regla también se aplica a la defensa del imputado.

7. Regla 82

Restricciones a la revelación de información o pruebas protegidas

Si el fiscal posee documentos o informaciones protegidos, no podrá hacerlos valer posteriormente como prueba en el juicio sin el consentimiento previo de quien los haya suministrado, no sin antes darlos debidamente a conocer al acusado. Si se presentarán esas pruebas por lo menos no pasaría el test de idoneidad legal.

Si el fiscal presenta como prueba documentos o informaciones protegidos, la Sala no podrá ordenar que se presenten otras pruebas recibidas de la persona que haya suministrado los documentos o informaciones iniciales, ni tampoco podrá citar a dicha persona o a un representante suyo como testigo ni ordenar su comparecencia.

Cuando el fiscal llame a un testigo para que presente como prueba documentos o informaciones protegidos con arreglo al párrafo 3 e) del artículo 54[(260)] del Estatuto, la Sala que conozca de la causa no podrá obligar a ese testigo a

(260) 54.3. El fiscal podrá e) Convenir en que no divulgará en ninguna etapa del procedimiento los documentos o la información que obtenga a condición de preservar su carácter confidencial y únicamente a los efectos de obtener nuevas pruebas, salvo con el acuerdo de quien haya facilitado la información.

responder pregunta alguna que se refiera a los documentos o las informaciones, ni a su origen si se negara a hacerlo aduciendo la protección del carácter confidencial de esos documentos o informaciones.

En este contexto de presentación de pruebas del fiscal el derecho del acusado a impugnar pruebas protegidas se mantiene vigente.

La Sala que conozca de la causa podrá ordenar, previa solicitud de la defensa y en interés de la justicia (de oficio), que los documentos o las informaciones que obren en poder del acusado, que le hayan sido suministrados en la condición de preservar su carácter confidencial y deban presentarse como pruebas queden sujetos, mutatis mutandis(261), a las subreglas de la Regla 82.

8. Regla 83

Dictamen sobre la existencia de pruebas eximentes o atenuantes de la culpabilidad

El fiscal podrá pedir que se celebre a la mayor brevedad posible una vista *ex parte* en la Sala que conozca de la causa a fin de que esta emita un dictamen. La audiencia se celebra públicamente.

9. Regla 84

Revelación de documentos o información y presentación de pruebas adicionales

Con la finalidad que las partes puedan prepararse para el juicio y facilitar el curso justo y expedito de las actuaciones, la Sala de primera instancia, deberá dictar las providencias necesarias para que se revelen los documentos o la información que no hayan sido revelados previamente y se presenten pruebas adicionales.

En dichas providencias se establecerán plazos estrictos de cuyo cumplimiento la Sala de primera instancia se mantendrá al corriente.

(261) Locución latina que significa "cambiando lo que se deba cambiar".

10. Regla 85

Definición de víctimas

Para los fines del Estatuto y de las reglas de procedimiento y pruebas:

Se considera víctimas a las personas naturales que hayan sufrido un daño como consecuencia de la comisión de algún crimen de la competencia de la Corte (Regla 85.a).

Por víctimas se entenderá a personas jurídicas como organizaciones o instituciones que hayan sufrido daños directos a alguno de sus bienes que esté dedicado al culto religioso, la instrucción, las artes, las ciencias o la beneficencia o a sus monumentos, hospitales u otros lugares u objetos que tengan fines humanitarios.

11. Regla 86

Principio general

Los órganos jurisdiccionales de la CPI al dar una instrucción o dictar una orden en el ejercicio de sus funciones con arreglo al Estatuto o a las reglas de prueba, tendrán en cuenta las necesidades de todas las víctimas y testigos poniendo énfasis en los niños, las personas de edad, las personas con discapacidad y las víctimas de violencia sexual o de género.

Podemos concluir respecto a las reglas de prueba que estas permiten clarificar cómo funciona la actividad probatoria y en ese contexto el rol de las partes debe verse fortalecido, garantizando la publicidad, la igualdad procesal y un fallo fundado en razones y argumentos sólidos.

Capítulo VI

El sistema interamericano de protección de derechos humanos respecto a los crímenes contra la humanidad

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha tenido un rol principalísimo en la incorporación de conceptos, principios y reglas al sistema jurídico latinoamericano de protección de derechos humanos a partir de los casos emblemáticos que fueron de su competencia. La constante en cuanto a violaciones graves de derechos humanos han sido países en los que se enquistaron dictaduras militares o gobiernos surgidos de elecciones pero que devinieron en regímenes cívicos militares, aunado a esto la eclosión de grupos insurgentes que con diversas variantes emplearon el terrorismo como el caso peruano.

El terrorismo de Estado para mantener regímenes dictatoriales como en Chile y Argentina; y para combatir la subversión como en Perú y Guatemala han causado asesinatos y desapariciones forzadas, además de torturas, detenciones ilegales, cuya secuela se siente hasta ahora. El sector más débil ha sido la población civil, que indefensa soportó los ataques no solo del lado estatal sino en algunos casos de la propia subversión.

La labor de la Comisión Interamericana como demandante de esos casos luego de los respectivos procesos, permitió que la Corte emitiera pronunciamientos ejemplares que han coadyuvado a tutelar los derechos humanos. Además se tiene que la Comisión previo a la demanda en algunos casos llego a un entendimiento con el Estado emplazado para que este adoptara de acuerdo al caso planteado, alternativas de investigación, sanción y reparación.

A continuación, examinaremos los casos paradigmáticos que han desarrollado importantes líneas jurisprudenciales de tutela de derechos humanos vinculados al Derecho Penal internacional.

I. Chile

1. Caso Almonacid Arellano

En este caso emblemático: Almonacid Arellano y otros vs. Chile sobre atentado contra los derechos humanos y de aplicabilidad del Derecho Penal internacional que se tramitó en la Corte Interamericana de Derechos Humanos que dictó la sentencia de 26 de setiembre de 2006 dictada por la Corte.

El señor Almonacid fue asesinado el 17 de setiembre de 1973. La Corte analizó si para la fecha del homicidio, este delito constituía un crimen de lesa humanidad, y en qué circunstancias. Esto es sustancial porque marca una pauta jurisprudencial aplicable a casos similares cometidos durante las dictaduras militares que tuvieron un auge en los años 70 y 80.

2. Contexto histórico

La Corte señaló que desde el 11 de setiembre de 1973 hasta el 10 de marzo de 1990 gobernó en Chile un dictadura militar que dentro de una política de Estado encaminada a causar miedo, atacó masiva y sistemáticamente a sectores de la población civil considerados como opositores al régimen, mediante una serie de graves violaciones a los derechos humanos y al Derecho internacional, entre las que se cuentan al menos 3.197 víctimas de ejecuciones sumarias y desapariciones forzadas, y 33.221 detenidos, de quienes una inmensa mayoría fue víctima de tortura(262).

La Corte tuvo por probado que la época más violenta de todo este periodo represivo correspondió a los primeros meses del gobierno de facto, es decir cuando la idea de la Junta Militar presidida por el General Pinochet era barrer del poder a los partidarios del expresidente Salvador Allende. El 57% de todas las muertes y desapariciones, y el 61% de las detenciones ocurrieron en los primeros meses de la dictadura. El señor Almonacid Arellano fue asesinado tres días después del cruento golpe militar. Esta víctima era militante del Partido Comunista, candidato a regidor del mismo partido, secretario provincial de la Central Unitaria de Trabajadores y dirigente gremial del Magisterio (SUTE), todo lo cual era considerado como una amenaza por la doctrina del movimiento golpista, y su muerte se produjo dentro de un patrón sistemático y generalizado contra la población civil, por lo que se concluyó que era un crimen de lesa humanidad.

(262) Párrafo 82.5 de la sentencia.

En el caso de Arellano Almonacid la Corte en principio fija una postura respecto a lo que significa el delito de lesa humanidad así:

> "Según el *corpus iuris* del Derecho internacional, un crimen de lesa humanidad es en sí mismo una grave violación a los derechos humanos y afecta a la humanidad toda. En el caso Prosecutor vs. Erdemovic el Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia indicó que los crímenes de lesa humanidad son serios actos de violencia que dañan a los seres humanos al golpear lo más esencial para ellos: su vida, su libertad, su bienestar físico, su salud y/o su dignidad. Son actos inhumanos que por su extensión y gravedad van más allá de los límites de lo tolerable para la comunidad internacional, la que debe necesariamente exigir su castigo. Pero los crímenes de lesa humanidad también trascienden al individuo, porque cuando el individuo es agredido, se ataca y se niega a la humanidad toda. Por eso lo que caracteriza esencialmente al crimen de lesa humanidad es el concepto de la humanidad como víctima. Igualmente, las Resoluciones 827 y 955 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, junto con los Estatutos de los Tribunales para la ex Yugoslavia (art. 29) y Ruanda (art. 28), imponen una obligación a todos los Estados miembros de las Naciones Unidas de cooperar plenamente con los tribunales en la investigación y persecución de personas acusadas de haber cometido serias violaciones de Derecho internacional, incluidos crímenes contra la humanidad. Asimismo, el Secretario General de las Naciones Unidas ha señalado que en vista de las normas y los principios de las Naciones Unidas, los acuerdos de paz aprobados por ella nunca pueden prometer amnistías por crímenes de lesa humanidad"(263).

En el caso Almonacid y otros delitos acaecidos en dicha época habían sido amnistiados, por ello en la sentencia la CIDH se asimila a las reglas del Derecho Penal internacional de la prohibición de amnistiar los crímenes de lesa humanidad*:*

> "El Secretario General de las Naciones Unidas, en su informe sobre el establecimiento del tribunal especial para Sierra Leona, afirmó que aunque reconocen que la amnistía es un concepto jurídico aceptado y una muestra de paz y reconciliación al final de una guerra civil o de un conflicto armado interno, las Naciones Unidas mantienen sistemáticamente la posición de que la amnistía no puede concederse

(263) Párrafo 105.

> respecto de crímenes internacionales como el genocidio, los crímenes de lesa humanidad o las infracciones graves del derecho internacional humanitario"[264].

En el propio Estatuto del tribunal especial para Sierra Leona recuerda la Corte, específicamente en su artículo 10 se señaló claramente:

> "(…) la amnistía concedida a personas acusadas de crímenes de lesa humanidad, infracciones al artículo 3 común de los Convenios de Ginebra y Protocolo Adicional II, así como otras infracciones graves del derecho internacional humanitario, 'no constituirá un impedimento para su procesamiento'"[265].

La Corte recuerda que es obligación de los Estados conforme al Derecho internacional de enjuiciar y, si se les declara culpables, castigar a los perpetradores de determinados crímenes internacionales, entre los que se cuentan los crímenes de lesa humanidad, conforme al artículo 1.1 de la Convención americana; además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos.

La necesidad de evitar cualquier obstáculo que apunte a la impunidad de los delitos de lesa humanidad, la Corte lo sustenta también en la línea jurisprudencia fijada en el **Caso Barrios Altos** que estableció que son inadmisibles las disposiciones de amnistía, 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[266].

3. El Decreto Ley Nº 2.191 que dispuso amnistía

La Corte luego de afirmar que el crimen del señor Almonacid Arellano era de lesa humanidad examinó la validez del Decreto Ley Nº 2.191 que concedía una amnistía general a todos los responsables de "hechos delictuosos" cometidos desde el 11 de setiembre de 1973 al 10 de marzo de 1978. El Dec. Ley si bien excluía de la amnistía un listado de delitos, no estaban los crímenes de

(264) Párrafo 108.
(265) Párrafo 109.
(266) Párrafo 112.

lesa humanidad, lo que obedecía en cuanto a su *ratio legis* un auto amnistía justamente de quienes habían perpetrado dichos crímenes. Por lo que frente a este Decreto Ley la Corte dijo en forma conclusiva:

> "Leyes de amnistía con las características descritas (…) conducen a la indefensión de las víctimas y a la perpetuación de la impunidad de los crímenes de lesa humanidad, por lo que son manifiestamente incompatibles con la letra y el espíritu de la Convención americana e indudablemente afectan derechos consagrados en ella. Ello constituye per se una violación de la Convención y genera responsabilidad internacional del Estado. En consecuencia, dada su naturaleza, el Decreto Ley Nº 2.191 carece de efectos jurídicos y no puede seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos que constituyen este caso, ni para la identificación y el castigo de los responsables, ni puede tener igual o similar impacto respecto de otros casos de violación de los derechos consagrados en la Convención Americana acontecidos en Chile"(267).

Si el Estado emplazado no ha cumplido con derogar las leyes de amnistía u otras que buscan la impunidad entonces la Corte habilita a los jueces para que realicen un "control de convencionalidad" entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana(268). Esta es una suerte de símil de control difuso constitucional, y sería en todo caso control difuso convencional.

La jurisdicción militar a la que la Corte Suprema de Chile concedieron competencia en la investigación del caso del señor Almonacid Arellano, terminaron aplicando el Decreto Ley Nº 2.191 y archivando el proceso. Con estos hechos a criterio de la Corte el Estado chileno violó el artículo 8.1 de la Convención Americana, en conjunto con el artículo 1.1 de esta, por otorgar competencia a la jurisdicción militar para que conozca el caso, ya que esta no cumple con los estándares de competencia, independencia e imparcialidad y vulnera el derecho al juez natural. Además el Estado con el archivo del caso violó el derecho a las garantías judiciales y a la protección judicial, en perjuicio de los familiares del señor Almonacid Arellano.

(267) Párrafo 119.
(268) Párrafo 124.

II. Perú

En Perú a partir de 1980 en paralelo a la instalación de un régimen constitucional luego de 12 años de gobiernos militares, el PCP Sendero Luminoso inicio lo que sería la lucha armada por la conquista del poder en Ayacucho. Este grupo subversivo era dirigido por un profesor de Filosofía afincado en Ayacucho que se hacía llamar el presidente Gonzalo y desde una perspectiva caudillista y de culto a la personalidad desató una guerra contra el Estado que ocasionó no menos de 20,000 muertes (aunque la comisión de la verdad contabilizó 70,000).

La respuesta del Estado estuvo teñida de violaciones a los derechos humanos en la que la pérdida de población civil que estaba entre el fuego cruzado con la subversión queda en la memoria histórica como acontecimientos que nunca más deben ocurrir.

Desde Sendero Luminoso y luego la aparición del autodenominado Movimiento Revolucionario Túpac Amaru, realizaron actos contra población civil que pueden considerarse de lesa humanidad, los asesinatos selectivos de dirigentes populares, autoridades electas, o el remate de heridos en las confrontaciones con las fuerzas armadas, dista mucho de los derechos fundamentales que en este periodo con sus líderes presos buscan "defender"[269].

La respuesta estatal también tuvo elementos de terrorismo de estado y su momento cúspide fue la creación del Grupo Colina conformado por oficiales y suboficiales del ejército para tareas de sabotaje y eliminación extrajudicial de presuntos subversivos. Con un libreto que han seguido dictaduras y gobiernos autoritarios se dictaron leyes de amnistía para garantizar la impunidad de los autores directos y de los intelectuales que maquinaron estos planes antisubversivos.

La Corte tuvo la oportunidad de pronunciarse en el Caso Barrios Altos vs. Perú, Sentencia de 14 de marzo de 2001, estableciendo orientaciones jurisprudenciales respecto a delitos contra la humanidad. La Comisión de Derechos Humanos presentó una demanda solicitando lo siguiente:

a) reabra la investigación judicial sobre los hechos.

b) otorgue una reparación integral adecuada por concepto de daño material y moral a los familiares de las 15 presuntas víctimas que fueron ejecutadas y de las cuatro presuntas víctimas que se encuentran con vida.

(269) Por ejemplo, el grupo Movadef que reivindica en pensamiento Gonzalo.

c) derogue o deje sin efecto la Ley Nº 26479 que concede "amnistía general a personal militar, policial y civil para diversos casos" y la Ley Nº 26492 que precisa la interpretación y los alcances de la amnistía otorgada por la Ley Nº 26479.

d) pague las costas y gastos en que han incurrido las presuntas víctimas y/o sus familiares, para litigar en este caso tanto en el ámbito interno como ante la Comisión y ante la Corte, y los honorarios razonables de sus abogados.

1. Hechos

Según la demanda de la Comisión aproximadamente a las 22:30 horas del 3 de noviembre de 1991, seis individuos fuertemente armados irrumpieron en el inmueble ubicado en el Jirón Huanta N° 840 del vecindario conocido como Barrios Altos de la ciudad de Lima. Al ingresar estas personas se estaba celebrando una fiesta para recaudar fondos con el objeto de hacer reparaciones en el edificio. Los atacantes llegaron al sitio en dos vehículos, uno de marca Jeep Cherokee y otro Mitsubishi. Estos automóviles portaban luces y sirenas policiales, que fueron apagadas al llegar al lugar de los hechos.

Las personas estaban con pasamontañas y obligaron a las presuntas víctimas a arrojarse al suelo. Una vez que estas estaban en el suelo, los atacantes les dispararon indiscriminadamente por un periodo aproximado de dos minutos, matando a 15 personas e hiriendo gravemente a otras cuatro, quedando una de estas últimas, Tomás Livias Ortega, permanentemente incapacitada. Con la misma celeridad con que habían llegado, los atacantes huyeron en los dos vehículos, haciendo sonar nuevamente las sirenas.

Se emplearon silenciadores y durante la investigación, la policía encontró en la escena del crimen 111 cartuchos y 33 proyectiles del mismo calibre, correspondientes a pistolas ametralladoras.

Las investigaciones judiciales y los informes periodísticos revelaron que los involucrados trabajaban para inteligencia militar, que eran miembros del ejército peruano que actuaban en un escuadrón de eliminación llamado "Grupo Colina" que llevaba a cabo su propio programa antisubversivo y que eran en represalia contra presuntos integrantes del Partido Comunista Sendero Luminoso.

En el parlamento peruano el Senado de la República designo una Comisión Investigadora la cual se instaló el 27 de noviembre de 1991. El 23 de diciembre de 1991 la Comisión efectuó una "inspección ocular" en el inmueble donde sucedieron los hechos, entrevistó a cuatro personas, y realizó otras diligencias

pero no concluyó su investigación, pues el "Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional", que se inició el 5 de abril de 1992, disolvió el Congreso y el Congreso Constituyente Democrático elegido en noviembre de 1992 no reanudó la investigación ni publicó lo ya investigado por la comisión senatorial.

Aunque los hechos ocurrieron en 1991, las autoridades judiciales no iniciaron una investigación seria del incidente sino en abril de 1995, cuando la Fiscal Penal de Lima, Ana Cecilia Magallanes (ya fallecida), denunció a cinco oficiales del ejército como responsables de los hechos, incluyendo a varios ya condenados en el caso La Cantuta. Los acusados eran el General de División Julio Salazar Monroe, Jefe del Servicio de Inteligencia Nacional (SIN), el Mayor Santiago Martín Rivas, los Suboficiales Nelson Carbajal García, Juan Sosa Saavedra y Hugo Coral Goycochea. La fiscal intentó en varias oportunidades, sin éxito, hacer comparecer a los acusados para que rindieran declaración y formalizó la denuncia ante el 16 Juzgado Penal de Lima. Los oficiales militares respondieron que la denuncia debía dirigirse a otra autoridad y señalaron que el Mayor Rivas y los suboficiales se encontraban bajo la jurisdicción del Consejo Supremo de Justicia Militar. El General Julio Salazar Monroe se negó a responder las citaciones argumentando que tenía rango de Ministro de Estado y que, en consecuencia, gozaba de los privilegios que tenían los Ministros.

La juez Antonia Saquicuray del 16 Juzgado Penal de Lima inició una investigación formal el 19 de abril de 1995, e intentó tomar declaración a los presuntos integrantes del "Grupo Colina" en la cárcel, pero el Alto Mando Militar se lo impidió. El Consejo Supremo de Justicia Militar dictó una resolución que dispuso que los acusados y el Comandante General del Ejército y Jefe del Comando Conjunto, Nicolás de Bari Hermoza Ríos, estaban impedidos de rendir declaración ante algún otro órgano judicial, dado que se estaba procesando paralelamente una causa ante la justicia militar.

Tan pronto se inició la investigación de la juez Saquicuray los tribunales militares interpusieron una petición ante la Corte Suprema reclamando competencia sobre el caso, alegando que se trataba de oficiales militares en servicio activo. Sin embargo, antes de que la Corte Suprema pudiera resolver el asunto, el Congreso peruano sancionó una ley de amnistía, la Ley Nº 26479, que exoneraba de responsabilidad a los militares, policías, y también a civiles, que hubieran cometido, entre 1980 y 1995, violaciones a los derechos humanos o participado en esas violaciones. El proyecto de ley sin debate fue aprobado tan pronto como fue presentado, en las primeras horas del 14 de junio de 1995. La Ley fue promulgada de inmediato por el Presidente y entró en vigor el 15 de junio de 1995. El efecto de la señalada ley fue el de determinar el archivo definitivo de las investigaciones judiciales y así evitar la responsabilidad penal

de los responsables de la masacre. La ley de amnistía aprobada era parte del libreto que han utilizado las dictaduras para dar impunidad a los violadores de derechos humanos y a los que desde las altas esfera del poder participaron como autores mediatos o por lo menos encubrieron los crímenes. El rol del parlamento peruano dominado por una mayoría del partido del expresidente Alberto Fujimori en este aspecto tuvo un rol vergonzoso.

2. Ley de amnistía y Poder Judicial

La Ley Nº 26479 concedió una amnistía a todos los integrantes de las fuerzas de seguridad y civiles que fueran objeto de denuncias, investigaciones, procedimientos o condenas, o que estuvieran cumpliendo sentencias en prisión, por violaciones de derechos humanos. Para darle legitimidad a esta ley también consideraron amnistía al personal militar en situación de actividad, disponibilidad o retiro y civil implicados, procesados o condenados por los sucesos del 13 de noviembre de 1992 que fue un acto de restauración constitucional encabezado por el General Jaime Salinas Sedó distante de cualquier actos de violaciones graves de derechos humanos.

Las escasas condenas impuestas a integrantes de las fuerzas de seguridad por violaciones de derechos humanos fueron dejadas sin efecto inmediatamente. Se liberó a los ocho hombres recluidos por el caso conocido como "La Cantuta" (la muerte de jóvenes universitarios y un profesor por el mismo Grupo Colina), algunos de los cuales estaban procesados en el caso Barrios Altos.

El 16 de junio de 1995 la juez Antonia Saquicuray decidió que el artículo 1 de la Ley Nº 26479 no era aplicable a los procesos penales pendientes en su juzgado contra los cinco miembros del Servicio de Inteligencia Nacional (SIN), debido a que la amnistía violaba las garantías constitucionales y las obligaciones internacionales que la Convención Americana imponía al Perú. Los afectados apelaron esta decisión la Undécima Sala Penal de la Corte Superior de Lima que debía revocar o confirmar la resolución. El 27 de junio de 1995 Carlos Arturo Mansilla Gardella, fiscal superior, defendió la resolución de la Juez Saquicuray. En simultaneo el poder político utilizando al Congreso dictó una segunda ley de amnistía, N° 26492, que estaba dirigida a interferir con las actuaciones judiciales del caso Barrios Altos. La ley declaró que la amnistía no era "revisable" en sede judicial y que era de obligatoria aplicación; y amplió el alcance de la Ley Nº 26479, concediendo una amnistía general para todos los funcionarios militares, policiales o civiles que pudieran ser objeto de procesamientos por violaciones de derechos humanos cometidas entre 1980 y 1995, aunque no hubieran sido denunciadas. El efecto de esta segunda ley fue impedir que los jueces se pronunciaran sobre la legalidad o aplicabilidad

de la primera ley de amnistía, invalidando lo resuelto por la juez Saquicuray e impidiendo decisiones similares en el futuro. La Sala Penal revocó la resolución apelada señalando que la ley de amnistía no era antagónica con la ley fundamental de la República ni con los tratados internacionales de derechos humanos; que los jueces no podían decidir no aplicar leyes adoptadas por el Congreso porque ello iría contra el principio de separación de poderes. Además ordenó que la juez Saquicuray fuera investigada por el órgano judicial de control interno por haber interpretado las normas incorrectamente, que completaba una operación política del más alto nivel para garantizar la impunidad.

3. Regla jurídica respecto a las leyes de amnistía

El caso Barrios Altos es tomado como referencia obligada no solo por la jurisprudencia de la región sino en jurisprudencia de cortes europeas como la audiencia nacional de España, y es que respecto a la amnistía como institución para garantizar la impunidad la Corte estableció con claridad la *ratio decidendi*:

> **"INCOMPATIBILIDAD DE LEYES DE AMNISTÍA CON LA CONVENCIÓN**
>
> 41. Esta Corte considera 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(270) reconocidos por el Derecho internacional de los Derechos Humanos.
>
> 42. La Corte, conforme a lo alegado por la Comisión y no controvertido por el Estado, considera que las leyes de amnistía adoptadas por el Perú impidieron que los familiares de las víctimas y las víctimas sobrevivientes en el presente caso fueran oídas por un juez, conforme a lo señalado en el artículo 8.1 de la Convención; violaron el derecho a la protección judicial consagrado en el artículo 25 de la Convención; impidieron la investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y sanción de los responsables de los hechos ocurridos en Barrios Altos, incumpliendo el artículo 1.1 de la Convención, y obstruyeron el esclarecimiento de los hechos del

(270) Entiéndase *jus cogens.*

caso. Finalmente, la adopción de las leyes de autoamnistía incompatibles con la Convención incumplió la obligación de adecuar el derecho interno consagrada en el artículo 2 de la misma.

43. La Corte estima necesario enfatizar que, a la luz de las obligaciones generales consagradas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención americana, los Estados partes tienen el deber de tomar las providencias de toda índole para que nadie sea sustraído de la protección judicial y del ejercicio del derecho a un recurso sencillo y eficaz, en los términos de los artículos 8 y 25 de la Convención. Es por ello que los Estados partes en la Convención que adopten leyes que tengan este efecto, como lo son las leyes de autoamnistía, incurren en una violación de los artículos 8 y 25 en concordancia con los artículos 1.1 y 2 de la Convención. Las leyes de autoamnistía conducen a la indefensión de las víctimas y a la perpetuación de la impunidad, por lo que son manifiestamente incompatibles con la letra y el espíritu de la Convención americana. Este tipo de leyes impide la identificación de los individuos responsables de violaciones a derechos humanos, ya que se obstaculiza la investigación y el acceso a la justicia e impide a las víctimas y a sus familiares conocer la verdad y recibir la reparación correspondiente.

44. Como consecuencia de la manifiesta incompatibilidad entre las leyes de autoamnistía y la Convención americana sobre Derechos Humanos, las mencionadas leyes carecen de efectos jurídicos y no pueden seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos que constituyen este caso ni para la identificación y el castigo de los responsables, ni puedan tener igual o similar impacto respecto de otros casos de violación de los derechos consagrados en la Convención americana acontecidos en el Perú".

4. El derecho a la verdad como acceso a la tutela judicial

En la sentencia del caso Barrios Altos también emergió el derecho a la verdad. La Comisión alegó que el derecho a la verdad se fundamenta en los artículos 8 y 25 de la Convención, en la medida que ambos son "instrumentales" en el establecimiento judicial de los hechos y circunstancias que rodearon la violación de un derecho fundamental. La Comisión expuso que este derecho se enraíza en el artículo 13.1 de la Convención, en cuanto reconoce el derecho a buscar y recibir información; y que sobre el Estado recae

una obligación positiva de garantizar información esencial para preservar los derechos de las víctimas, asegurar la transparencia de la gestión estatal y la protección de los derechos humanos.

La Corte frente a todos los obstáculos que les pusieron a los familiares de las víctimas de Barrios Altos, desde la intervención del poder político con las leyes de amnistía para encubrir la verdad hasta el avasallamiento del poder judicial para evitar la investigación y el enjuiciamiento de los presuntos responsables determinó lo siguiente:

> "47. En el presente caso, es incuestionable que se impidió a las víctimas sobrevivientes, sus familiares y a los familiares de las víctimas que fallecieron, conocer la verdad acerca de los hechos ocurridos en Barrios Altos.
>
> 48. Pese a lo anterior, en las circunstancias del presente caso, el derecho a la verdad se encuentra subsumido en el derecho de la víctima o sus familiares a obtener de los órganos competentes del Estado el esclarecimiento de los hechos violatorios y las responsabilidades correspondientes, a través de la investigación y el juzgamiento que previenen los artículos 8 y 25 de la Convención".

Esta decisión importante de la Corte Interamericana permitió que en Perú se encausara tanto a los autores intelectuales o mediatos y a los autores de las muertes en Barrios Altos, y otros hechos que sacudieron la conciencia pública de los peruanos como la muerte de estudiantes y un profesor de la universidad la Cantuta. El camino ha sido tortuoso y no exento de posiciones encontradas en la magistratura para enfocar la aplicación del Derecho Penal internacional en ellos.

III. Guatemala

1. El caso de Molina Theissen y su familia

En el Caso Molina Theissen vs. Guatemala, sentencia del 4 de mayo de 2004, se consideró que en la época en la que sucedieron los hechos, la desaparición forzada de personas constituía una práctica del Estado llevada a cabo principalmente por agentes de las fuerzas de seguridad. La finalidad de esta práctica era la desarticulación de los movimientos u organizaciones que el

Estado identificaba como proclives a la "insurgencia" y extender el terror en la población[271];

La Corte estableció como hechos probados los siguientes:

- El Estado se basaba en la "doctrina de seguridad nacional" para calificar a una persona como "subversiva" o "enemiga interna", que podía ser cualquiera que, real o presuntamente, y respaldara la lucha para cambiar el régimen.

- Las víctimas se encontraban dentro de todos los sectores de la sociedad guatemalteca: dirigentes de las organizaciones opositoras y populares, trabajadores, campesinos, maestros, líderes estudiantiles y religiosos o sus auxiliares seglares; es decir que no necesariamente tenían que estar vinculados a la insurgencia armada.

- Los autores de estas graves violaciones de derechos humanos eran miembros del el ejército, las patrullas de autodefensa civil, los comisionados militares, la guardia de hacienda, la policía militar ambulante, la policía nacional, la policía judicial y los "escuadrones de la muerte".

- Las detenciones, los secuestros, las torturas y el posterior asesinato de los "desaparecidos" eran efectuados por grupos de individuos fuertemente armados, que se presentaban e identificaban verbalmente como pertenecientes a alguno de los distintos cuerpos investigativos o de seguridad del Estado.

- Las operaciones de intervención no informaban los motivos de la presunta detención ni los centros donde serían trasladados los detenidos. Dichos grupos actuaban con total impunidad y se movilizaban en automóviles similares a los de las fuerzas policiales o identificados como pertenecientes a los cuerpos de seguridad, con placas deterioradas o carentes de matrícula de circulación.

- El uso de la violencia fue una constante en las desapariciones forzadas de personas ejecutadas por los miembros de seguridad del Estado. Estos actos de violencia iban dirigidos contra la víctima, sus familiares y los testigos de los hechos.

(271) Considerando 40.1.

- Las intimidaciones y amenazas a los familiares de las víctimas continuaban un tiempo después de la detención, con el objetivo de obstruir las acciones que realizaran para ubicar al detenido e incrementar el temor de la familia.

- Entre 1979 y 1983, periodo que coincide con la agudización del conflicto interno guatemalteco, los niños y las niñas estuvieron expuestos a violaciones a sus derechos humanos, siendo víctimas directas de desapariciones forzadas, ejecuciones arbitrarias, torturas, secuestros, violaciones sexuales y otros violatorios a sus derechos fundamentales. Las amenazas y torturas a las que los sometieron fueron utilizadas como una forma de torturar a sus familias, lo cual tuvo un carácter de terror ejemplificante para estos.

Marco Antonio Molina Theissen nació el 30 de noviembre de 1966 y tenía 14 años y 10 meses al momento de producirse los hechos. Vivía con su familia en Ciudad de Guatemala y cursaba tercer grado de secundaria en el Colegio Guatemalteco-Israelí. Su madre es Emma Theissen Álvarez de Molina y su padre Carlos Augusto Molina Palma, quien falleció. Sus hermanas son Emma Guadalupe, María Eugenia y Ana Lucrecia, todas Molina Theissen. Miembros de la familia Molina Theissen y otros de sus parientes, como los cuñados de Marco Antonio, participaban en los ámbitos administrativo, académico y político-social de la Universidad de San Carlos y eran identificados como opositores políticos o "subversivos" por parte de las fuerzas de seguridad.

Carlos Augusto Molina Palma, padre de la víctima, fue parte de los opositores al gobierno militar instaurado en 1954, por lo que fue detenido, maltratado y expulsado de Guatemala en varias ocasiones entre 1955 y 1960. En 1966 Carlos Augusto denunció públicamente la desaparición forzada de su hermano Alfredo como un primer antecedente de crimen contra su familia.

Ana Lucrecia Molina Theissen, hermana Marco Antonio, fue dirigente estudiantil de secundaria y como maestra se vinculó a las organizaciones gremiales.

María Eugenia Molina Theissen, hermana de la víctima, fue funcionaria de la Universidad de San Carlos. Se casó con Héctor Alvarado Chuga, un exdirigente estudiantil de secundaria, quien también estudió en la referida universidad y se desempeñó como profesor de la Escuela de Orientación Sindical de esa universidad.

Emma Guadalupe Molina Theissen, hermana de la víctima, fue militante de la "Juventud Patriótica del Trabajo", que pertenecía al Partido Guatemalteco

del Trabajo (PGT). Julio César del Valle Cóbar, su compañero, fue dirigente del partido estudiantil FRENTE de la Universidad de San Carlos, en Ciudad de Guatemala, a finales de los años setenta y principios de los ochenta. El 22 de marzo de 1980 Julio César del Valle Cóbar apareció torturado y baleado en su automóvil. Emma Guadalupe, a raíz del asesinato de su compañero, tuvo que esconderse y huir fuera de Ciudad de Guatemala.

El 27 de setiembre de 1981 Emma Guadalupe fue detenida por efectivos militares que la mantuvieron en custodia de manera ilegal y clandestina durante nueve días en las instalaciones del Cuartel Militar "Manuel Lisandro Barillas", en Quetzaltenango. Fue torturada y vejada sexualmente, pero el 5 de octubre de 1981, había perdido tanto peso que logró quitarse las esposas y fugarse por una ventana.

2. La desaparición de Marco Antonio Molina Theissen

El 6 de octubre de 1981 dos sujetos armados con pistolas automáticas entraron a la casa de la familia Molina Theissen, ubicada en la 6ª avenida, Nº 2-35, Zona 19, Colonia La Florida, en Ciudad de Guatemala, y una tercera persona permaneció vigilando afuera de la residencia. Dentro de la casa se encontraban el niño Marco Antonio Molina Theissen y su madre Emma Theissen Álvarez. Uno de los individuos colocó grilletes a Marco Antonio, lo sujetó al brazo de un sillón y lo amordazó con una tira de *masking tape*. El otro sujeto golpeó a la señora Emma Theissen Álvarez y la trató de encerrar en una de las habitaciones de la casa.

Los individuos registraron todo el inmueble de la familia Molina Theissen. Luego de finalizado el registro, tomaron al niño Marco Antonio Molina Theissen, lo metieron en un costal de nailon y lo tiraron "en la palangana" de un *pick up* verde placa oficial-17675. La señora Emma Theissen Álvarez logró salir de la casa y corrió detrás del vehículo, sin poder hacer nada. Esa fue la última vez que vio a su hijo.

La detención y posterior desaparición forzada de Marco Antonio Molina Theissen fue ejecutada por efectivos del ejército guatemalteco, presuntamente como represalia por la fuga de su hermana Emma Guadalupe Molina Theissen del Cuartel Militar "Manuel Lisandro Barillas", y como castigo para una familia considerada por ellos como "enemiga" por activa participación política y gremial.

La familia de Marco Antonio Molina Theissen se vio forzada a salir de Guatemala para protegerse, asilándose en Mexico y Ecuador. Posteriormente

sus padres realizaron diversas gestiones tendientes a dar con el paradero de su hijo: visitaron destacamentos militares, fueron a hospitales y se comunicaron con oficiales del ejército, con altos jefes de la policía y del Gobierno, con representantes de la Iglesia Católica y con organismos internacionales de derechos humanos. Los padres se comunicaron con varias personas para negociar su liberación; al respecto, les solicitaron dinero y el canje del padre por el hijo. La familia aceptó los términos y condiciones de la negociación pero esas personas nunca cumplieron lo establecido.

Los padres de la víctima interpusieron varios recursos de exhibición personal el mismo día de los hechos. El 9 de julio de 1997 los familiares de la víctima, con la asesoría legal del Grupo de Apoyo Mutuo, interpusieron ante la Corte Suprema de Justicia de Guatemala un nuevo recurso de exhibición personal a favor de Marco Antonio Molina Theissen, pero no obtuvieron respuesta. Posteriormente, el 11 de agosto de 1997, los familiares de Marco Antonio Molina Theissen presentaron nuevamente ante la Corte Suprema de Justicia de Guatemala otro recurso de exhibición personal a su favor. El 15 de agosto de 1997 el Juzgado Segundo de Primera Instancia del Municipio de Mixco declaró sin lugar el recurso de exhibición personal interpuesto.

Vemos el recorrido tortuoso seguido por los familiares de Marco Antonio Molina Theissen y el silencio oficial o el encubrimiento de los presuntos responsables de su desaparición. También se aprecia el comportamiento de los órganos judiciales que no dieron respuesta oportuna a la petición de la familia o denegaron sin mayor fundamento. Al ser demandado ante la Corte el Estado de Guatemala el 2002 promovió una serie de excepciones en su defensa, pero el año 2004 las retiró y acepto su responsabilidad en este caso por lo que la Corte decidió que el Estado demandado:

> "43. (…) incurrió en responsabilidad internacional por la violación de los derechos consagrados en los artículos 4.1 (Derecho a la Vida), 5.1 y 5.2 (Derecho a la Integridad Personal), 7 (Derecho a la Libertad Personal), 8 (Garantías Judiciales), 17 (Protección a la Familia), 19 (Derechos del Niño) y 25 (Protección Judicial) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y el incumplimiento de las obligaciones establecidas en los artículos 1.1 (Obligación de Respetar los Derechos) y 2 (Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno) de la misma, en perjuicio de Marco Antonio Molina Theissen; asimismo, Guatemala incumplió la obligación establecida en los artículos I y II de la Convención Interamericana sobre la desaparición forzada de personas en perjuicio de Marco Antonio Molina Theissen.

44. (...) el Estado es responsable por la violación de los derechos consagrados en los artículos 5.1 y 5.2 (Derecho a la Integridad Personal), 8 (Garantías Judiciales), 17 (Protección a la Familia) y 25 (Protección Judicial) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y por el incumplimiento de las obligaciones establecidas en los artículos 1.1 (Obligación de Respetar los Derechos) y 2 (Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno) de la misma, en perjuicio de los siguientes familiares de Marco Antonio Molina Theissen: Emma Theissen Álvarez vda. de Molina (madre), Carlos Augusto Molina Palma (padre fallecido), Emma Guadalupe, Ana Lucrecia y María Eugenia Molina Theissen (hermanas)".

IV. El Salvador

1. Caso de las hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador. Sentencia del 1 de marzo de 2005

1.1. Antecedentes

La Comisión Interamericana expuso en su demanda que a partir del 2 de junio de 1982 se dio la supuesta captura, secuestro y desaparición forzada de las entonces niñas Ernestina y Erlinda Serrano Cruz quienes tenían 7 y 3 años de edad, respectivamente cuando fueron supuestamente capturadas por militares integrantes del Batallón Atlacatl del Ejército salvadoreño durante un operativo militar conocido como "Operación Limpieza" o "la guinda de mayo", el cual se llevó a cabo, entre otros, en el Municipio de San Antonio de La Cruz, departamento de Chalatenango, desde el 27 de mayo hasta el 9 de junio de 1982. En dicho operativo supuestamente participaron unos catorce mil militares.

Ernestina y Erlinda Serrano Cruz fueron vistas por última vez hace 21 años, en el momento en que un helicóptero de las Fuerzas Armadas salvadoreñas las transportaba del lugar de los hechos a un lugar denominado "La Sierpe", en la ciudad de Chalatenango y que estos hechos formaron parte de un patrón de desapariciones forzadas en el contexto del conflicto armado, presuntamente perpetradas o toleradas por el Estado.

Los hechos ocurrieron en momentos en que los recursos judiciales internos resultaban inoperantes. Recién el 30 de abril de 1993 la señora María Victoria Cruz Franco, madre de las presuntas víctimas, presentó una denuncia ante el Juzgado de Primera Instancia de Chalatenango por la supuesta desaparición de Ernestina y Erlinda. El 13 de noviembre de 1995 la señora Cruz Franco

interpuso ante la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador un recurso de exhibición personal o hábeas corpus, el cual fue desestimado por la referida Sala, por considerar que no era idóneo para investigar el paradero de las niñas.

1.2. Antecedentes históricos

Desde 1980 hasta 1991 El Salvador se vio sumido en un conflicto armado interno, durante el cual se configuró el fenómeno de las desapariciones forzadas de personas. Estos graves sucesos fueron objeto de análisis y discusión por parte de la comisión de la verdad para El Salvador auspiciada por las Naciones Unidas, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, organismos internacionales, autoridades y del propio Estado.

El 31 de mayo de 1996 la Asociación Pro-Búsqueda de Niños y Niñas Desaparecidos interpuso una denuncia ante la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos por la presunta desaparición de 145 niños y niñas durante el conflicto armado de El Salvador. Entre estas víctimas se encontraban las hermanas Ernestina y Erlinda Serrano Cruz, ocurrida en junio de 1982 en Chalatenango.

Llegado a conocimiento de la Corte, esta se declaró competente solo por hechos posteriores al 6 de junio de 1995 cuando El Salvador deposito el instrumento de aceptación de la competencia en la Secretaría General de OEA.

1.3. Consideraciones de la Corte

La Corte recuerda que el Derecho internacional de los Derechos Humanos tiene por fin proporcionar al individuo medios de protección de los derechos humanos reconocidos internacionalmente frente al Estado (sus órganos, sus agentes, y todos aquellos que actúan en su nombre), y que es un principio básico del derecho de la responsabilidad internacional del Estado, recogido por el Derecho internacional de los Derechos Humanos, que todo Estado es internacionalmente responsable por cualquier acto u omisión de cualesquiera de sus poderes u órganos en violación de los derechos internacionalmente consagrados.

Por el hecho de que la Corte carece de competencia para conocer de los hechos o actos anteriores o con principio de ejecución anterior al 6 de junio de 1995 siendo el aspecto sustancial de la controversia en este caso ante el tribunal si los procesos internos permitieron que se garantizara un acceso a la justicia conforme a los estándares previstos en la Convención americana.

La Corte ha constatado que en el proceso ante la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia como en el proceso ante el Juzgado de Primera Instancia de Chalatenango, han habido graves omisiones en recabar la prueba por la falta de voluntad por parte de la fiscalía y de los jueces para solicitar y ordenar las diligencias probatorias necesarias para determinar lo sucedido a Ernestina y Erlinda Serrano Cruz, ubicar su paradero e investigar y sancionar a los responsables. Si bien es un caso complejo por diversos motivos, lo cual implica que las autoridades judiciales debían de tomar en cuenta las particularidades de los hechos denunciados y la situación de conflicto armado en que se encontraba el país en la época en que supuestamente ocurrieron los hechos que se investigan; la Corte encuentra que las investigaciones no fueron realizadas con la debida eficacia que ameritaba el caso y que los jueces no cumplieron con su deber de conducir con diligencia dichos procesos.

La Corte considera que el proceso de **exhibición personal o hábeas corpus** y el proceso penal no han cumplido con los estándares de acceso a la justicia y debido proceso consagrados en la Convención americana. El Estado no observó el principio del plazo razonable en el proceso penal tramitado ante el Juzgado de Primera Instancia de Chalatenango y ninguno de los dos procesos ha sido tramitado de manera diligente que permita su efectividad para determinar lo sucedido a Ernestina y Erlinda Serrano Cruz, ubicar su paradero, e investigar y sancionar a los responsables.

La Corte declaró que el Estado violó, en perjuicio de Ernestina y Erlinda Serrano Cruz y de sus familiares, los artículos 8.1 y 25 de la Convención americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma.

Con relación a los familiares de las niñas desaparecidas la Corte concluyó que habían vivido durante años con un sentimiento de desintegración familiar, inseguridad, frustración, angustia e impotencia ante la abstención de las autoridades judiciales de investigar los hechos denunciados diligentemente y en un plazo razonable, y de adoptar cualquier otro tipo de medida dirigida a determinar el paradero de Ernestina y Erlinda.

La falta de investigación respecto de lo sucedido a Ernestina y Erlinda y la determinación de su paradero han sido y sigue siendo una fuente de sufrimiento para sus familiares, quienes han mantenido la esperanza de encontrarlas con vida y lograr un reencuentro familiar. El perito Ana Deutsch indicó respecto de la madre de las niñas que presentaba los síntomas típicos del estrés postraumático y de depresión. Ella no podía dormir bien, tuvo momentos de mucha irritación, su pensamiento no se desprendió nunca de sus hijas desaparecidas, guardaba una tristeza profunda, se quejaba de un dolor en el pecho,

que es la descripción **más acertada de la angustia**. La madre de Ernestina y Erlinda Serrano Cruz falleció con la esperanza de que sus hijas estuvieran con vida y de que algún día su familia se pudiera reunir nuevamente. Murió sin que el Estado hubiera determinado lo sucedido a sus dos hijas y establecido su paradero.

La Corte declaró que el Estado violó, en perjuicio de los familiares de Ernestina y Erlinda Serrano Cruz, el derecho a la integridad personal consagrado en el artículo 5 de la Convención americana, en relación con el artículo 1.1 de esta.

V. Argentina

El gobierno constitucional de la presidente María Estela Martínez de Perón fue derrocado por las fuerzas armadas el 24 de marzo de 1976, adoptando esta dictadura militar el nombre de **Proceso de Reorganización Nacional** y duró hasta el 10 de diciembre de 1983, día de asunción del gobierno elegido mediante sufragio de Raúl Alfonsín. Una junta militar, encabezada por los comandantes de las tres fuerzas armadas, ocupó el poder siendo el primer presidente Jorge Rafael Videla. La dictadura argentina es la más violenta de la historia argentina y produjo aproximadamente como 20,000 personas entre asesinadas y desaparecidas. Desde un terrorismo de Estado se violaron gravemente los derechos humanos, se cometieron crímenes contra la humanidad, se desaparecieron y murieron miles de personas, y con la particularidad del robo sistemático de recién nacidos.

Con marchas y contramarchas el sistema judicial argentino y pese a la intervención del poder político para buscar la impunidad, ha logrado procesar y condenar a los autores intelectuales y materiales de estos hechos.

La averiguación de la verdad como derecho nacido a partir de la jurisprudencia de la Corte Interamericana tiene como expresión la obligación del Estado de indagar sobre personas desaparecidas.

La cámara federal de la capital federal, pese a que había llevado juicios importantes a los responsables de los crímenes de la dictadura y había planteado la necesidad del derecho a la verdad, rechazó las medidas de investigación contra Carmen Aguiar de Lapacó, madre de una mujer desaparecida. Ello motivó la intervención de la CSJN, tribunal que, por mayoría, entendió que las medidas de investigación tendientes a comprobar un hecho delictivo no eran procedentes al haberse agotado el objeto procesal. La mayoría de la CSJN

consideró que la "realización de las medidas requeridas implicaría la reapertura del proceso y el consecuente ejercicio de actividad jurisdiccional contra quienes han sido sobreseídos definitivamente por las conductas que dieron lugar a la formación de la presente causa, por lo que no se advierte el objeto del solicitado diligenciamiento, dado que carecería de toda virtualidad la acumulación de prueba de cargo sin un sujeto pasivo contra el cual pudiera hacerse valer" Esta decisión de la CSJN motivó una denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que culminó con un acuerdo de solución amistosa entre el Estado argentino y la peticionante. En dicho acuerdo, suscrito el 15 de noviembre de 1999, el gobierno argentino aceptó y se comprometió a garantizar el derecho a la verdad, a gestionar una normativa para que las cámaras federales de todo el país tuvieran la competencia exclusiva y a gestionar ante el Ministerio Público la designación de fiscales especiales que actuaran en los procesos de averiguación de la verdad.

Entretanto fueron abriéndose procesos para averiguar la verdad en otras jurisdicciones del país (por ejemplo, La Plata, Bahía Blanca, Mar del Plata, Mendoza, Salta). Finalmente, este tipo de procedimientos fue convalidado tanto por la Cámara Nacional de Casación Penal como por la CSJN, y muchos de ellos continúan su curso incluso luego de la reapertura de los procesos penales propiamente dichos[272].

(272) PARENTI, Pablo. "Informes Nacionales". En: *Jurisprudencia latinoamericana sobre Derecho Penal Internacional*. Konrad Adenauer, Uruguay, 2008, pp. 64-65.

Capítulo VII
Delitos contra la humanidad en la legislación penal peruana

I. Genocidio

El crimen de genocidio es definitivamente un delito gravísimo desde la perspectiva de defensa de la humanidad. Se estableció por primera vez en la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, adoptada en 1948 por la Asamblea General de la ONU. Fue incluida luego en los Estatutos del TPI de Yugoslavia y del TPI de Ruanda, que incluyeron el crimen de genocidio de manera idéntica a la forma en que fue redactado en la Convención aludida. Esta consistencia en la definición del crimen de genocidio permitió la incorporación en el Estatuto de Roma del texto íntegro del artículo II de la Convención de 1948[273] cuya redacción es la siguiente:

> **Genocidio**
>
> A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por "genocidio" cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal:
>
> a) Matanza de miembros del grupo;
>
> b) Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo;
>
> c) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial;
>
> d) Medidas destinadas a impedir nacimientos en el seno del grupo;
>
> e) Traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo.

(273) MEDELLÍN URQUIAGA, Ximena; ARJONA ESTÉVEZ, Juan Carlos y GUEVARA B. José A. Ob. cit., p. 64.

El elemento descriptivo del tipo penal de genocidio es que tiene como objeto de la acción criminal a una pluralidad de personas, o como se le denomina grupos con características especiales que los distinguen de otros. Son estas características las que constituyen el motivo para su exterminio. Solo pensemos en el caso de la comunidad judía y el odio racial contra ellos de los nazis liderados por Hitler. Aquí radica el sustento del dolo del agente de este delito. Genocidios en la época reciente es la perpetrada en Ruanda por los hutus radicales contra la etnia tutsi que ocasionó en apenas dos meses más de 800,00 muertes. Otro caso terrible fue la matanza de Srebrenica en 1995 que consistió en el asesinato de 8,000 musulmanes bosnios que incluyó niños, mujeres, ancianos ejecutando la denominada limpieza étnica.

El genocidio se distingue de los demás crímenes en tanto que plasma una intención especial o *dolos specialis* que recae en la intención de destruir, en todo o en parte, un grupo nacional, étnico, racial o religioso. La Sala del TPI de Ruanda ha encontrado que "el perpetrador es culpable solo cuando dicha persona ha cometido alguno de los actos incluidos [en la definición del crimen] (…) con la clara intención de destruir, en todo o en parte, un grupo en particular. El perpetrador es culpable porque sabía, o debería haber sabido, que el acto cometido destruiría en todo o en parte al grupo" (ICTR-96-4-T, 2 de setiembre de 1998)(274). En este caso se maneja en la parte objetiva la conducta tendente a eliminar grupos humanos, y a nivel subjetivo se reconoce tanto el dolo directo como el dolo eventual.

Elemento de la intencionalidad del agente está la destrucción del grupo humano, su aniquilamiento. La jurisprudencia de TPI de Yugoslavia ha resaltado que "(…) la convención de genocidio, y el Derecho internacional consuetudinario en general, prohíben solo la destrucción física y biológica de un grupo humano. (…) una campaña atacando solo las características físicas o psicológicas del grupo humano con la finalidad de aniquilar estos elementos que dan al grupo su propia identidad distinta del resto de la comunidad no caerían dentro de la definición de genocidio" (IT-98-33-A, 19 de abril de 2004)(275). Esta es una postura restrictiva puesto que por ejemplo en el caso de Ruanda los hutus y tutsis no tienen casi diferencias raciales y más bien el elemento diferenciador son la estructura de castas y posiciones políticas.

La destrucción de una parte del grupo debe ser sustancial sea numérica o cualitativamente. La jurisprudencia del TPI de Yugoslavia (IT-98-33, 2 de

(274) MEDELLÍN URQUIAGA, Ximena; ARJONA ESTÉVEZ, Juan Carlos y GUEVARA B., José A. Ob. cit., p. 64.
(275) Ibídem, p. 65.

agosto de 2001) lo ha precisado. En esta misma línea el mismo tribunal señala que "(…) la intención requerida por el genocidio (…) se satisface cuando hay evidencia de que el presunto perpetrador intentaba destruir por lo menos a una parte sustancial del grupo protegido (…) el requisito de sustantividad captura, al mismo tiempo, la característica definitoria del genocidio como un crimen de proporciones masivas y refleja la preocupación de la Convención con respecto al impacto que la destrucción de la parte atacada tiene en la sobrevivencia o destino general del grupo" (IT-99-36, 1 de setiembre de 2004 / IT-98-33-A, 19 de abril de 2004)(276). Para que sea reconocido como genocidio el agente debe buscar el exterminio de una parte mayoritaria del grupo objetivo.

Cuando se refiere el crimen de genocidio a las características del grupo como étnico, religioso o racial, tanto el TPI de Ruanda como el TPI de Yugoslavia han interpretado el elemento del "grupo nacional, étnico, religioso o racial" de conformidad con los trabajos preparatorios de la convención de genocidio de 1948. En el TPI de Ruanda se dice que "el crimen de genocidio fue alegadamente concebido como ataques solo a grupos 'estables', constituidos de manera permanente y cuya pertenencia es determinada por el nacimiento, con la exclusión de grupos más 'movibles' a los que uno se une a través de un compromiso voluntario, tales como los grupos políticos o económicos. Los cuatro grupos incluidos en la definición de genocidio comparten un 'criterio común', a saber, 'que la pertenencia a dichos grupos no parecería normalmente cambiable por los miembros, que pertenecen a él automáticamente, por nacimiento, de manera continua y, comúnmente, irremediable'". (ICTR-96-4, 2 de setiembre de 1998/ICTR-96-13, 27 de enero de 2000).

El TPI de Yugoslavia ha notado que "(…) los trabajos preparatorios de la Convención de 1948 muestran que el establecimiento de la lista de grupos en la definición de genocidio fue concebida más para ejemplificar un fenómeno particular, correspondiendo aproximadamente a los que era reconocido, antes de la Segunda Guerra Mundial, como 'minorías nacionales', más que referirse a diversos y distintos prototipos de grupos humanos. Intentar diferenciar cada uno de los grupos mencionados con base en criterios científicamente objetivos sería inconsistente con el objetivo y propósito de la Convención" (IT-98-33-A, 19 de abril de 2004).

Según las líneas jurisprudenciales de ambos tribunales internacionales la determinación del grupo se deberá de realizar con bases: i) subjetivas: que el perpetrador perciba a la víctima como perteneciente al grupo que intenta

(276) Ídem.

destruir y, paralela pero no forzosamente, que la víctima se identifique con dicho grupo, y ii) objetivas: con base en las pruebas que proporcionen el contexto histórico, social, cultural y político (ICTR-97-20, 15 de mayo de 2003/ IT-02-60, 17 de enero de 2005)[277]. En esta línea nos adherimos a una postura amplia en el sentido de reconocer como objetivos del genocidio a grupos consolidados que tienen elementos comunes de diversa naturaleza y a los que el agente quiere destruir.

Uno de los elementos del crimen de genocidio es que el objetivo es el grupo "como tal". El TPI de Ruanda y TPI de Yugoslavia ha resaltado que "(...) la víctima final del genocidio es el grupo, a pesar que su destrucción necesariamente requiera la comisión de crímenes contra sus miembros, esto eso, contra individuos que pertenezca a ese grupo" (IT-99-36, 1 de setiembre de 2004). Los actos deben de ser cometidos contra un individuo, por que el individuo es miembro de un grupo específico, y especialmente porque él o ella pertenecen a ese grupo, de manera que la víctima es el grupo en sí mismo, y no solo el individuo[278]. Esta interpretación es importante puesto que allí ya no entra el criterio cuantitativo, es decir eliminar al grupo o a una parte sustancial de ella, sino que siendo los objetivos personas individuales, si se les aniquila por las características comunes con el grupo que conforma; entonces el objetivo no es individual propiamente sino colectivo.

En la legislación nacional el delito de genocidio fue incorporado al Código Penal en el artículo 319 por la Ley Nº 26926, publicada el 21 de febrero de 1998 que reproduce la configuración típica establecida por la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio en los siguientes términos:

> "Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de veinte años el que, con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, social o religioso, realiza cualquiera de los actos siguientes:
>
> 1. Matanza de miembros del grupo.
> 2. Lesión grave a la integridad física o mental a los miembros del grupo.
> 3. Sometimiento del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física de manera total o parcial.

(277) MEDELLÍN URQUIAGA, Ximena; ARJONA ESTÉVEZ, Juan Carlos y GUEVARA B., José A. Ob. cit., p. 66.
(278) Ibídem, p. 67.

4. Medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo.

5. Transferencia forzada de niños a otro grupo".

El bien jurídico tutelado es la humanidad, y como ya hemos desarrollado, el dolo del agente se expresa en la intención de destrucción de grupos nacionales, étnicos sociales o religiosos, que se constituyen en el sujeto pasivo de este delito.

El aspecto objetivo tiene varias modalidades, que van desde la matanza o muerte de personas del grupo al que se afectará.

Las lesiones graves a la integridad física o mental a los miembros del grupo, las mismas que hay que concebirlas interpretándola sistemáticamente con el artículo 121 del Código Penal en cuanto a las características de las lesiones graves.

Otra modalidad objetiva es las medidas destinadas a los nacimientos, como por ejemplo las esterilizaciones forzadas, por razones étnicas, religiosas.

Por último, la transferencia forzada de niños a otro grupo con la motivación que en ese cambio, pierdan la identidad grupal que se busca destruir o eliminar.

En cuanto a la penalidad vemos que señalan el mínimo será 20 años y la máxima no ha sido fijada por lo que debe entenderse tal como lo ha interpretado la Corte Suprema en el Acuerdo Plenario N° 9-2007/CJ-116 del dieciséis de noviembre de dos mil siete con carácter vinculante que en esta clase de tipos penales la sanción no ser mayor a 35 años, puesto que la siguiente pena es la cadena perpetua. De esto podemos inferir que hay desproporción respecto de otros delitos que siendo menos graves conllevan a la pena máxima como el secuestro que genere en la víctima de lesiones graves según el artículo 152 del Código Penal tiene pena de cadena perpetua, mientras que este delito siendo más grave porque ataca colectivos para la modalidad de lesiones graves su límite sería 35 años, lo que implica realizar una modificación legislativa a efectos de agravar el delito de genocidio hasta la pena máxima prevista por el ordenamiento penal nacional.

II. El delito de desaparición forzada

La desaparición forzada tiene como notas características la privación de libertad de una persona, participación directa o indirecta de autoridades públicas, ocultamiento de la identidad de la víctima, la ineficacia de los recursos para encontrar el paradero de la víctima, negativa de la información sobre el

desaparecido, ejecución continua esto es que el delito es permanente y la omisión de las autoridades para investigar la desaparición(279).

Respecto del bien jurídico afectado por este delito se tiene que es pluriofensivo dado que son varios los bienes afectados como la vida, la tutela judicial, la libertad. Sin embargo se han hecho esfuerzos doctrinarios a efectos de englobar en un solo bien jurídico como aquella que señala que es la determinación de la personalidad jurídica del ciudadano lo afectado por esta conducta prohibida y esta es entendida como efectividad en el ejercicio de los derechos reconocidos a la persona como titular(280). Creemos que esta idea tiene carácter teleológico ya que un Estado de derecho busca que los ciudadanos puedan ejercitar sus derechos de forma plena.

En la doctrina española se analiza el artículo 166 del Código Penal que establece que el reo de detención ilegal o secuestro que no de razón del paradero de la persona detenida será castigado según los casos con las penas superiores en grado señaladas en los artículos anteriores salvo que el detenido haya sido puesto en libertad(281). Citando a Díez Ripollés, Polaino Navarrete sostiene que una parte de la doctrina considera que se encuentran ante un delito de sospecha de homicidio contrario al derecho fundamental a la presunción de inocencia. Por otro lado, el tipo penal fue establecido anteriormente en el artículo 438 del Código de 1973 y Quintano Repolles sostuvo idéntico criterio esto es que se estaba ante un delito de sospecha de homicidio. El Tribunal Supremo español en la sentencia del 25 de junio de 1999 en el denominado caso Nani sobre la detención de un presunto delincuente por parte de funcionarios policiales sin que aparezca el detenido sostuvo que era constitucional el artículo 438 justificando la gravedad de la pena no en la sospecha de haber dado muerte a la víctima sino en la forzada desaparición de este puesto que sus captores adquirieron un rol de garantes respectos de la liberación de aquel. Interpuesto un recurso de amparo contra dicha sentencia el Tribunal Constitucional no lo admitió a trámite compartiendo la posición del Tribunal Supremo(282).

Siendo un delito pluri ofensivo la CIDH ha señalado que este delito afecta derechos reconocidos en la Convención Americana de Derechos Humanos lo que nos permite establecer los bienes jurídicos afectados por este delito así:

(279) ALVA ARÉVALO, Amelia Isabel. "La desaparición forzada en el Perú". En: *Revista Jus Doctrina & Práctica*. Nº 3, Grijley, Lima, marzo de 2009, p. 250.
(280) GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen. "Los delitos contra la Humanidad". En: *Actualidad Jurídica*. Tomo 80, Gaceta Jurídica, Lima, julio de 2000, p. 63.
(281) CALDERÓN, A. CHOCLÁN, J.A. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo II, Bosch, Barcelona, 1999, p. 659.
(282) Ibídem, p. 660.

derecho a la vida (art. 4), el derecho a la libertad personal (art. 7), el derecho a la integridad personal (art. 5), el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica (art. 3) y el derecho a las garantías judiciales (art. 25).

En la sentencia del Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala de conformidad con la Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas, en su artículo II, se define la desaparición forzada como la privación de la libertad a una o más personas, cualquiera que fuere su forma, cometida por agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o de informar sobre el paradero de la persona, con lo cual se impide el ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes.

En la legislación de Guatemala, específicamente el artículo 201 TER del Código Penal de Guatemala –reformado por el Decreto Nº 33-96 del Congreso de la República aprobado el 22 de mayo de 1996– se describe la conducta prohibida así: "Comete el delito de desaparición forzada quien, por orden, con la autorización o apoyo de autoridades del Estado, privare en cualquier forma de la libertad a una o más personas, por motivos políticos, ocultando su paradero, negándose a revelar su destino o reconocer su detención, así como el funcionario o empleado público, pertenezca o no a los cuerpos de seguridad del Estado, que ordene, autorice, apoye o dé la aquiescencia para tales acciones".

La desaparición forzada o involuntaria en doctrina jurisprudencial consolidada **Caso Blake, Caso Godínez Cruz, Caso Fairén Garbi**, y **Caso Velásquez Rodríguez**, constituye una violación múltiple y continuada de varios derechos de la Convención, pues no solo produce una privación arbitraria de la libertad, sino que pone en peligro la integridad personal, la seguridad y la propia vida del detenido. Además, coloca a la víctima en un estado de completa indefensión, acarreando otros delitos conexos(283).

Además en la sentencia Bámaca Velásquez señala que se asocia a otra clase de delitos, esto es que la víctima queda como objeto de la acción de múltiples conductas delictivas. Por otro lado hay responsabilidad del Estado por actuación comisiva u omisiva:

> "129. Este fenómeno supone, además, 'el desconocimiento del deber de organizar el aparato del Estado para garantizar los derechos reconocidos en la Convención'. En razón de lo cual, al llevar a cabo o tolerar

(283) Caso Bámaca Velásquez, considerando 128.

acciones dirigidas a realizar desapariciones forzadas o involuntarias, al no investigarlas de manera adecuada y al no sancionar, en su caso, a los responsables, el Estado viola el deber de respetar los derechos reconocidos por la Convención y de garantizar su libre y pleno ejercicio, tanto de la víctima como de sus familiares, para conocer el paradero de aquella".

Desde el aspecto probatorio se ha señalado en la sentencia Bámaca Velásquez la necesidad del uso de prueba directa e indiciaria además del valor de los testimonios más aún tratándose de delitos en los que el ocultamiento de evidencia es parte de su naturaleza:

"130. De conformidad con la jurisprudencia de este tribunal, la desaparición forzada 'ha implicado con frecuencia la ejecución de los detenidos, en secreto y sin fórmula de juicio, seguida del ocultamiento del cadáver con el objeto de borrar toda huella material del crimen y de procurar la impunidad de quienes lo cometieron'. En razón de las características del fenómeno y las dificultades probatorias que conlleva, la Corte ha establecido que si se ha demostrado la existencia de una práctica impulsada o tolerada por el Estado de desaparición forzada de personas, y el caso de una persona, ya sea por prueba circunstancial o indirecta, o ambas, o por inferencias lógicas pertinentes, puede vincularse a dicha práctica, entonces esta desaparición específica se considera demostrada.

131. Teniendo en cuenta lo anterior, la Corte atribuye un alto valor probatorio a las pruebas testimoniales en procesos de esta naturaleza, es decir, en el contexto y circunstancias de los casos de desaparición forzada, con todas las dificultades que de esta se derivan, en los cuales los medios de prueba son esencialmente testimonios referenciales y pruebas circunstanciales en razón de la propia naturaleza de este delito.

132. Esta Corte ha tenido por demostrado, tanto con base en la prueba circunstancial como por prueba directa, que, como lo señalara la Comisión, al momento de los hechos de este caso, existía una práctica por parte del ejército por la cual se capturaba a los guerrilleros, se les retenía clandestinamente sin dar noticia a autoridad judicial competente, independiente e imparcial, se los torturaba física y psicológicamente para la obtención de información y, eventualmente, incluso se les causaba la muerte (supra 121f). También se puede afirmar, de conformidad con la prueba aportada en el presente caso, que la desaparición de Efraín Bámaca Velásquez está vinculada con dicha práctica (*supra* 121 h, i, j, k, l), por lo que la Corte la considera demostrada".

Nosotros consideramos que el delito de desaparición forzada se entronca en su base con el delito de secuestro puesto que aquí también hay atentado contra la libertad personal. Aunque la diferencia es que mientras el primero se trata de retirar a la víctima de la sociedad esto es que no se tengan noticias de su paradero en el secuestro se tiene más o menos establecido que la persona se encuentra bajo la custodia del secuestrador. En el caso Bámaca Velásquez se tiene que la Corte Interamericana consideró que se violó la libertad personal de esta persona descrito en el artículo 7 de la Convención que entre otros derechos señala:

"1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales.

2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las constituciones políticas de los Estados partes o por las leyes dictadas conforme a ellas.

3. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios.

4. Toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados contra ella.

5. Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio.

6. Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que este decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales. En los Estados partes cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que este decida sobre la legalidad de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona".

La Corte interpreta que el artículo 7 de la Convención regula las garantías necesarias para salvaguardar la libertad personal. Con respecto a los numerales 2 y 3 del mismo, la Corte ha dicho lo siguiente:

> "(…) según el primero de tales supuestos normativos, nadie puede verse privado de la libertad sino por las causas, casos o circunstancias expresamente tipificadas en la ley (aspecto material), pero, además, con estricta sujeción a los procedimientos objetivamente definidos en la misma (aspecto formal). En el segundo supuesto, se está en presencia de una condición según la cual nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento por causas y métodos que –aún calificados de legales– puedan reputarse como incompatibles con el respeto a los derechos fundamentales del individuo por ser, entre otras cosas, irrazonables, imprevisibles o faltos de proporcionalidad"(284).

La Comisión en su demanda respecto de la afectación de la libertad personal alegó que:

> "a) la detención de Efraín Bámaca Velásquez por parte de agentes de las fuerzas armadas de Guatemala, y su cautiverio en centros clandestinos, sin presentarlo ante autoridad judicial, vulnera el derecho contemplado en el artículo 7 de la Convención y la Constitución misma de Guatemala en su artículo 6. Esta conclusión deriva de las declaraciones de varios testigos que describen instalaciones militares donde Bámaca Velásquez estuvo detenido;
>
> b) en otras oportunidades la Comisión ha llegado a la conclusión de que agentes del Estado han secuestrado y mantenido cautivas a personas en centros clandestinos de detención, ubicados en edificios de las fuerzas armadas, situación que constituye 'una forma particularmente grave de privación arbitraria de libertad'. Estas acciones de los agentes del Estado se encuentran fuera del alcance de la ley y, por su naturaleza secreta, no pueden ser objeto de examen; y
>
> c) de las pruebas en este caso se demuestra que Bámaca Velásquez estuvo vivo en manos del ejército al menos hasta el mes de mayo de 1993, o incluso hasta el mes de agosto de ese año, sin conocer la causa de su detención y en un lugar no 'legal y públicamente destinado al efecto', con lo cual queda demostrado que este 'no fue detenido de conformidad con las condiciones de las leyes guatemaltecas, implicando una violación al artículo 7.2 de la Convención'"(285).

(284) Interpretación desarrollada en el considerando 139 Bámaca Velásquez vs. Guatemala.
(285) Considerando 137 sentencia Bámaca Velásquez vs. Guatemala.

En la sentencia Bámaca Velásquez vs. Guatemala se hace una comparación de los criterios de la Corte sobre las detenciones arbitrarias y los que manejan la Corte Europea respecto de su control así:

> "140. Tanto este tribunal como la Corte europea han considerado de particular importancia el pronto control judicial de las detenciones para prevenir las arbitrariedades. Un individuo que ha sido privado de su libertad sin ningún tipo de control judicial debe ser liberado o puesto inmediatamente a disposición de un juez, pues el cometido esencial del artículo 7 de la Convención es la protección de la libertad del individuo contra la interferencia del Estado. La Corte europea ha sostenido que si bien el vocablo "inmediatamente" debe ser interpretado de conformidad con las características especiales de cada caso, ninguna situación, por grave que sea, otorga a las autoridades la potestad de prolongar indebidamente el periodo de detención sin afectar el artículo 5.3 de la Convención Europea. Dicho Tribunal destacó que la falta de reconocimiento de la detención de un individuo es una completa negación de las garantías que deben ser otorgadas y una más grave violación del artículo en cuestión".

La Corte en un pronunciamiento donde se reconoce la calidad de insurgente del desaparecido Bámaca Velásquez fija la línea entre lo que hace un Estado civilizado y respetuoso del derecho y un Estado que practica diversas formas de terrorismo llegando a la barbarie.

> "143. Este Tribunal ha establecido como probado en el caso en análisis, que Efraín Bámaca Velásquez estuvo detenido por el ejército guatemalteco en centros de detención clandestinos por lo menos durante cuatro meses, violando así el artículo 7 de la Convención (…). En este caso, **si bien se está en presencia de la detención de un insurgente durante un conflicto interno** (…), de todas maneras debió asegurársele al detenido las garantías propias de todo Estado de derecho, y sometérsele a un proceso legal. Este tribunal ya ha señalado que si bien el Estado tiene el derecho y la obligación de garantizar su seguridad y de mantener el orden público, debe realizar sus acciones "dentro de los límites y conforme a los procedimientos que permiten preservar tanto la seguridad pública como los derechos fundamentales de la persona humana".

La Corte Interamericana ha advertido que la circunstancia de que un Estado sea confrontado con una situación de convulsión interna no debe acarrear restricciones a la protección de la integridad física de la persona. Específicamente, la

Corte ha señalado que todo uso de la fuerza que no sea estrictamente necesario por el propio comportamiento de la persona detenida constituye un atentado a la dignidad humana en violación del artículo 5 de la Convención Americana(286).

1. El *onus probandum* en el delito de desaparición forzada y tortura

La Corte también llegó a la convicción que se había violado el derecho a la integridad del desparecido Bámaca Velázquez, derecho reconocido en el artículo 5 de la Convención así:

> "a) la desaparición forzada de Efraín Bámaca Velásquez y su reclusión en un centro penitenciario clandestino constituyen violaciones del artículo 5 de la Convención, pues se trata de formas de tratamiento cruel e inhumano, lesivas de la integridad psíquica y moral de la persona y de su dignidad, de conformidad con la jurisprudencia de este Tribunal;
>
> b) los interrogatorios realizados a Bámaca Velásquez por agentes de las fuerzas armadas guatemaltecas, en los cuales se lo mantuvo atado de pies y manos y sujeto a una cama, mientras recibía amenazas de muerte, constituyen tratos crueles, inhumanos y degradantes, contrarios al artículo 5.1 y 5.2 de la Convención;
>
> c) los actos de violencia y abuso físico perpetrados contra la persona de Bámaca Velásquez en la localidad de San Marcos, presumiblemente con el fin de castigarlo por su papel como guerrillero y para obtener información sobre la estrategia guerrillera, encuadran dentro de la figura de tortura contemplada en el artículo 5.2 de la Convención Americana;
>
> d) el hecho de que los agentes estatales hayan querido ocultar el cadáver tenía como fin 'borrar toda evidencia de tortura. En consecuencia, el ocultamiento del cuerpo debe llevar a la presunción de la tortura'. Además, existía una práctica del ejército de torturar a los guerrilleros capturados, lo cual quedó demostrado con precisión con los testimonios de Cabrera López, Urízar García y de la Roca, así como con los informes elaborados tanto por la Comisión de Esclarecimiento Histórico como el REMHI(287)".

(286) Considerando 155.
(287) Ídem.

Frente a este caso complejo donde confluyen violación a la integridad, tortura y desaparición forzada y un Estado omnipotente que busca encubrir o minimizar estos hechos, la Corte ha establecido como regla probatorias que es importante resaltar, y es la inversión de la carga de la prueba hacia el Estado:

> "e) al igual que la Corte ha establecido la inversión de la carga de la prueba con respecto al derecho a la vida en los casos de desaparición forzada de personas, este mismo razonamiento debe ser aplicado a la violación del derecho a la integridad "y en particular a la tortura de la víctima, especialmente dadas las características de una desaparición forzada"[(288)].

En términos probatorios y más que nada en aplicación de la regla de igualdad de las partes, la Corte considera que es el Estado quien tiene más posibilidades de contar con información que las victimas por eso se inclinan a que el peso probatorio mayor en estas circunstancias sea hacia el ente estatal.

> "152. Como este tribunal ha expresado reiteradamente, en casos de desaparición forzada la defensa del Estado no puede descansar en la imposibilidad del demandante de allegar prueba al proceso, dado que, en dichos casos, es el Estado quien detenta el control de los medios para aclarar los hechos ocurridos bajo su jurisdicción y por ello se depende, en la práctica, de la cooperación del propio Estado para la obtención de las pruebas necesarias".

Se apoya también para reforzar la carga de la prueba en el Estado en lo señalado por el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas que no puede recaer únicamente en el autor de la comunicación, considerando en particular que el autor y el Estado parte no siempre tienen acceso igual a las pruebas y que frecuentemente sólo el Estado parte tiene acceso a la información pertinente (...). en los casos que los autores hayan presentado al comité cargos apoyados por pruebas testificales, (...) y en que las aclaraciones ulteriores del caso dependan de la información que está exclusivamente en manos del Estado parte, el comité podrá considerar que esos cargos son justificados a menos que el Estado parte presente, pruebas satisfactorias y explicaciones en sentido contrario (cita extraída de comunicación Hiber Conteris c. Uruguay, N° 139/1983, párrs. 182-186; 17 a 32 periodos de sesiones –octubre de 1982-abril de 1988–. Selección de decisiones del comité de derechos humanos adoptadas con arreglo al protocolo facultativo, vol. 2, 1992)[(289)].

(288) Considerando 145.e.
(289) Considerando 153.

2. Repercusiones en la familia y en la cultura

Es indudable el dolor que puede ocasionar a la familia del desaparecido, madres, esposas, hijos que no vuelven a saber del destino de un desaparecido. Ellos son los que circulan por diversos entes estatales solicitando, rogando por información, y en contextos de dictaduras la misma búsqueda se convierte en un peligro para estos que eventualmente pueden correr la misma suerte o se les trata de descalificar llenándolos de improperios para desviar la atencion. Por ello en la sentencia Bámaca Velázquez se reconoce los daños que se causan a la familia del desaparecido y la campaña contra estos en una línea de encubrimiento. Además de la afectación emocional que tiene su base en el ámbito de la costumbre o cultura:

> "f) el Estado violó el derecho a la integridad personal de la familia de Bámaca Velásquez como resultado de 'las angustias y los sufrimientos que padecieron como consecuencia de la desaparición forzada de Efraín Bámaca Velásquez'. La incertidumbre generada por la falta de efectividad de los recursos de la jurisdicción interna constituyó un trato cruel. Además, el hecho de no haber dado digna sepultura a los restos de Bámaca Velásquez tiene hondas repercusiones en la cultura maya a la que este pertenecía, 'por la relevancia central que tiene en su cultura el vínculo activo que une a los vivos con los muertos, pues la falta de un lugar sagrado a dónde acudir para velar por este nexo constituye una preocupación profunda que brota de los testimonios de muchas comunidades mayas'; y
>
> g) las 'autoridades públicas de Guatemala no solo obstruyeron la investigación sobre la suerte del señor Bámaca Velásquez con un manto de silencio, sino que también iniciaron una campaña de hostigamiento de la señora Harbury', por ejemplo a través de campañas de prensa, la acción legal de jactancia y su exclusión en los procedimientos penales. En razón de lo anterior la Comisión solicitó a la Corte que declarara violado este artículo respecto de los familiares de Bámaca Velásquez, a saber, Jennifer Harbury, José de León Bámaca Hernández, padre de la víctima, y Egidia Gebia Bámaca Velásquez y Josefina Bámaca Velásquez, hermanas de la víctima"(290).

La Corte ha señalado, en otras oportunidades, que los familiares de las víctimas de violaciones de los derechos humanos pueden ser, a su vez, víctimas (**Caso Villagrán Morales y otros Caso de los "Niños de la Calle",**

(290) Considerando 145 Bámaca vs. Guatemala.

Caso Castillo Páez, y **Caso Blake**) En un caso que involucraba la desaparición forzada de una persona, el tribunal afirmó que la violación de la integridad psíquica y moral de dichos familiares es una consecuencia directa, precisamente, de la desaparición forzada. La Corte consideró que las "circunstancias de dicha desaparición generan sufrimiento y angustia, además de un sentimiento de inseguridad, frustración e impotencia ante la abstención de las autoridades públicas de investigar los hechos" (**Caso Blake**)[291].

En el ámbito de la afectación emocional de los familiares de la víctima directa la Corte llegó a afirmar, en el caso de los "Niños de la Calle", que las madres de las víctimas **sufrieron** por las siguientes razones: a) la negligencia de las autoridades para establecer la identidad de aquellas b) que los agentes estatales no hicieron esfuerzos adecuados para localizar a los parientes inmediatos de las víctimas y notificarles sus muertes, postergando la oportunidad de darles sepultura acorde con sus tradiciones c) las autoridades públicas se abstuvieron de investigar los delitos correspondientes y de sancionar a los responsables de estos d) al tratamiento que se les dio a los cadáveres ya que estos aparecieron después de varios días, abandonados en un paraje deshabitado con muestras de violencia extrema, expuestos a las inclemencias del tiempo y a la acción de los animales. Este tratamiento a los restos de las víctimas, "que eran sagrados para sus deudos y, en particular, para [sus madres], constituyó para estas un trato cruel e inhumano"[292] **Caso Villagrán Morales y otros** (**Caso de los "Niños de la Calle"**).

Este reconocimiento de la afectación de los familiares de la víctima se encuentra en la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos. Esta ha aceptado que cuando se violan derechos fundamentales de una persona humana, como el derecho a la vida o el derecho a la integridad física, las personas más cercanas a la víctima también pueden ser consideradas como víctimas. Dicha Corte tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre la condición de víctima de tratos crueles, inhumanos y degradantes de una madre como resultado de la detención y desaparición de su hijo, para lo cual valoró las circunstancias del caso, la gravedad del maltrato y el hecho de no contar con información oficial para esclarecer los hechos. En razón de estas consideraciones, la Corte europea concluyó que también esta persona había sido víctima y que el Estado era responsable de la violación del artículo 3 de la Convención Europea (**Court HR, Kurt vs. Turkey**)[293].

(291) Considerando 160 Bámaca vs. Guatemala.
(292) Considerando 161 Bámaca vs. Guatemala.
(293) Considerando 162.

Para la determinación de la intensidad del sufrimiento o afectación de la victimas la Corte europea ha establecidos factores que deben ser tomados en cuenta como: la proximidad del vínculo familiar, las circunstancias particulares de la relación con la víctima, el grado en el cual el familiar fue testigo de los eventos relacionados con la desaparición, la forma en que el familiar se involucró respecto a los intentos de obtener información sobre la desaparición de la víctima y la respuesta ofrecida por el Estado a las gestiones incoadas(294). Estos criterios permitirán cuantificar las reparaciones que se otorguen a los familiares de las víctimas.

En esta línea de reconocimiento de las víctimas el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, de acuerdo con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ha afirmado que los familiares de detenidos desaparecidos deben ser considerados como víctimas, entre otras violaciones, por malos tratos. El Comité de Derechos Humanos, en el caso **Quinteros c. Uruguay** (1983), ya ha señalado que comprendía el profundo pesar y la angustia que padeció la autora de la comunicación como consecuencia de la desaparición de su hija y la continua incertidumbre sobre su suerte y su paradero. La autora tiene derecho a saber lo que ha sucedido a su hija. En ese sentido es también una víctima de las violaciones del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en particular del artículo 7 correspondiente al artículo 5 de la Convención Americana, soportadas por su hija(295).

La Corte Interamericana a la luz de los criterios antes expuestos determino el grado de aflicción provocado en la persona de Jennifer Harbury, familiar del desaparecido Bámaca Velásquez de la siguiente forma:

> "165. La Corte ha valorado las circunstancias del presente caso, particularmente la continua obstrucción a los esfuerzos de Jennifer Harbury por conocer la verdad de los hechos, y sobre todo el ocultamiento del cadáver de Bámaca Velásquez y los obstáculos que interpusieron diversas autoridades públicas a las diligencias de exhumación intentadas, así como la negativa oficial de brindar información al respecto. Con base en dichas circunstancias, la Corte considera que los padecimientos a los que fue sometida Jennifer Harbury constituyeron claramente tratos crueles, inhumanos y degradantes violatorios del artículo 5.1 y 5.2 de la Convención. La Corte entiende además que la falta de conocimiento sobre el paradero de Bámaca Velásquez causó una profunda angustia en los familiares de este, mencionados

(294) Considerando 163.
(295) Considerando 164.

por la Comisión, por lo que considera a estos también víctimas de la violación del artículo citado".

3. Efectos emocionales sobre un detenido

La Corte hace una descripción aproximativa de los efectos emocionales que recaen sobre la víctima directa de tortura y posterior desaparición forzada en el caso Bámaca Velásquez así:

> "150. Como ya lo ha establecido este tribunal, una 'persona ilegalmente detenida se encuentra en una situación agravada de vulnerabilidad, de la cual surge un riesgo cierto de que se le vulneren otros derechos, como el derecho a la integridad física y a ser tratada con dignidad'. A lo anterior habría que agregar que 'el aislamiento prolongado y la incomunicación coactiva a los que se ve sometida la víctima representan, por sí mismos, formas de tratamiento cruel e inhumano, lesivas de la integridad psíquica y moral de la persona y del derecho de todo detenido al respeto debido a la dignidad inherente al ser humano'. Esta incomunicación produce en el detenido sufrimientos morales y perturbaciones psíquicas, lo coloca en una situación de particular vulnerabilidad y acrecienta el riesgo de agresión y arbitrariedad en los centros de detención. Por todo ello, la Corte ha afirmado que, 'en el Derecho internacional de los Derechos Humanos (...) la incomunicación debe ser excepcional y (...) su uso durante la detención puede constituir un acto contrario a la dignidad humana'"(296).

4. Delito de desaparición forzada en el sistema jurídico-penal nacional

En la ejecutoria suprema R.N. N° 1598-2007-Lima del 24 de setiembre de 2007 se establece los bienes jurídicos que son lesionados por el tipo penal de desaparición forzada así:

> "El tipo legal de desaparición forzada de personas ha sido calificado por nuestro sistema penal como un delito contra la humanidad, puesto que, desde una perspectiva genérica y en atención al título en el que está inserto, lesiona los derechos fundamentales del ser humano, la propia esencia de la dignidad humana, aunque específicamente vulnera la protección que la ley debe dispensar a toda persona, a la que

(296) Línea seguida en Caso Cantoral Benavides, y Caso Suárez Rosero.

> arbitrariamente se le priva de su libertad y se le niega sistemáticamente la efectividad del ejercido de los recursos legales y de las garantías procesales que lo tutelan".

En la ejecutoria suprema A.V. N° 02-2006-Lima del 21 de junio del dos mil seis sobre solicitud de extradición activa a las autoridades judiciales de la República de Chile del encausado Alberto Fujimori Fujimori se establece el hecho materia de imputación esto la forma como se configura en un caso concreto la conducta prohibida de desaparición forzada:

> "Se atribuye al *extraditurus* Alberto Fujimori Fujimori o Kenya Fujimori, que en su condición de presidente de la República del Perú, habría conocido y participado en el asesinato de diversas personas, que eran detenidas por miembros del servicio de inteligencia del ejército, donde eran torturadas y luego victimadas, para posteriormente incinerar sus cuerpos en un incinerador existente en el sótano de dicha institución (…), hechos que ocurrieron en los años de mil novecientos noventa y siguientes, (…) lo que permite sostener indiciariamente la existencia de un mecanismo institucionalizado en el Estado, por intermedio del cual se procedía a detener ilegalmente, torturar y desaparecer personas presuntamente integrantes de grupos terroristas, lo cual se llevaba a cabo a través del servicio de inteligencia nacional del ejército - SIE, de lo cual debía tener pleno conocimiento el imputado como jefe de estado, así como su asesor presidencial (…)".

En el examen del requisito de doble incriminación en la Ejecutoria Suprema A.V. N° 02-2006 se realiza una descripción del delito de desaparición forzada por el que se requería al *extraditurus* conforme a la legislación penal nacional y su similitud con la tipificación en la normativa penal chilena:

> "(…) están sancionadas en nuestro código penal en el artículo trescientos veinte, bajo el *nomen iuris* de 'delito de desaparición forzada' ('el funcionario o servidor público que prive a una persona de su libertad, ordenando o ejecutando acciones que tenga por resultado su desaparición debidamente comprobada, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de quince años e inhabilitación, conforme al artículo treinta y seis incisos uno y dos'), comportamiento típico que se encuentra previsto en el artículo ciento cuarenta y uno del código penal chileno [el que sin derecho encerrare o detuviere a otro privándole de su libertad, comete el delito de secuestro y será castigado (…)] el que proporcionare lugar para la ejecución del delito se ejecutare para obtener o imponer exigencias o arrancar decisiones (…) Si en

> cualesquiera de los casos anteriores, el encierro o la detención se prolongare por más de quince días o si de ello resultare un daño grave en la persona o intereses del secuestrado, (…) el que con motivo u ocasión del secuestro cometiere además homicidio, violación, violación sodomítica o algunas de las lesiones (…)".

En la ejecutoria suprema citada se trata de comparar con el delito de secuestro y las afectaciones contra la víctima distintas a la del atentado contra la libertad de locomoción. Debe tenerse en cuenta que una regla en extradición es que la calificación, sin negar que desde la ejecutoria se establezca cuál sería el tipo penal aplicable del país extranjero, le corresponde a las autoridades judiciales.

En la Ejecutoria Suprema R.N. N° 1598-2007, caso Chuschi, se fijaron los cargos contra los imputados y consideramos importante para poder entender luego la calificación jurídica pues allí está descrita la conducta prohibida, los aspectos objetivos y subjetivos del tipo de desaparición forzada.

> "(…) el catorce de marzo de mil novecientos noventa y uno, como a las diecisiete horas aproximadamente, una patrulla del ejército (…) se constituyeron al Distrito de Chuschi (…) e inicialmente se dirigieron a la comisaría (…). Posteriormente (…) el alférez de la policía nacional (…) al mando de los subalternos (…) y los efectivos militares al mando de Collins Collantes Guerra (…) incursionaron a los domicilios de los agraviados (…) y los detuvieron luego de aparentar una supuesta incursión de grupos alzados en armas. A estos efectos hicieron detonar cargas explosivas y efectuaron disparos de armas de fuego. Los agraviados, después de ser aprehendidos, fueron conducidos al Cuartel Militar de Pampa Cangallo, siendo seguidos por sus familiares. (…) y hasta el presente, encontrarse en calidad de desaparecidos: las autoridades militares en todo momento comunicaron a sus familiares que en el cuartel no ingresó ningún detenido".

Detención y ocultamiento de la detención a los familiares son los elementos de la conducta típica que se infiere de la descripción de la imputación.

El contexto de la casuística para este tipo de delitos, ha sido la época del terrorismo de Sendero Luminoso y el MRTA que con sus acciones violentas pusieron a la sociedad peruana en un estado de zozobra, y que provocaron una reacción del Estado y las fuerzas armadas. Sin embargo también se han dado caso de desaparición de presuntos delincuentes como en la Ejecutoria Suprema R.N. N° 2814-2004-Huancavelica del veinte de octubre de dos mil cuatro se absolvió por *in dubio* a unos imputados por desaparición forzada razonando así:

> "(…) la actividad probatoria actuada en el proceso no ha permitido confirmar fehacientemente la hipótesis criminosa recaída contra los procesados (…), miembros de la Policía Nacional del Perú, a quienes se les atribuye haber participado en la desaparición del agraviado Walter Munarriz Escobar, la madrugada del veinte de marzo de mil novecientos noventa y nueve, luego que ingresara al local de la dependencia policial de la ciudad de Lircay; provincia de Angaraes. (…) a pesar de haberse acreditado la conducción y detención del agraviado dentro de las instalaciones de la comisaría de la ciudad, en autos no existen elementos probatorios que conlleven a corroborar la sindicación contradictoria de la persona de Leonidas Marcos Sierra Tueros, quien en el acto oral (…) manifiesta finalmente que lo declarado contra los encausados de haber escuchado ruidos, golpes secos y sollozos de un joven en circunstancias que se encontraba en los calabozos de la dependencia policial la madrugada de los hechos, no se ajusta a la verdad, y que si declaró en ese sentido fue por el ofrecimiento que le hiciera un familiar del agraviado de ayudarlo en el proceso penal por el cual sufriría detención (…)".

Esta ejecutoria señala que se ha probado que el agraviado ingresó a la comisaría y lo que no se ha comprobado si es que salió en algún momento de la dependencia judicial. La limitación de la sentencia es que no lo señala con claridad.

Desde la tipicidad objetiva tal como está planteada en la legislación nacional, esto es el artículo 320 del Código Penal es un delito especial puesto que el sujeto activo tiene que ser funcionario o servidor público. El medio es la privación de la libertad de la agraviado ordenando o ejecutando acciones que tengan por resultado su desaparición comprobada.

En el R. N. N° 2779-2006-Lima del 18 de diciembre de 2007 caso Castillo Páez se desarrolla una definición más elaborada y consistente del delito de desaparición forzada y algunos aspectos probatorios así:

> "(…) este tipo del injusto se caracteriza por la privación de libertad de la víctima en forma clandestina –ocultándola (o)–, ya sea a través de una detención, arresto, plagio, secuestro u otros similares; este aspecto nuclear constituye el elemento típico e indispensable para que concurra una desaparición forzada y tiene como efecto anular la protección de la ley y de las instituciones para el agraviado; iii) en este delito adquieren gran importancia las pruebas testimoniales y en especial, los sucedáneos presunciones, en tanto, esta forma de represión

> se caracteriza por procurar la supresión de todo elemento que permita comprobar la desaparición y suerte de la víctima; iv) es de "carácter permanente" pues el delito sigue dándose y actualizándose mientras se siga ocultando el paradero de la persona desaparecida o se establece cual fue su destino; en tal sentido, no solo pertenece al pasado, sino que se sigue cometiendo mientras se presenten los mencionados presupuesto (…)".

En la Ejecutoria Suprema R.N. N° 1598-2007 se señala las características del tipo objetivo y subjetivo del delito:

> "El delito de desaparición forzada de personas tiene como notas características su estructura y modus operandi complejo. Implica no solo la privación de libertad de una persona –sobre la que recae la acción típica– por agentes del Estado –así en la concepción limitada de nuestro legislador–, sino también el ocultamiento sistemático de tal aprehensión para que el paradero de la víctima se mantenga desconocido, lo que permite calificarlo de delito permanente, de resultado y, esencialmente, especial propio. Para ello, el agente asume una actitud negativa a informar sobre el paradero del agraviado, con lo que crea y mantiene un estado de incertidumbre acerca de su destino, de suerte que el desaparecido queda fuera del amparo de la ley, así como de toda posibilidad de tutela judicial".

El agente según el artículo 320 del Código Penal solo puede ser funcionario y servidor público. En la Ejecutoria Suprema Nº 1598-2007 se señala en esta línea de descripción legal que el delito es especial propio pues la conducta solo es punible a título de autor si es realizada por ciertos sujetos, en este caso: funcionarios o servidores públicos. Esto no está en concordancia con la legislación internacional que además considera como agentes a personas vinculadas con el Estado sin ser parte de este.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Blake vs. Guatemala en la sentencia de 24 de enero de 1998 ha desarrollado respecto del sujeto activo paramilitar vinculándolo al Estado.

El 26 de marzo de 1985 los señores Nicholas Blake, periodista y Griffith Davis, fotógrafo, estadounidenses, residentes en Guatemala, salieron de Huehuetenango hasta llegar a San Juan Ixcoy y de ahí caminaron hasta la aldea El Llano, sitio al que llegaron el 28 o 29 de marzo de 1985. Ahí fueron interrogados por Mario Cano, Comandante de la Patrulla de Autodefensa Civil de El Llano, quien consultó a los oficiales de la guarnición militar de Las Majadas e instruyó a miembros de dicha patrulla civil para que los trasladaran a la

frontera con El Quiché y les dijo "si ustedes quieren mátenlos". Seguidamente los señores Nicholas Blake y Griffith Davis fueron llevados por los patrulleros citados a un sitio llamado Los Campamentos donde les dieron muerte y luego arrojaron los cadáveres en la maleza y los cubrieron con troncos de árboles.

La Corte siguiendo su doctrina jurisprudencial ha dicho que la desaparición forzada de personas constituye una violación múltiple y continuada de varios derechos protegidos por la Convención. Además, la desaparición forzada supone el desconocimiento del deber de organizar el aparato del Estado para garantizar los derechos reconocidos en la Convención (**caso Velásquez Rodríguez** y **caso Godínez Cruz**).

Los responsables eran miembros de patrullas de civiles por lo que la Corte tuvo que examinar cuál era la relación de estas con el Estado tomando como referencia lo alegado por la Comisión que indicó que estaban subordinadas jerárquicamente, según la ley que las regía, al Ministerio de la Defensa Nacional de Guatemala y que esta subordinación a las fuerzas armadas no era solo estatutaria sino que además existía una subordinación de hecho. Las patrullas civiles recibían del ejército el entrenamiento necesario para cumplir sus funciones. El armamento que manejaban era propiedad del ejército y como las municiones eran controladas por el ejército".

La Comisión alegó "la íntima conexión" de las patrullas civiles con el Estado y señaló una serie de elementos que caracterizaban a estas como que fue el propio Estado el que las creó como parte de su estrategia contrainsurgente, lo que se confirma en los estudios preparados por la Comisión, dentro de los cuales destaca su informe anual correspondiente a los años 1984-1985, y que involucraban a la población rural e indígena en el conflicto armado. La Comisión indicó que el Estado las coordinó, entrenó y les suministró armas y que el Decreto Ley 19-86 de 10 de enero de 1986 dio reconocimiento legal a las patrullas civiles después de varios años de funcionamiento y las definió como "fuerzas auxiliares coordinadas por el Ministerio de Defensa"[(297)]. La Comisión sostuvo que la Patrulla Civil de El Llano recibió órdenes directas del personal del ejército guatemalteco ya que los patrulleros consultaron con el personal militar de la guarnición de Las Majadas cuando detuvieron a Nicholas Blake y recibieron instrucciones de esa guarnición.

Esta conexión permitió establecer la responsabilidad del Estado de Guatemala en la desaparición de Nicholas Blake pues las patrullas civiles habían nacido subordinadas al ejército y respondían a esta institución.

(297) Caso Blake vs. Guatemala considerando 71.

Desde la tipicidad subjetiva se constituye a título de dolo, el agente busca la desaparición de la víctima, secuestrándola o asesinándola, e intencionalmente omite dar información sobre el paradero de ella.

Las causas de exención de responsabilidad tenemos a la obediencia debida. En el caso Chuschi un imputado formuló en su defensa la obediencia debida(298) respecto a la actuación de los militares siendo rechazada esa causa de inimputabilidad así:

> "(…) debe desestimarse el argumento del encausado (…) en el sentido que debió de aplicarse el inciso nueve del artículo veinte del Código Penal, en razón a que se limitó a cumplir una orden emanada por funcionario público en ejercicio de sus funciones. (…) esta causa de no exigibilidad –inculpabilidad– tiene como requisito básico, (…) que la orden no sea manifiestamente ilegal (…). Amén del secuestro (…) se ocultó sistemáticamente ese hecho y el paradero de los agraviados, lo que en modo alguno puede 'transformar' o 'convertir' esa orden, aun cuando se la califique de formal o aparentemente legítima –posición que es de rechazar enfáticamente–, en fundada o aparentemente jurídica o correcta. (…) el citado encausado (...) en su condición de oficial (…) sabía que los actos de desaparición de civiles constituían un delito y que ello era contrario al derecho militar y a los usos castrenses".

El agente debe estar en capacidad para entender que su conducta es delictiva y tenemos que los funcionarios públicos o servidores como parte del Estado tienen cierta formación que enriquece su grado de conocimiento, de tal forma que su culpabilidad se acrecienta.

5. Jurisprudencia constitucional

Un hito en el tratamiento desde la doctrina jurisprudencial constitucional es la Causa N° 2488-2002-HC/TC-Piura de Genaro Villegas Namuche dado en Lima el 18 de marzo de 2004 dice respecto de la aplicación del delito de desaparición forzada en el presente caso ya que cuando se dio la presunta detención de Genaro Villegas Namuche no se encontraba vigente en el Código Penal. Esto no constituya impedimento para que se lleve a cabo el correspondiente proceso penal y se sancione a los responsables, por los otros delitos concurrentes en los hechos. Aquí podemos constatar una posición todavía ambigua frente a este tipo de delitos porque señala que no hay impedimento para poder procesar

(298) Artículo 20, inciso 9 del Código Penal que establece que está exento de responsabilidad penal quien obra por orden obligatoria de autoridad competente, expedida en ejercicio de sus funciones.

a los sujetos activos por otros delitos conexos entendiéndose aparentemente que no se podría juzgar por desaparición forzada.

Sin embargo, en el siguiente párrafo tenemos el razonamiento del TC respecto de la aplicabilidad del tipo penal de desaparición forzada así:

> "En todo caso, si bien el principio de legalidad penal, reconocido en el artículo 2.24, d de la Constitución, incluye entre sus garantías la de la *lex previa*, según la cual la norma prohibitiva deberá ser anterior al hecho delictivo, en el caso de delitos de naturaleza permanente, la ley penal aplicable no necesariamente será la que estuvo vigente cuando se ejecutó el delito.
>
> La garantía de la ley previa comporta la necesidad de que, al momento de cometerse el delito, esté vigente una norma penal que establezca una determinada pena. Así, en el caso de delitos instantáneos, la ley penal aplicable será siempre anterior al hecho delictivo. En cambio, en los delitos permanentes, pueden surgir nuevas normas penales, que serán aplicables a quienes en ese momento ejecuten el delito, sin que ello signifique aplicación retroactiva de la ley penal.
>
> Tal es el caso del delito de desaparición forzada, el cual, según el artículo III de la Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas, deberá ser considerado como delito permanente mientras no se establezca el destino o paradero de la víctima".

La referida sentencia constitucional consagra el hábeas corpus Instructivo:

> "(…) en el cual, el juez constitucional 'a partir de sus indagaciones sobre el paradero del detenido-desaparecido, busca identificar a los responsables de la violación constitucional, para su posterior proceso y sanción penal en la vía ordinaria, con base en el artículo 11 de la Ley Nº 23506' [Landa Arroyo, César. *Teoría del Derecho Procesal Constitucional*, p. 117]. Esa deberá ser la labor que realice el juez del hábeas corpus al llevar a cabo la investigación sumaria que dispone la Ley N° 23506, cuando se trate de un caso de desaparición forzada".

Reconociendo las limitaciones en cuanto a carencia de etapa probatoria en los procesos constitucionales considera que en la investigación de desapariciones forzadas el trámite será poco eficaz para lograr la identificación de los responsables y la consiguiente ubicación de la víctima o sus restos, por lo que no se podrá dispensar en esta vía una tutela con resultados por lo que el juez

constitucional puede disponer que los órganos competentes, como el Ministerio Público inicien y culminen las investigaciones necesarias destinadas a brindar la imperiosa información requerida.

En la STC Exp. N° 2663-2003-Hc/TC-Cono Norte, caso Eleobina Mabel Aponte Chuquihuanca, dado el 23 de marzo de 2004 se desarrolla sobre la finalidad del hábeas corpus instructivo así:

> "Esta modalidad podrá ser utilizada cuando no sea posible ubicar el paradero de una persona detenida-desaparecida. Por consiguiente, la finalidad de su interposición es no solo garantizar la libertad y la integridad personal, sino, adicionalmente, asegurar el derecho a la vida, y desterrar las prácticas de ocultamiento o indeterminación de los lugares de desaparición".

El tratamiento de este delito desde la jurisprudencia constitucional ha dado luces a la judicatura ordinaria penal para que pueda enfocarse desde una perspectiva de los derechos humanos esta conducta gravísima, y la prueba de ello es que en diferentes ejecutorias supremas y acuerdos plenarios se les da un peso a dichos criterios.

6. Desaparición forzada y delito permanente

En el desarrollo de la jurisprudencia se le ha enfocado al delito de desaparición forzada como permanente. Esta calificación tiene efectos en los plazos para perseguir estos actos antijurídicos y también para la aplicabilidad temporal de la ley penal. Para Roy Freyre el delito es permanente cuando la acción antijurídica y su efecto necesario para la consumación del tipo delictivo pueden mantenerse sin intervalo por la voluntad del agente, de tal manera que cada momento de su duración debe reputarse como una prórroga de su consumación(299).

En la Ejecutoria Suprema R.N. N° 1598-2007 se establece que el delito de desaparición forzada es permanente:

> "(…) se crea una situación antijurídica como consecuencia de la acción punible, cuyo mantenimiento depende de la voluntad del autor, de modo que en cierta medida el hecho se renueva permanentemente; ello sucede con este delito, a consecuencia de la privación de libertad

(299) ROY FREYRE, Luis E. *Causas de extinción de la acción penal y de la pena*. 2ª edición, Grijley, Lima, 1998, p. 70.

> de la persona y, luego, con su efectiva desaparición, que margina al individuo de toda tutela jurídica efectiva, que estará presente mientras tal estado subsista)".

La doctrina penal alemana desarrolla una definición que nos da luces para entender esta clase de ilícitos así: "Los delitos permanentes y los delitos de estado son delitos de resultado cuya efectividad se prolonga un cierto tiempo. En los delitos permanentes el mantenimiento del estado antijurídico creado por la acción punible depende de la voluntad del autor, así que, en cierta manera, el hecho se renueva constantemente"(300).

7. Aplicación temporal de ley penal en delitos permanentes

En la Ejecutoria Suprema R.N. N° 1598-2007 consideró razonable que se aplicara el delito de desaparición forzada a hechos sucedidos antes de su ingreso como tipo legal en el orden jurídico penal así:

> "La conducta objeto del proceso penal estaba prevista desde la vigencia del Código Penal de mil novecientos noventa y uno. Uno de los elementos del tipo legal: las negativas de los acusados Collantes Guerra y Juárez Aspiro que se han reseñado, que unidos al anterior: la privación efectiva de libertad, fueron posteriores a la entrada en vigor de la prohibición penal; negativas que se prolongaron por propia voluntad y decisión de ellos. En consecuencia, la desestimación de las excepciones de naturaleza de acción promovidas durante el proceso fueron ajustadas a derecho".

En el Recurso de Nulidad N° 2779-2006-Lima, del 18 de diciembre de 2007, caso Castillo Páez, señala respecto de la aplicación temporal del delito desaparición forzada y con base en el artículo diecisiete de la Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, aprobada por la Asamblea General de la ONU que todo acto de desaparición forzada será considerado delito permanente, mientras sus autores continúen ocultando el paradero de las personas desaparecidas y mientras no se hayan esclarecido los hechos y el artículo tercero de la **Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas**, aprobada por la Asamblea General de la OEA que refiere que el delito será considerado como delito permanente o continuado, mientras no se establezca el destino o paradero de la víctima. Sobre la base de esta regla jurídica internacional dice:

(300) JESCHEK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. Traducción al español por S. Mir. Puig y F. Muñoz Conde. Volumen I, Editorial Bosch, p. 237.

> "(…) es de enfatizar que en el caso concreto los hechos ocurrieron el veintiuno de octubre de mil novecientos noventa (cuando no estaba vigente el Código Penal de mil novecientos noventa y uno, que tipificó la desaparición forzada), sin embargo, al tratarse de un delito permanente, se entenderá perpetrado bajo la vigencia del nuevo Código Penal y se aplicaran sus disposiciones; si bien en materia jurídico - penal constitucional, rige como regla general la *lex previa* (según la cual la norma prohibitiva debe ser anterior al hecho delictivo), empero, la situación que se contempla en el relato efectuado es de permanencia en una actividad delictiva que se está desarrollando tanto y en cuanto, persiste la antijuricidad del comportamiento o acción que se prolonga en el tiempo y que ha sido regulada normativamente por la nueva ley (hasta la fecha no se conoce el paradero de la víctima); en tal sentido, es de precisar que si los inculpados han llevado a cabo la conducta típica que da lugar al delito, que tiene el carácter permanente, vigente la nueva ley que lo regula, no hay duda que esta es la que debe aplicarse, porque estando en vigor la nueva norma penal, los sujetos activos del delito han realizado todos los actos a los que se refiere la descripción típica del precepto, sin que ello suponga retroactividad alguna *ad malam partem*".

El delito se consuma cuando la persona privada de su libertad desaparece, y el agente estatal no brinda información sobre la privación de libertad de ella o sobre su paradero sustrayendo a la víctima de sus derechos y de la capacidad de defensa impidiendo que la administración de justicia ejerza sus funciones y deberes jurisdiccionales y de protección.

Puede haber una pluralidad de autores pues quien conoce de la desaparición forzada luego de detenida la persona y se niega a dar información también se convierte en autor.

Respecto de la sanción, el artículo 320 del Código Penal establece la pena privativa de libertad no menor de quince años siendo el máximo de pena según el ordenamiento penal treinta y cinco años. La inhabilitación, conforme al artículo 36 incisos 1) y 2).

1. Privación de la función, cargo o comisión que ejercía el condenado, aunque provenga de elección popular;

2. Incapacidad para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público;

Por otro lado tenemos que una deficiencia del tipo penal es que no establece agravantes como podría ser la desaparición de menores de edad como sucedió durante la época del terrorismo, específicamente en el caso Chuschi.

La desaparición forzada en la jurisprudencia nacional se la ha vinculado con el delito de homicidio calificado y ella opera como una suerte de presunción puesto que si no se conoce del paradero de una persona hay elementos indiciarios que esta ha sido asesinada, sin perjuicio que se haya utilizado además la tortura física y mental.

8. Acuerdo Plenario N° 9-2009/CJ-116 sobre desaparición forzada

Los Jueces Supremos Penales reunidos en el V Pleno aprobaron este Acuerdo Plenario N° 9 sobre el delito estudiado fijando reglas jurídicas de cumplimiento obligatorio para los jueces de la República. A continuación se realizará un examen de las Reglas Jurídicas o *ratio decidendi*:

El delito de desaparición forzada es considerado como un crimen internacional por el Derecho internacional penal convencional y hace una referencia de la incorporación en la legislación nacional hasta llegar a la actual redacción del artículo 320 del Código Penal. Inicialmente se le estimó como delito contra la tranquilidad pública hasta terminar en delito contra la Humanidad. Este considerando es básicamente descriptivo del tipo penal de desaparición forzada(301).

8.1. Legislación penal internacional y el delito de desaparición forzada

Es conceptuado un delito complejo en el que normalmente participa más de una persona y que se expresa en el ejercicio abusivo del poder del Estado afectando la dignidad de las personas.

El Pleno de Jueces Supremos realiza el análisis a partir de lo establecido por los tratados internacionales suscritos por el Estado peruano, asumiendo la postura que las normas incriminatorias internacionales no son autoaplicativas pues requieren una norma interna de desarrollo; pero que esta posición no significa disociar los tipos penales nacionales de las exigencias internacionales por lo que corresponde a la jurisdicción ordinaria armonizar en lo posible **"el tipo de lo injusto del delito de desaparición forzada de personas con las exigencias de la normativa supranacional"**.

(301) Considerando 6.

Respecto a la posición de la Corte Suprema creemos que si bien a la jurisdicción ordinaria corresponde un rol en la interpretación, esta no puede sobrepasar la función que en puridad le corresponde al poder legislativo, porque por ejemplo cuando se dice que las normas externas no son autoaplicativas y se requieren normas internas de desarrollo. La pregunta es a quien corresponde dictarlas, y la respuesta es al poder legislativo. Que la propuesta de armonización nazca de la judicatura me parece sumamente importante allí por eso es necesario rescatar la iniciativa en la formación de leyes que tiene nuestro máximo órgano jurisdiccional, adoptando un rol más pro activo(302).

8.2. Instrumentos internacionales sobre desapariciones forzadas

El Pleno de Jueces Supremos luego de examinar el tipo penal de desaparición forzada con la legislación internacional arribó a la siguiente conclusión:

El artículo 320 del Código Penal no se ha adecuado estrictamente a la prescripción normativa de la desaparición forzada tal como está expresada en las normas internacionales del cual forma parte. El V Pleno considera que el tipo penal se encuentra fuera de los alcances de la legislación internacional, por ejemplo en la parte que dice que cuando hay negativa de información sobre el paradero de una persona se entenderá como desaparición comprobada. Es decir se castiga a título de omisión. Aquí sin embargo nos parece que si bien la omisión corresponde a una suerte de prueba indiciaria de la desaparición la sola negativa de por sí, no basta para poder establecer responsabilidad penal en los casos de desaparición puesto que estaríamos creando una presunción *juris tamtum*. Lo que hay que probar es que esta persona nunca salió del lugar donde se le llevó o los responsables de su detención legal o ilegal no dan respuestas razonables del paradero de esta persona.

En principio ante de la existencia de los tratados sobre desaparición forzada su génesis fueron un conjunto de disposiciones dictadas por ONU y la OEA.

El primer instrumento internacional de carácter no convencional fue la declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, aprobada por Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas número 47/173, del 18 de diciembre de 1992 que describió el tipo penal y que se recoge en el V Pleno:

> "(…) se arreste, detenga o traslade contra su voluntad a las personas, o que estas resulten privadas de su libertad de alguna otra forma por

(302) Considerando 7.

> agentes gubernamentales de cualquier sector o nivel, por grupos organizados o por particulares que actúan en nombre del gobierno o su apoyo directo o indirecto, su autorización o su asentimiento, y que luego se niegan a revelar la suerte o el paradero de esas personas o a reconocer que están privadas de la libertad, sustrayéndolas así a la protección de la ley".

Aquí podemos constatar un primer vacío en el artículo 320 del Código Penal pues mientras que este es un delito especial esto es que el sujeto activo debe ser funcionario o servidor público, la descripción típica internacional considera como sujetos a agentes estatales, grupos organizados o por particulares que actúan en nombre del gobierno, es decir que pueden ser particulares, pero siempre debe existir vínculo con el poder estatal.

El primer tratado, de ámbito regional refiere el Pleno de Supremos es la Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas, adoptada en Belém do Pará - Brasil el 9 de junio de 1994, en el vigésimo cuarto periodo ordinario de sesiones de la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos. En su artículo II indica que se considera desaparición forzada "(…) la privación de la libertad a una o más personas, cualquiera que fuere su forma, cometida por agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o de informar sobre el paradero de la persona, con lo cual se impide el ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes".

El segundo instrumento de carácter mundial, es el Estatuto de la Corte Penal Internacional, del 17 de julio de 1998 y que entró en vigencia el 1 de julio de 2002; a su vez completada por "los elementos de los crímenes" –artículo 7 1) i) "crimen de lesa humanidad de desaparición forzada"–, adoptados el 9 de febrero de 2002. El artículo 7.2 i) del ECPI describe este delito como: "(…) la aprehensión, la detención o el secuestro de personas por un Estado o una organización política, o con su autorización, apoyo o aquiescencia, seguido de la negativa a informar sobre la privación de libertad o dar información sobre la suerte o el paradero de esas personas, con la intención de dejarlas fuera del amparo de la ley por un periodo prolongado".

El tercer instrumento de ámbito mundial y no vigente aún, es la "Convención Internacional para la protección de todas las personas de desapariciones forzadas", aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas mediante resolución número A/RES/61-177, del 20 de diciembre de 2006. El artículo II dispone: "A los efectos de la presente Convención, se entenderá por 'desaparición forzada' el arresto, la detención, el secuestro o cualquier otra forma de

privación de libertad que sea obra de agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúan con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o del ocultamiento de la suerte o el paradero de la persona desaparecida, sustrayéndola a la protección de la ley"[303].

8.3. El tipo de desaparición forzada no está dentro de los parámetros de la normativa penal internacional

El V Pleno detecta que la principal distancia entre el tipo legal nacional y las normas internacionales se da el sujeto activo "**y, tal vez**", en relación a la descripción del elemento fundamental del tipo legal de desaparición forzada. Ese "tal vez" es como decir no estamos seguros, lo que no es propio en un acuerdo plenario que se fija con fuerza vinculante.

Hace referencia a la CIDH en el sentido que los instrumentos internacionales considera como agente a "personas o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado" y que esto no está considerado en el artículo 320 del Código Penal por lo que hay una descripción típica incompleta.

El Pleno considera que el elemento esencial de desaparición forzada "(…) es la no información sobre la suerte o el paradero de la persona a quien se ha privado, legal o ilegalmente, de su libertad (…)".

Llegado a este punto el Pleno de Jueces Supremos frente a esta consideración como elemento esencial realiza la siguiente interpretación:

> "El artículo 320 del Código Penal se limita a señalar la 'desaparición debidamente comprobada' de toda persona a quien se privó de su libertad. Siendo así, será del caso entender las acciones de desaparición debidamente comprobada ejecutadas por agentes estatales como la no información de aquellos sobre la suerte o el paradero de la persona a quien se ha privado de su libertad".

Aquí más que una descripción típica nos vamos a un tema de prueba indiciaria que pudo ser tratada por el Pleno si quería dar algún alcance. Tanto es así que el tipo penal dice "desaparición debidamente comprobada".

(303) Considerando 8.

¿Cuándo desaparece una persona? Pues cuando no está presente. Esto parece una suerte de verdad de perogrullo pero en temas de derechos humanos no hay que tomarlo a la ligera. En principio debe existir algún nexo entre el agente y la víctima, es decir con la persona desaparecida. Es necesario que la víctima esté muerta o viva. Si está viva estamos ante el tipo penal de secuestro y si la mataron ante homicidio calificado. Entonces el elemento esencial sería su desaparición, pero esto no la distinguiría de los tipos de secuestro u homicidio así que esa falta de información es lo que completa el tipo penal; pero esa falta debe provenir de quien se habría llevado a la persona legal o ilegalmente o de quien conociendo esa información en razón de su cargo se niega a proporcionarla(304).

9. Caracteres del delito de desaparición forzada

El V Pleno considera que el tipo legal de desaparición forzada, en cuanto a su conducta típica, es un delito complejo que puede ser cometido de dos maneras:

a) la privación de libertad de una persona, a quien se la oculta, y cuyo origen puede ser legal o ilegal.

b) la no información sobre la suerte o el paradero de la persona a quien se le ha privado de su libertad. La desaparición se consolida cuando se cumple este elemento, esto es, no brindar la información legalmente impuesta sobre el paradero o situación jurídica del afectado, que ha de tener, como presupuesto o como acción preparatoria incorporada al tipo legal, la privación de libertad del individuo sobre el que recae la acción típica –acto inicial–.

Aquí estamos ante dos conductas, la privación de libertad conectados a la falta de información que debe dar quien esté obligado por ley. El V Pleno señala que el agente puede ser también quien pese a no haber participado de la privación de la libertad teniendo el deber se niega a dar información de la detención aunque la generalidad de caso ha demostrado que entre la privación de libertad y la desaparición forma parte de una misma operación delictiva(305).

9.1. Deber de información del sujeto activo

El Pleno establece que el deber de informar es fundamental para la tipificación de la conducta delictiva: es un delito de incumplimiento del deber. El

(304) Considerando 9.
(305) Considerando 10.

funcionario o servidor público es quien viola este deber si no cumple con proporcionar la información necesaria que está en el ámbito de su conocimiento o potestad de acceso a las fuentes de conocimiento sobre el suceso para lograr que cese la sustracción de la víctima del sistema legal de protección, sin que sea necesario un requerimiento expreso. El Pleno de Supremos recoge las tesis del deber de garante por injerencia. Sobre este tópico la doctrina considera que "la responsabilidad por un delito de resultado mediante comisión solo está fundada cuando el agente, con independencia de su acción actual, es garante, es decir está obligado, a causa de otra acción previa (**injerencia**) o a causa de sus deberes de la vida de relación, a especiales limitaciones de acción, o bien cuando, a causa de sus deberes institucionales de solidaridad, está obligado a sacrifica su libertad de acción"(306).

El Pleno dice que deber de información se impone por el principio de injerencia por privación de libertad legal o ilegal, y que mientras dure el estado de desaparición de la persona, los funcionarios o servidores que tengan la potestad y en condiciones de conocer lo sucedido le es exigible, al no hacerlo se involucran en el círculo de autores del delito comentado.

El acuerdo plenario acertadamente sustenta el deber de información de los agentes estatales en lo establecido por el artículo XI de la Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas, que dice que "Toda persona privada de libertad debe ser mantenida en lugares de detención oficialmente reconocidos y presentada sin demora, conforme a la legislación interna respectiva, a la autoridad competente.- Los Estados parte establecerán y mantendrán registros oficiales actualizados sobre sus detenidos y, conforme a su legislación interna, los pondrán a disposición de los familiares, jueces, abogados, cualquier persona con interés legítimo y otras autoridades"(307).

10. Delito de lesa humanidad o delito contra los derechos fundamentales

El tipo legal nacional de desaparición forzada de personas, al igual que la Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas [similar es el caso del delito de torturas en relación con la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes], no exige el elemento contextual "ataque generalizado o sistemático contra una población civil" el que se deben integrar los hechos individuales de desaparición forzada. Esta última exigencia se presenta en el Estatuto de la Corte Penal internacional, artículo

(306) JAKOBS, Günther. *Derecho Penal. Parte General*. Traducción por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano, Gonzáles de Murillo. Editado por Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 265.
(307) Considerando 11.

7.1, que le atribuye la condición de crimen de lesa humanidad y, por ende, derechamente, adquiere el carácter de imprescriptible –artículo 29 del ECPI–.

Si no se presenta el elemento contextual el hecho individual antes descrito configurará un delito contra los derechos humanos, cuya criminalización se impone en virtud del Derecho internacional convencional y constituye violaciones graves de estos derechos que se producen en el ejercicio abuso del poder del Estado. La imprescriptibilidad del delito de desaparición forzada de personas, aun cuando no se presente el aludido elemento contextual, está afirmada por el artículo VII de la Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas. El fundamento de esta disposición reside en que su práctica por parte de funcionarios o servidores públicos infringe deberes estatales vinculados al respeto de los derechos fundamentales de la persona, entre ellos esencialmente el derecho a la personalidad jurídica. Ambos delitos (crimen de lesa humanidad y delitos contra los derechos humanos) son expresiones o forman parte del Derecho internacional penal.

La Corte Suprema en una interpretación con la normativa penal internacional concluye que en los delitos de lesa humanidad donde tiene que existir el elemento contextual **"ataque generalizado o sistemático contra una población civil"** las conductas prohibidas tienen el carácter de imprescriptible. En el caso de delito de desaparición forzada que no tenga el elemento contextual y vinculado a acciones individuales atentan contra los derechos fundamentales, de tal forma que también y de conformidad con el artículo VII de la Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas adquiere la calidad de **imprescriptible**(308).

11. Delito especial cometido por agentes estatales

El V Pleno considera que el delito de desaparición forzada de personas es un delito especial propio ya que solo puede ser perpetrado por un agente estatal competente para informar sobre el paradero o situación jurídica del afectado. Precisa que el principal defecto de la legislación nacional cuestionada por la CIDH es que no comprende a una organización política, sin que necesariamente pertenezca a la estructura estatal. El agente estatal, como sujeto cualificado, mantiene un deber específico sobre el suceso, de carácter extrapenal respecto al sujeto privado de la libertad, dada la posición de proximidad fáctica con respecto a la vulnerabilidad del bien jurídico.

(308) Considerando 12.

El Pleno que establece que el delito de desaparición forzada tiene autonomía y no puede ser considerado como un supuesto agravado de delitos preexistentes –y la necesidad de tener un bien jurídico propio. Que si bien el objeto de lesión o el desvalor de la acción específico está referido a las garantías institucionales para el ejercicio de los derechos fundamentales frente al ejercicio a abusivo del poder público el Pleno de Supremos considera que el bien jurídico a tutelar es la **personalidad jurídica**– no solo en la dimensión jurídico procesal de protección al ser humano sino se niega al ser humano en su calidad de tal, como centro integral de derechos y obligaciones, en el derecho a la administración de justicia y al esclarecimiento de los hechos, en sus tres niveles, a saber: individual, familiar y social.

De este razonamiento concluye que el tipo legal protege un doble interés individual y público al exigir el cumplimiento del deber de información sobre la privación de la libertad(309).

12. Delito de desaparición forzada como delito permanente

El V Pleno señala como regla jurídica que: El delito de desaparición forzada, por la forma de afectación del objeto de protección, es un delito permanente. Ahora bien, este delito se consuma cuando el individuo privado de su libertad desaparece, y ello ocurre cuando el agente estatal no brinda información sobre la privación de libertad de una persona o sobre su paradero, y citando a Pablo Galain Palermo: Uruguay. El delito de desaparición forzada. En: *Desaparición forzada de personas - Análisis comparado e internacional*, coordinador: Kai Ambos, página 151, dice que con el delito de desaparición forzada se sustrae a la víctima de sus derechos y de la capacidad de defensa e impide que la administración de justicia pueda ejercer sus funciones y deberes jurisdiccionales y de protección.

El Pleno emplea una definición operativa para este delito señalando:

> "Los delitos permanentes, como se sabe, se caracterizan porque la conducta típica se consuma en el tiempo. La consumación del delito –en puridad, agregamos, su terminación o consumación material– no concluye con la realización del tipo, sino que se mantiene por la voluntad del autor a lo largo del tiempo".

(309) Considerando 13.

La fase consumativa de este delito se extiende afirma el Pleno y la ofensa al bien jurídico se prolonga en el tiempo en razón que el agente no da la información del paradero de la víctima.

¿Cuándo cesa el carácter permanente de este delito?, pues el Pleno lo ha indicado así:

> "El momento en que tal permanencia cesa se presenta cuando se establezca el destino o paradero de la víctima –esta 'aparece'–, o cuando sean debidamente localizados e identificados sus restos (SCIDH Heliodoro Portugal, párrafo 34); se supere, de este modo, la falta de información que bloquee los recursos materiales y legales para el ejercicio de derechos y el esclarecimiento de los hechos (…)".

Este razonamiento del Pleno está en compatibilidad con el artículo 17 de la Declaración de Naciones Unidas sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas y el artículo III de la Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas estipula que consideran que el delito es permanente mientras no se establezca el destino o paradero de la víctima.

El Pleno de jueces supremos establece que la situación antijurídica duradera puede cesar debido a los siguientes factores:

- La propia voluntad del agente de informar sobre el paradero de la víctima.
- La intervención de cursos salvadores –descubrimiento del paradero de la víctima y de su situación por terceras personas–.
- Decisión judicial que resuelve dicha situación de incertidumbre.
- La víctima recupera la libertad y por tanto "aparece".
- Cesación el deber de informar del agente involucrado cuando adquiera la condición de incapaz absoluto.

Un efecto del carácter permanente de este delito es que obliga a los poderes públicos investigar lo sucedido mientras dure la incertidumbre sobre la suerte final de la persona desaparecida a efectos de evitar la impunidad y si es posible recuperar a la víctima[310].

(310) Considerando 14.

13. Ley penal y variación del estatuto jurídico del funcionario público

Como el delito de desaparición forzada es de ejecución permanente presenta singularidades en relación a la aplicación de la ley penal en el tiempo. Su punto de inicio no es la privación de libertad sino el momento en que empieza a incumplirse el mandato de información.

a) Si la permanencia cesó con anterioridad a la entrada en vigor de la ley que introdujo la figura penal no será posible imputar a los funcionarios o servidores públicos la comisión del delito de desaparición forzada. En este supuesto solo será del caso, si se cumplen sus elementos típicos, la comisión del delito de secuestro.

b) Si entra en vigor la ley que consagró el delito desaparición forzada de personas y se mantiene la conducta delictiva –de riesgo prohibido para el bien jurídico– por parte del agente estatal, la nueva ley resulta aplicable asumiendo la regla de la STC Villegas Namuche número 2488-2002-HC/TC, párrafo 26, del 18 de marzo de 2004, cuando precisa "(…) en los delitos permanentes, pueden surgir nuevas normas penales, que serán aplicables a quienes en ese momento ejecuten el delito, sin que ello signifique aplicación retroactiva de la ley penal".

La regla anterior fue usada en la Ejecutoria Suprema R.N. N° 1598-2007 respecto de la aplicación temporal del delito de desaparición forzada, habiendo confirmado lo resuelto por la Sala Superior Penal Nacional de la siguiente forma:

> "(…) la adecuación típica realizada por la Sala Penal Nacional merece ser ratificada por este Supremo Tribunal. No se afectó, pese a la posición en contrario de los imputados recurrentes, el principio de legalidad material, en concreto, los postulados o subprincipios de determinación legal de las conductas constitutivas de delito y sus penas son establecidas y fijadas por el legislador y, esencialmente, de irretroactividad de las normas penales desfavorables al reo, en cuya virtud una conducta no puede castigarse como delito sin que previamente a su realización estuviere establecida como tal por una norma con rango de ley.
>
> La conducta objeto del proceso penal estaba prevista desde la vigencia del Código Penal de mil novecientos noventa y uno. Uno de los elementos del tipo legal: las negativas de los acusados Collantes Guerra y Juárez Aspiro que se han reseñado, que unidos al anterior: la privación efectiva de libertad, fueron posteriores a

la entrada en vigor de la prohibición penal; negativas que se prolongaron por propia voluntad y decisión de ellos. En consecuencia, la desestimación de las excepciones de naturaleza de acción promovidas durante el proceso fueron ajustadas a derecho".

c) No obstante que subsista el estado de desaparición de la víctima al momento de entrar en vigor la ley que tipificó el delito de desaparición forzada de personas, como se está ante un delito especial propio –solo puede ser cometido por funcionarios o servidores públicos– es indispensable que tal condición funcionarial esté presente cuando entra en vigor la ley penal. Si el agente en ese momento ya no integra el Estado y la injerencia se basa en el estatus de agente público, no es posible atribuirle responsabilidad en la desaparición cuando la ley penal entra en vigor con posterioridad al alejamiento del agente del servicio público.

d) Si una vez que entró en vigor la ley que tipifica el delito de desaparición forzada de personas, el agente es transferido de puesto u ocupa un cargo público distinto al que se desempeñaba cuando se incumplió el mandato de información, no es posible sostener que para él cesó el estado de permanencia del delito. Siendo funcionario o servidor público y estando obligado a informar sobre lo ocurrido con el afectado en virtud de su injerencia previa, su cambio de destino o de actividad no es relevante.

14. Código Penal de 1991 y el hecho fáctico de aplicabilidad del tipo de desaparición forzada

El Pleno de Jueces Supremos en el considerando 16 señala que la desaparición forzada de personas solo puede ser atribuida a la negativa de proporcionar información sobre el paradero de una persona a quien se privó de su libertad, enfocando la conducta prohibida desde una perspectiva ejecución permanente, ocurridos con posterioridad a la entrada en vigor de Código Penal de 1991 que consagró tal conducta como delito y señaló la pena correspondiente. Así lo ordena la Constitución y el Código Penal –artículos 103 y 6– y que es de conformidad con los artículos II de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, 15.2, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Parte Tercera del Estatuto de Roma.

Concluimos que el delito de desaparición implica un ejercicio abusivo del poder del Estado por parte de los agentes funcionarios o servidores públicos;

y tiene como caracteres que es un delito complejo, permanente, de incumplimiento del deber y especial.

El elemento esencial en el delito de desaparición forzada es la falta de información sobre la suerte o el paradero de la persona a quien se ha privado, legal o ilegalmente, de su libertad; y por el grado de lesividad de este delito al atentar contra los derechos fundamentales de conformidad con el artículo VII de la Convención Interamericana adquiere la calidad de **imprescriptible**.

Con respecto al artículo 320 del Código Penal consideramos que no tiene toda la hipótesis fáctica que se encuentra descrita en las normas internacionales ya que el agente en el tipo penal nacional solo comprende a funcionarios o servidores mientras que en la normativa internacional se considera también como agentes a particulares.

La necesidad de adecuar el tipo penal a la normativa internacional sobre desaparición forzada nos impulsa a presentar la siguiente propuesta:

> PROYECTO DE LEY
>
> LEY Nº…
>
> Artículo 1.- Modificase al artículo 320 del Código Penal que queda redactado así:
>
> "El arresto, la detención, el secuestro o cualquier otra forma de privación de libertad que sea obra de agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúan con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o del ocultamiento de la suerte o el paradero de la persona desaparecida, sustrayéndola a la protección de la ley será sancionada con pena privativa de libertad no menor de quince años y máximo treinta y cinco años. La inhabilitación, conforme al artículo 36 incisos 1) y 2) en cuanto corresponda.
>
> La pena será de cadena perpetua si la víctima es menor de edad, persona con incapacidad física o mental, personas mayores de 65 años".

III. La tortura

La Declaración sobre la protección de todas las personas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, adoptada por la

Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución 3452, de 9 de diciembre de 1975 en su artículo 1 define la tortura como todo acto por el cual un funcionario público, u otra persona a instigación suya, inflija intencionalmente a una persona penas o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido o se sospeche que ha cometido, o de intimidar a esa persona o a otras.

Como excepción establece que no se considerarán tortura las penas o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de la privación legítima de la libertad, o sean inherentes o incidentales a esta, en la medida en que estén en consonancia con las reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos.

La tortura constituye una forma agravada y deliberada de trato o pena cruel, inhumana o degradante y constituye una ofensa a la dignidad humana y será condenado como violación de los propósitos de la Carta de las Naciones Unidas y de los derechos humanos y libertades fundamentales proclamados en la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 2 de la Declaración).

Otra referencia obligada es la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 39/46, de 10 de diciembre de 1984 que reconociendo el instrumento internacional anterior buscan hacer más eficaz la lucha contra la tortura obligado a los Estados realizar las modificaciones legislativas necesarias para reprimir esta acción degradante.

Para hacer intervenir a la comunidad internacional en la prevención de la tortura Naciones Unidas el 9 de enero de 2003 aprobó el Protocolo facultativo de la Convención contra la tortura cuya finalidad se encuentra plasmada en el artículo 1 del este instrumento que dice: "El objetivo del presente protocolo es establecer un sistema de visitas periódicas a cargo de órganos internacionales y nacionales independientes a los lugares en que se encuentren personas privadas de su libertad, con el fin de prevenir la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes".

El ente encargado de estas visitas es el Subcomité para la prevención de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes del comité contra la tortura que estará compuesto por 10 personas que se elegirá de candidatos propuestos por los Estados.

El mandato concreto del subcomité conforme al artículo 11 del protocolo es el siguiente:

- Visitar los lugares donde se encuentren o pudieran encontrarse personas privadas de su libertad, bien por orden de una autoridad pública o a instigación suya o con su consentimiento expreso o tácito.

- Hacer recomendaciones a los Estados partes en cuanto a la protección de las personas privadas de su libertad contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes.

- Asesorar y ayudar a los Estados partes, cuando sea necesario, a establecerlos.

- Mantener contacto directo, de ser necesario confidencial, con los mecanismos nacionales de prevención y ofrecerles formación y asistencia técnica con miras a aumentar su capacidad.

- Ayudar y asesorar a los mecanismos nacionales de prevención en la evaluación de las necesidades y las medidas destinadas a fortalecer la protección de personas privadas de su libertad contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes.

- Hacer recomendaciones y observaciones a los Estados Partes con miras a reforzar la capacidad y el mandato de los mecanismos nacionales para la prevención de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes.

- Cooperar, para la prevención de la tortura en general, con los órganos y mecanismos pertinentes de las Naciones Unidas así como con instituciones u organizaciones internacionales, regionales y nacionales cuyo objeto sea fortalecer la protección de todas las personas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes.

1. Corte Interamericana y tortura: Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala, sentencia del 25 de noviembre de 2000

En esta sentencia se delinean algunos aspectos de las torturas que van de la mano con el delito de desaparición forzada, los contextos y además la finalidad de estos actos lesivo contra la dignidad humana.

El caso es de Efraín Bámaca Velásquez, conocido como "Comandante Everardo", quien formaba parte de Organización Revolucionaria del Pueblo en Armas, uno de los grupos guerrilleros que formaban la URNG; Bámaca Velásquez lideraba el Frente Luis Ixmatá del mencionado grupo y desapareció el 12

de marzo de 1992, después de un enfrentamiento entre el ejército y la guerrilla que se produjo en la aldea de Montúfar, cercana a Nuevo San Carlos, Retalhuleu, en la región oeste de Guatemala. Las fuerzas armadas guatemaltecas lo apresaron vivo y lo recluyeron secretamente en varias dependencias militares, donde lo torturaron y, eventualmente, lo ejecutaron.

El Estado incurrió en denegación de justicia y encubrimiento, al abstenerse de] brindar protección judicial alguna o reparación por los crímenes perpetrados contra el señor Bámaca Velásquez y también de investigar en forma adecuada su desaparición y muerte, castigando a los culpables. Esta ha sido una forma de actuar de los Estados latinoamericanos cuando enfrentaron casos de tortura o desapariciones, negar y encubrir la verdad.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en sus alegatos finales al referirse al fenómeno de la desaparición forzada de personas, afirmó que en este tipo de situaciones la detención arbitraria, la incomunicación de la víctima, el aislamiento, la tortura, son sucedidos en la mayoría de los casos por la ejecución y el ocultamiento del cadáver de la víctima; acompañado del silencio oficial, las negaciones, y la obstrucción; para los familiares, los amigos, los compañeros, sigue la angustia y la incertidumbre de la suerte de la víctima. La desaparición forzada pretende borrar toda huella del crimen para conseguir la impunidad total de quienes lo cometieron.

La CIDH argumentó que no obstante que Guatemala ha suscrito, pero no ratificado, la Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas, esta entró en vigor el 28 de marzo de 1996 y "constituye un instrumento importante para clasificar y comprender las desapariciones forzadas y para interpretar la Convención americana", de conformidad con el artículo 29 de esta última.

En los mismos alegatos la CIDH afirmó que en América Latina: "la mayoría de las víctimas de las guerras sucias no murieron en combate ni accidentalmente en el fuego cruzado de grupos armados disidentes contra las fuerzas armadas. Muchos de ellos fueron secuestrados en centros clandestinos de detención, fueron objeto de torturas [... y] fueron enterrados sin dignidad ni respeto en fosas sin nombre o (…) arrojadas desde aviones al mar".

Al momento de los hechos del caso Bámaca Velásquez, existía en Guatemala una política estatal por la cual los guerrilleros capturados eran utilizados para obtener información sobre la organización y actividades del grupo insurgente del que formaban parte y para obtener la información los agentes captores mantenían la detención en la clandestinidad y sometían al detenido a

torturas. Esta situación configuraba el fenómeno de la desaparición forzada, que muchas veces culminaba con la ejecución de la persona capturada. Esta práctica, que además buscaba impedir toda posibilidad de prueba de esta, le fue aplicada a Efraín Bámaca Velásquez.

En sus alegatos finales orales en la audiencia pública sobre el fondo celebrada en la ciudad de Washington en Estados Unidos, el Estado de Guatemala admitió que efectivamente se tiene conocimiento de que hubo una práctica sistemática dentro de las filas del ejército al detener o entregarse a algún miembro de la URNG si les convenía o se les ofrecía suficientes beneficios como para hacerles atractivo el traslado a servidores del ejército nacional.

Sin embargo, en esa misma audiencia el Estado agregó que si efectivamente hubo o estuvo prisionero de guerra el señor Bámaca Velásquez fue una excepción y no una práctica común.

En su parte considerativa la sentencia señala que:

> "De acuerdo con el artículo 1 de la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, la tortura implica que se inflijan a una persona penas o sufrimientos físicos o mentales deliberadamente dirigidos a intimidar, castigar, investigar o prevenir crímenes, penar su comisión o con cualquier otro fin"(311).

La Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura define esta en su artículo 2, como "todo acto realizado intencionalmente por el cual se inflijan a una persona penas o sufrimientos físicos o mentales, con fines de investigación criminal, como medio intimidatorio, como castigo personal, como medida preventiva, como pena o con cualquier otro fin. Se entenderá también como tortura la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica".

Para diferenciarlas de otros actos no estarán comprendidos en el concepto de tortura las penas o sufrimientos físicos o mentales que sean únicamente consecuencia de medidas legales o inherentes a estas, siempre que no incluyan la realización de los actos o la aplicación de los métodos propios de la tortura.

(311) Considerando 156.

Entrando al fondo del asunto se fijó la siguiente posición:

"158. La Corte estima que los actos denunciados en el presente caso fueron preparados e infligidos deliberadamente, con el fin de obtener de Efraín Bámaca Velásquez información relevante para el ejército. Según los testimonios recabados en el presente proceso, la supuesta víctima fue sometida a actos graves de violencia física y psíquica durante un prolongado periodo de tiempo con los fines antes mencionados y, así, puesta en un contexto de angustia y de sufrimiento físico intenso de modo intencional, lo que no puede calificarse **sino como tortura, tanto física como psicológica**".

Lo que debemos resaltar en este caso es que los atentados contra la integridad y dignidad de la persona son mediante un concurso de delitos dentro de los que la tortura ha sido fundamental. Con suerte algunos pudieron sobrevivir a esto pero otros fueron adicionalmente desaparecidos justamente para eliminar la evidencia o testimonios de los tratos crueles.

En el caso Bámaca Velásquez se consideró que el Estado de Guatemala violó los artículos 1, 2, 6 y 8 de la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura.

La Convención había sido ratificada por Guatemala el 29 de enero de 1987, y desarrolla con mayor detalle los principios contenidos en el artículo 5 de la Convención americana y constituye un instrumento auxiliar de esta.

El tratamiento que sufrió Bámaca Velásquez en manos de agentes del gobierno, constituye tortura en los términos de dicha Convención y con base en el artículo 8 de la Convención interamericana contra la tortura y el 29 de la Convención americana, la Corte se consideró competente para aplicar directamente aquel instrumento.

Los artículos 1, 2, 6 y 8 de la Convención interamericana contra la tortura establecen:

"1. Los Estados partes se obligan a prevenir y a sancionar la tortura en los términos de la presente Convención.

2. Para los efectos de la presente Convención se entenderá por tortura todo acto realizado intencionalmente por el cual se inflijan a una persona penas o sufrimientos físicos o mentales, con fines de investigación criminal, como medio intimidatorio, como castigo personal,

como medida preventiva, como pena o con cualquier otro fin. Se entenderá también como tortura la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica.

No estarán comprendidos en el concepto de tortura las penas o sufrimientos físicos o mentales que sean únicamente consecuencia de medidas legales o inherentes a estas, siempre que no incluyan la realización de los actos o la aplicación de los métodos a que se refiere el presente artículo.

6. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 1, los Estados partes tomarán medidas efectivas para prevenir y sancionar la tortura en el ámbito de su jurisdicción.

   Los Estados partes se asegurarán de que todos los actos de tortura y los intentos de cometer tales actos constituyan delitos conforme a su Derecho Penal, estableciendo para castigarlos sanciones severas que tengan en cuenta su gravedad.

   Igualmente, los Estados partes tomarán medidas efectivas para prevenir y sancionar, además, otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes en el ámbito de su jurisdicción.

8. Los Estados partes garantizarán a toda persona que denuncie haber sido sometida a tortura en el ámbito de su jurisdicción el derecho a que el caso sea examinado imparcialmente.

   Asimismo, cuando exista denuncia o razón fundada para creer que se ha cometido un acto de tortura en el ámbito de su jurisdicción, los Estados partes garantizarán que sus respectivas autoridades procederán de oficio y de inmediato a realizar una investigación sobre el caso y a iniciar, cuando corresponda, el respectivo proceso penal.

   Una vez agotado el ordenamiento jurídico interno del respectivo Estado y los recursos que este prevé, el caso podrá ser sometido a instancias internacionales cuya competencia haya sido aceptada por ese Estado".

2. Responsabilidad del Estado

Como antecedente la Corte ya había tenido oportunidad de aplicar la Convención interamericana contra la tortura y de declarar la responsabilidad de

un Estado en razón de su violación (**Caso Cantoral Benavides; Caso Villagrán Morales y otros (Caso de los "Niños de la Calle"), y Caso Paniagua Morales y otros**).

Bámaca Velásquez fue sometido a tortura durante el tiempo que duró su reclusión clandestina en instalaciones militares y resulta claro que el Estado no previno eficazmente tales actos y que, al no realizar una investigación al respecto, omitió sancionar a los responsables de estos(312). Violando el artículo 8 de la Convención interamericana contra la tortura consagra en forma expresa la obligación del Estado de proceder de oficio y en forma inmediata en casos como el presente. Frente a esta actitud de los Estados la Corte ha sostenido que "en los procesos sobre violaciones de los derechos humanos, la defensa del Estado no puede descansar sobre la imposibilidad del demandante de allegar pruebas que, en muchos casos, no pueden obtenerse sin la cooperación del Estado y en el caso Bámaca Velásquez el Estado no actuó en con arreglo a esas previsiones".

La Corte constató que a pesar de los numerosos procesos iniciados para dar con el paradero de Bámaca Velásquez, los mismos demostraron ser inefectivos y que la comprobada negación de la protección judicial determinó también que el Estado no previniera e investigara eficazmente las torturas a las que la víctima estaba siendo sometida, por lo que el Estado faltó a los compromisos contraídos por la Convención interamericana contra la tortura.

La Corte concluyó que el Estado incumplió, en perjuicio de Efraín Bámaca Velásquez, la obligación de prevenir y sancionar la tortura en los términos de los artículos 1, 2, 6 y 8 de la Convención interamericana para prevenir y sancionar la tortura.

3. La tortura en el Derecho peruano

En el Código Penal el delito de tortura(313) está previsto en el artículo 321 y considera como sujeto activo a funcionario o servidor público o cualquier persona, con el consentimiento o aquiescencia de aquel.

(312) Considerando 20.

(313) De conformidad con el artículo 5 de la Ley Nº 26926, publicada el 21/02/1998, los delitos contra la Humanidad se tramitarán en la vía ordinaria y ante el fuero común. Asimismo, el artículo 4 de la misma norma, señala que:

4.1. Cualquier persona puede pedir de inmediato el examen médico de la persona agraviada o de aquella imposibilitada de recurrir por sí misma a la autoridad; y,

4.2. Los médicos legistas deberán concurrir de inmediato para el reconocimiento de quien resulte víctima de la tortura, sin perjuicio del derecho del denunciante de acudir a cualquier médico para su verificación.

El agente que inflija a otro dolores o sufrimientos graves, sean físicos o mentales, o lo someta a condiciones o métodos que anulen su personalidad o disminuyan su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o aflicción psíquica, con el fin de obtener del sujeto pasivo o de un tercero una confesión o información, o de castigarla por cualquier hecho que haya cometido o se sospeche que ha cometido, o de intimidarla o de coaccionarla.

El Perú no ha sido la excepción en cuanto a incidencia de estos crímenes en la casuística, y los elementos típicos de este delito se desarrolla en el R. N. N° 1008-2010(314), Piura, del 5 de agosto de 2010 que dice: "El delito de tortura exige básicamente la concurrencia de tres elementos: un elemento material, consistente en las propias acciones que constituyen tortura; asimismo, se tiene la cualificación del sujeto activo como representante del poder del Estado; por último, un elemento teleológico que está orientado a obtener una confesión o información de cualquier persona o de castigarla por un hecho que haya cometido o se sospeche que lo ha realizado". En esta misma línea se pronuncia el R. N. N° 72-2010-Ayacucho del 2 de junio de 2010(315).

El delito es doloso, y consideramos se consuma con la afectación física y mental grave en contra de la víctima con el objetivo de obtener confesión o información. La Ejecutoria Suprema R. N. N° 72-2010 es ilustrativa de cómo se realiza valoración probatoria empleando inferencias, de este delito así:

> "i) que el agraviado Pacco Mayhua fue detenido el treinta de agosto de mil novecientos noventa y nueve y conducido a los calabozos de la delegación policial de Macusani; ii) que al día siguiente fue trasladado por efectivos policiales al hospital de la ciudad hasta en dos oportunidades, es decir, a las seis horas con treinta minutos y trece horas con veinte minutos, aproximadamente - conforme se advierte del informe (…) corroborado con los registros (…) lo que acredita que fue agredido físicamente estando detenido; iii) que el protocolo de necropsia concluye que la víctima presentó varias lesiones en el cuerpo ocasionadas con un objeto contuso o por una patada muy fuerte; iv) que las declaraciones rendidas por los acusados Quispe Choque y Silva Ruiz son contradictorias, pues el primero sostiene que la víctima al tratar de darse a la fuga se tropezó con un caballete de madera y, en ese instante, lo detuvo llevándolo detenido a la comisaría, mientras que el segundo refiere que su coacusado le comentó que la víctima, antes de

(314) Banco de jurisprudencia del Poder Judicial en <www.pj.gob.pe>.
(315) Ídem.

> ser detenido, se cayó de las gradas de la comisaría –se trata de un indicio de mala justificación, inverosímil y ausente de congruencia–; que estas declaraciones, por lo demás, han sido desvirtuadas por los testimonios descritos precedentemente; v) que los autores de las lesiones descritas en el citado protocolo de necropsia que guarda similitud con las conclusiones del acta de diligencia de exhumación - fueron los acusados Silva Ruiz y Quispe Choque; que, en tal virtud, se concluye que la negativa de los imputados en los hechos juzgados se encuentra exenta de persistencia lógica y verosimilitud, a contrario sensu, coadyuva a establecer la certeza y veracidad de los hechos imputados; que, por tanto, puede apreciarse que, entre la actividad probatoria practicada y el relato de los hechos, existe un enlace lógico consistente para establecer la culpabilidad de los mencionados procesados y desvanecer Ia presunción de inocencia que les asistía por expresa normatividad constitucional; que, por consiguiente, vistas las circunstancias del delito y la participación que les correspondió en el injusto perpetrado, su conducta se encuentra prevista y sancionada en el artículo trescientos veintiuno –segundo párrafo– del Código Penal".

La sanción para la modalidad básica, es pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años.

Si la tortura causa la muerte del agraviado y el agente pudo prever este resultado (dolo eventual) la pena no será menor de ocho ni mayor de veinte años, Se estima que él o los agentes al realizar las acciones vejatorias contra la víctima pueden estimar que pueden causar la muerte. Podemos establecer que hay presencia constante de efectivos policiales y la conducta no solo es activa sino omisiva cómo se desarrolla en la Ejecutoria Suprema R.N. N° 5458-2006[316], Piura, del 15 de febrero de 2007.

> "(…) que el delito de tortura como ya lo tiene establecido este Supremo Tribunal, es un delito que exige la concurrencia de tres elementos esenciales: a) un elemento material, que consiste en los ataques inferidos a la víctima que, de uno u otro modo, le ocasionen dolores o sufrimientos graves, anulen su personalidad o disminuyan su capacidad física o mental; b) un elemento personal, de cualificación del sujeto activo como representante del poder del Estado –entre ellos, autoridad encargada de instituciones destinadas a custodiar por algún tiempo

(316) Ídem.

a personas sometidas a investigación o que están privadas de libertad–; y, c) un elemento teleológico, que exige que el agente busque obtener una confesión o información de cualquier persona o de castigarla por un hecho que haya cometido o se sospeche que lo ha realizado; que, en el presente caso, tales elementos se presentan concurrentemente, pues los imputados son miembros de la policía nacional que tenían bajo su custodia al agraviado y, en esa situación, en vista que tuvo una actitud agresiva con ellos y los faltó de palabra y obra, como castigo a su conducta le infligieron severos golpes que, finalmente, ocasionaron su muerte; que ese tipo legal, como se ha dejado expuesto, por su propia configuración, descarta las figuras de abuso de autoridad –en cualquiera de sus modalidades– y contra la vida, el cuerpo y la salud; que, de otro lado, es evidente que un hecho de tanta gravedad cometido al interior de una comisaría, solo pudo realizarse a partir del concierto de varios efectivos policiales, que participaron –cada uno según su rol– en la comisión del hecho indistintamente a título comisivo y omisivo, el cual denota una aportación objetiva de cada uno de ellos a las torturas con resultado de muerte".

Si el agente produce a la víctima lesión grave, e igualmente pudo prever esta, la pena privativa de libertad será no menor de seis ni mayor de doce años. En este último supuesto cabe la interpretación sistemática con el artículo 121 del Código Penal, para describir las lesiones graves ocasionadas.

Si la tortura es más sofisticada y se emplea a un médico o cualquier profesional sanitario como un enfermero para que coopere en la perpetración del delito de tortura, será reprimido con la misma pena de los autores, en una suerte de complicidad primaria (art. 322 del CP).

Un problema que se encuentra en la casuística es el de la determinación entre lo que sería el delito de tortura y lesiones y abuso de autoridad, habiendo dado respuesta a esta cuestión la Jurisprudencia Suprema en el R.N. N° 5458-2006 Piura del 15 de febrero de 2007 de la siguiente forma: "(...) es de precisar que la conducta imputada al citado encausado Vidal Pacherrez, ceñida al delito de tortura, se debe a su condición de funcionario público y al desarrollo del evento delictivo, lo que en virtud del principio de especialidad descarta el pretendido tipo legal de lesiones por no cumplir con los elementos objetivos y subjetivos pertinentes".

En esa misma línea tenemos la R. N. N° 3328-2004-Chincha, Lima, 11 de febrero de 2005 que dice: "(…) el tipo del injusto de tortura, previsto y sancionado en el numeral trescientos veintiuno del Código Penal, tiene como uno

de sus elementos objetivos el abuso del poder de quienes ejercen la función pública, por tanto, el delito de abuso genérico de autoridad se subsume en el citado tipo penal".

Como hemos señalado, hay constante intervención como agentes del delito los miembros de la policía, pero también podemos advertir que se puede usar una falsa denuncia de tortura para que la supuesta víctima se sustraiga de sus responsabilidades penales ante una imputación. En el R. N. N° 201-2005-Madre de Dios del 13 de junio de 2005 se dice al respecto:

> "con las declaraciones (…) así como con las documentales (…) se demuestra que los incriminados Wilder Alberto Pedroza Ruiz y Raúl Angulo Zegarra, son policías con solvencia ética e institucional, como así lo ha entendido el fuero privativo al expedir la resolución (…) su fecha seis de octubre del dos mil tres, por la que se archiva una denuncia por estos mismos hechos (….) en tal sentido, lo que se advierte es que el agraviado, como sucede en estos casos, ha referido hechos falsos al verse descubierto con más de treintitrés kilos de pasta básica de cocaína que estaban camuflados en una caleta, según se observa de las actas (…) así como el resultado preliminar de análisis químico (…) y, si bien es cierto que presenta pequeños hematomas y/o erosiones en algunas partes del cuerpo, como lo constituyen los brazos, muñecas y piernas, ello se ha debido a la forma y circunstancias de cómo fue aprehendido el día de los hechos y a que estuvo esposado durante el acto de intervención en el que también fueron capturados otras personas, conforme se observa de las fotografías (…)".

Con base en estos argumentos la Corte Suprema absolvió a los imputados por delito de torturas.

IV. Delito de discriminación

La discriminación es tan antigua como el hombre mismo. En su definición general se tiene que es el acto de hacer una distinción. Discriminar de por si no es violatoria de la dignidad de una persona puesto que se le considera socialmente positiva cuando: observa las diferencias de los grupos de individuos en respuesta a sus problemas o necesidades para poder darles solución. Favorece a un grupo de individuos por sus características y/o circunstancias sin perjudicar de ninguna manera a otro(s). La discriminación muchas tiene diversas manifestaciones y pueden tener motivaciones raciales, étnicas en sus

manifestaciones como el habla y la indumentaria; discriminación por condición económica, discapacidad, etc.

Una de las manifestaciones de la discriminación es el racismo que es lo más común en nuestro medio entendiéndolo como: "(…) un modo de dominación social que se funda en identificar entre la gente diferencias que son integradas en una jerarquía que va de lo superior (lo moral, sabio y hermoso) hasta lo inferior (lo perverso, ignorante y horrible). A fin que no haya confusiones debemos distinguir entre raza y etnia. La diferencia entre estos términos radica en que mientras el término etnia comprende los factores culturales (nacionalidad, afiliación tribal, religiosa, fe, lenguaje, o tradiciones) y biológicos de un grupo humano; la raza específicamente alude a los factores morfológicos distintivos de esos grupos humanos (color de piel, contextura corporal, estatura, rasgos faciales, etc.) desarrollados en su proceso de adaptación a determinado espacio geográfico y ecosistema (clima, altitud, flora, fauna, etc.) a lo largo de varias generaciones. La discriminación por motivos raciales o étnicos que jerarquizan grupos sociales con relación a otros por razones de raza o etnia ha tenido expresiones atroces como el genocidio contra el pueblo judío por los Nazis; la esclavitud de los negros en Europa y los Estados Unidos; el apartheid en Sudáfrica; la explotación del indio en América por el colonizador español. La discriminación por etnia se ha dado en las denominadas "limpiezas étnicas" realizadas por serbios contra bosnios musulmanes en los Balcanes. Esta discriminación en mayor o menor medida recorre a todas las razas siendo en todo caso el fenómeno más visible la presunta superioridad de la raza blanca o caucásica sobre las otras; pero cómo podemos advertir entre pueblos de raza blanca puede haber discriminación étnica. En nuestra realidad histórica tenemos que ha existido la discriminación racial y étnica de los pueblos indígenas; de los negros traídos en calidad de esclavos; la comunidad china como mano de obra barata y de reemplazo de los libertos negros. Sin embargo estudiosos de las ciencias sociales destacan que juntamente con el racismo ha coexistido el fenómeno del mestizaje, a diferencia de las zonas de dominio anglosajón. Que en el caso peruano se constata la convivencia de racismo y mestizaje, por la razón que la mezcla no fue descartada sino que desde abajo significaba un camino de ascenso social, de logro, de reconocimiento y desde arriba fue valorada como la posibilidad de una ventaja económica, por eso en los inicios de la Colonia se permitía el matrimonio entre los conquistadores y las princesas quechuas. Es decir si bien existe un discurso del mestizaje actualmente, y que se expresa en la común frase "(…) el que no tiene de inga tiene de mandinga", el racismo no ha desaparecido de las estructuras culturales y mentales, porque se mantiene en la conducta, en el comportamiento de los peruanos, de manera consciente e inconsciente. Es la herencia que hemos recibido de nuestro pasado

autoritario, y lo vemos todos los días en los *mass media* presentándonos estereotipos raciales que son solo una parte del país. Por otro lado en las supuestas "razas inferiores" como india o negra, se constata que existen expresiones discriminatorias racistas; y además en grupos raciales similares, los conflictos están más vinculados a razones de etnias. De esta discriminación histórica no escapa tampoco la comunidad negra en la colonia, que estaban bajo la jerarquía eclesiástica española, pues allí también se daban conflictos por la posesión de la dirección y las ubicaciones físicas en los asientos de la asociación, resolviéndose estos dándose preferencia a las castas Terranova, Mandinga y Yolofo en razón a antigüedad étnica. Cuando una persona o un grupo social se siente superior a otros por motivos de raza o etnia, posición económica, creencia religiosa, ideología se crean las condiciones para que aparezcan conductas que atentan contra la dignidad del hombre.

1. El delito de discriminación en el Derecho nacional

En el Perú el delito de discriminación está ubicado sistemáticamente en delitos contra la Humanidad juntamente con otros delitos como genocidio, tortura y desaparición forzada. Que si bien en la nomenclatura legal se tiene por delito de discriminación al establecido en el artículo 323 del Código Penal; sin embargo no podemos dejar de lado que tiene conexión con el delito de genocidio que es considerado como la manifestación más extrema de discriminación. Según la exposición de motivos del Código Penal, este tipo penal fue insertado en aplicación de la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio de 1948, aprobada en el Perú en 1959 y cumpliendo con lo dispuesto con la Constitución Política de aquel entonces, que prohibía la discriminación por razón de sexo, raza, religión, opinión o idioma. Inicialmente estuvo incorporado el tipo de genocidio en la parte de delitos contra la vida, el cuerpo y la salud, capítulo 5, siendo derogada por el artículo 6 de la Ley Nº 26926 publicada el 21 de febrero de 1998, que lo reubica dentro del Título XIV-A, delitos contra la Humanidad, Capítulo I, artículo 319, que reprime al agente que con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, social o religioso mata, lesiona, somete, impide nacimientos o transfiere forzosamente niños a otros grupos. Por otro lado, tenemos que el artículo 317 del Código Penal fija como agravante del tipo de asociación ilícita el ser parte de una organización destinada a realizar genocidio. El delito de genocidio es pluriofensivo porque atenta contra la vida humana con base en criterios discriminantes, y además afecta el principio de igualdad y la dignidad de la persona. En esta línea de razonamiento el delito de discriminación descrito en el artículo 323 del Código Penal, también es un delito contra la Humanidad, y si bien es menos grave que el delito de genocidio, se

le asume como conducta reprochable socialmente. Inicialmente solo comprendía actos por motivos raciales, étnicos, religiosos o sexuales y con la agravante de ser funcionario público más inhabilitación por tres años, conforme al inciso 2) del artículo 36. Posteriormente sufrió una modificación por la Ley Nº 28867 publicada el 09/08/2006 incorporándose la incitación y otras formas de discriminación como la sexual, por factor genético, filiación, edad, discapacidad, idioma, identidad étnica y cultural, indumentaria, opinión política o condición económica. Es decir, se amplía el tipo abarcando otros comportamientos y se le agrega como agravantes ser servidor público y también el uso de violencia física y mental en el acto de discriminación.

Respecto del bien jurídico tutelado tenemos que en legislaciones como la francesa se asume que es la dignidad de la persona y así lo define el Código Penal francés de 1992 en el artículo 225. Los alemanes en materia de incitación al odio racial lo ubican en delitos contra el orden público; pero los críticos de esta ley, señalan que el bien jurídico sigue siendo la dignidad de la persona. El código holandés fija al delito de discriminación en sus diversas modalidades en atentados contra el orden público. En el código español estos comportamientos punibles están comprendidos en los delitos cometidos con ocasión del ejercicio de derechos fundamentales y de las libertades públicas garantizadas por la Constitución y la justificación a la no discriminación, es la condición humana como principio de la dignidad esencial e igual de cada persona, y tal como lo define la jurisprudencia española el bien tutelado es el principio de igualdad que impide cualquier tipo de discriminación, ya que ni la raza, ni el nacimiento, ni el sexo, ni las creencias pueden determinar diferente trato en las personas. Es esta la posición que asumimos nosotros al considerar que el delito de discriminación tutela el principio de igualdad de la persona humana que es la base del respecto de su dignidad como tal y que además tiene fundamento constitucional en el artículo 2 inciso 2 de la Carta Política de 1993 que establece como derecho fundamental de la persona humana, la igualdad ante la ley y que nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole.

El artículo 323 del Código Penal modificado por la Ley Nº 28867 sanciona a: "El que por sí o mediante terceros, discrimina a una o más personas o grupos de personas o incita o promueve en forma pública actos discriminatorios, por motivo racial, religioso, sexual, de factor genético, filiación, edad, discapacidad, idioma, identidad étnica y cultural, indumentaria, opinión política o de cualquier índole, o condición económica, con el objeto de anular o menoscabar el reconocimiento goce o ejercicio de los derechos de la persona (…)".

El sujeto activo del delito de discriminación puede ser cualquier persona o por intermedio de terceros, con la agravante, que sea funcionario público o servidor público y además se realice con violencia física o mental para merecer mayor pena. El sujeto pasivo puede ser cualquier individuo, o grupo social. Dentro de los actos materiales encontramos en general dos conductas prohibidas, la primera que reprime al que discrimina a una o más personas o grupos, es decir aquí se exige un acto concreto directo contra la víctima, por lo que consideramos que estamos ante un tipo penal de resultado. La otra es aquella que reprime al que incita o promueve en forma pública actos discriminatorios, por lo que aquí nos encontramos ante un tipo penal de peligro abstracto.

Este es un delito doloso, puesto que los actos materiales son impulsados con la finalidad de anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos de la persona, siendo uno de ellos el derecho a la igualdad que posee todo ciudadano y que es la base de la dignidad humana. Que esta es la diferencia entre el genocidio y la discriminación pues en el primero existe una intención y actos concretos de eliminar o desaparecer de la sociedad a los grupos discriminados, mientras que en el segundo tipo es de limitarle o apartarle del goce y ejercicio de sus derechos al grupo social o personas individuales. En el delito de genocidio siempre hay actos contra la vida con fines de aniquilación, mientras que en la discriminación hay actos físicos y mentales; pero no necesariamente la aniquilación; sino limitación o exclusión.

En el tipo base que se encuentra en el primer párrafo del artículo 323, las conductas prohibidas se reprimen con pena privativa de libertad no menor de dos años, ni mayor de tres años o alternativamente con prestación de servicios a la comunidad de sesenta a ciento veinte jornadas.

La agravación de la pena guarda relación directa con el hecho que el sujeto activo tenga la calidad de funcionario o servidor público siendo la pena en este caso no menor de dos ni mayor de cuatro años agregándose la inhabilitación conforme al inciso 2) del artículo 36 del Código Penal, que es la declaración de incapacidad para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público.

El último párrafo tiene una redacción defectuosa puesto que podría entenderse en sentido restrictivo que a las otras formas de discriminación se le agrega dos elementos descriptivos como los actos de violencia física o mental y mantienen las mismas penas. Sin embargo también se puede decir que si son agravantes la proporción de la pena debiera ser mayor y debería aplicarse la pena fijada para los funcionarios y servidores públicos lo que tendría sentido para

las conductas del primer párrafo, pero no para las del segundo párrafo, por lo que si bien podría interpretarse desde su sentido teleológico también está de por medio el principio de favorabilidad del reo que impone una interpretación literal, por lo que debiera el legislador aclarar esta redacción. Desde la perspectiva de la determinación legal de la pena, si se le percibe como agravantes debería existir un aumento en la sanción.

2. Política criminal y discriminación

El Derecho Penal como un mecanismo de control social reprime comportamientos que la ciudadanía considera altamente intolerables; pero nos desenvolvemos en una sociedad en cuyo seno se dan manifestaciones de discriminación de diversas formas, y que las tenemos impregnadas en nuestras estructuras mentales, las mismas que deben ser erradicadas a partir del ejercicio de otros medios de control social como la educación, divulgando valores que promuevan el respeto a la persona humana por el solo hecho de serlo, reconociendo la igualdad de todos ante la ley. Además potenciar alternativas de resolución de conflictos no penales. El Derecho Penal, vale recordar se orienta por principios que limitan el *jus puniendi* del Estado como el de última ratio, es decir que este solo intervenga cuando no exista otra forma de resolver conflictos; que las conductas sean graves, el grado de lesividad del bien jurídico tutelado sea alto para sancionar penalmente estos comportamientos con la finalidad de dar mensajes preventivos a la sociedad.

V. Manipulación genética

La genética como rama de estudio de la biología tiene la finalidad de comprender la herencia que se trasmite de generación a generación y las investigaciones a nivel celular permiten entender mejor patologías, para su curación o sanación, pero también se ha abierto un umbral que si no se controla desde la ética y el derecho podría traer cambios a nivel genético que impacten contra la humanidad.

La clonación es una realidad, y se ha hecho a nivel de animales y existe la posibilidad que se practique con seres humanos lo que es inadmisible moral y legalmente.

Las fuentes para la incorporación de la manipulación genética en el Código Penal con la Ley N° 27636 fueron los **Proyectos de Ley Nº 264/2001-CR y Nº 615/2001-CR** Nº 203/2001 que se acumularon a partir del dictamen de la

Comisión de Justicia[317] del 5 de diciembre de 2001 sustentó la necesidad de la modificatoria con los argumentos que pasamos a resumir y comentar.

La manipulación genética puede enfocarse de dos formas, según el especialista Varsi Rospigliosi.

- Manipulación técnica, cuando es un procedimiento que intenta modificar, perjudicial y negativamente, el patrimonio genético de un ser viviente, sea en su integridad como en sus sustancias y componentes. Es la intervención o instrumentación directa para dirigir o alterar un organismo trayendo consecuencias dañinas y alterando su esencia natural.

- Manipulación ética, es la investigación que sin implicar una variación en el genoma, atenta contra las leyes de la naturaleza y los principios vitales.

Manipular es una maniobra sobre la estructura biológica o genética del ser humano que lesiona, desconoce y conculca sus derechos. Cualquiera que sea su fin y utilidad, presente o futura, siempre afectará la dignidad de nuestra especie.

El cuestionamiento penal va dirigido a la clonación definida por Elio Sgrecia como "(…) la reproducción de dos o más individuos genéticamente idénticos".

El fundamento contra la clonación es porque contraría la identidad, individualidad e integridad del ser humano y que constituye una práctica ilícita degenerativa que vulnera los principios de la persona humana por solo responder a intereses científicos.

Referentes normativos citados en el dictamen

El artículo 1 del Código del niño y de los adolescentes - Ley N° 27337 dispone garantizar la vida del concebido "(…) protegiéndolo de experimentos o manipulaciones genéticas contrarias a su integridad y a su desarrollo físico o mental".

El artículo 7 de la Ley General de Salud (Ley Nº 26842) en su segundo párrafo establece que "está prohibida la fecundación de óvulos humanos con fines distintos a la procreación, así como la clonación de seres humanos".

(317) Ver: <http://www.congreso.gob.pe/comisiones/2001/justicia/dictamen/264Y615.htm>. [Fecha de consulta: 21 de enero del 2014].

En el Derecho internacional existe la Declaración Universal sobre el genoma humano y los derechos humanos de la Unesco (Conferencia General 29, París, 11 de noviembre de 1997), que sin ser vinculante establece recomendaciones sobre la clonación en el artículo 11 que dice: "No deben permitirse las prácticas que sean contrarias a la dignidad humana como la clonación con fines de reproducción de seres humanos. Se invita a los Estados y a las organizaciones internacionales competentes a que cooperen para identificar estas prácticas y a que adopten en el plano nacional o internacional las medidas que correspondan, para asegurarse que se respeten los principios enunciados en la presente Declaración".

Se tiene también el Protocolo adicional al Convenio Universal de Derechos Humanos y la Biomedicina en su artículo 1 señala que "Se prohíbe cualquier intervención que tenga por objeto crear un ser humano genéticamente idéntico a otro, ya sea vivo o muerto. A los efectos de este artículo, la expresión ser humano genéticamente idéntico a otro ser humano significa compartir con otro la misma carga genética".

En el Derecho Penal comparado

El Código Penal español de 1995

El artículo 161 establece que: "Serán castigados con penas de prisión de 1 a 5 años e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio quienes fecunden óvulos humanos con cualquier fin distinto a la procreación humana.

Con la misma pena se castigará la creación de seres humanos idénticos por clonación u otros procedimientos dirigidos a la selección de la raza".

Ley sobre protección de embriones de Alemania de 1990

El Apartado 6 sanciona a: Quien artificialmente produzca que se genere un embrión humano, feto, ser humano o persona muerta, será sancionado con pena privativa de la libertad de hasta cinco años o con pena de multa. La tentativa es punible".

Ley Nº 94-653 de Francia de 1994 sobre el respeto al cuerpo humano

> "Se castigará con pena de veinte años de reclusión la aplicación de una práctica eugenésica dirigida a la organización de la selección de las personas".

Ley paralizadora de prácticas de clonación (EE.UU.) de 1997

En 1997, el gobernador de California dictó una ley paralizadora de las prácticas de clonación durante cinco años, con multas altísimas para los infractores.

Planteamiento de la tipificación de la manipulación genética en el dictamen:

a) El bien jurídico protegido: conformado por la identidad e irrepetibilidad del ser humano y el principio de selección biológica y heterogeneidad de la humanidad.

b) Sujeto activo: cualquier persona, no limitándose a señalar solo a los profesionales de la salud.

c) Sujeto pasivo: El ser humano y la humanidad.

d) Objeto material: según la técnica usada lo constituirán los óvulos, las células somáticas, embriones, personas o cadáveres.

e) Conducta típica: La aplicación o tentativa de uso de cualquier procedimiento de manipulación genética. No cabe la comisión por omisión.

f) Culpabilidad: Se requiere dolo. No se sanciona la forma imprudente de la comisión del tipo.

g) Ausencia de antijuricidad: No hay ninguna causa que justifique los procesos de duplicación genética.

La propuesta de modificación de la comisión de justicia quedo así:

Manipulación genética

> "Artículo 324.- Toda persona que haga uso de cualquier técnica de manipulación genética con la finalidad de clonar seres humanos, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de seis ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme al artículo 36, incisos 4 y 8.
>
> Artículo 324-A.- El que preste auxilio o asistencia para la realización del hecho punible tipificado en el artículo anterior, será reprimido con la misma pena prevista para el autor".

Luego del debate congresal el texto final que se aprobó es el siguiente:

> "Artículo 324.- Toda persona que haga uso de cualquier técnica de manipulación genética con la finalidad de clonar seres humanos, será

reprimido con pena privativa de la libertad no menor de seis ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme al artículo 36, incisos 4 y 8"[318].

A continuación, pasaremos a comentar este tipo penal que aborda por lo menos una de las modalidades que es la clonación, dado que hay más conductas que utilizando la tecnología genética podrían vulnerar bienes jurídicos.

1. Panorama internacional

Ha existido una fuerte tendencia en muchos países para prohibir la clonación, así tenemos que en Suiza, la Constitución Federal prohíbe implícitamente la clonación de embriones (enmienda del 13 de agosto de 1982).

En Suecia, la Ley 115 de marzo de 1991, prohíbe implícitamente la clonación de embriones y ovocitos, y se puede sancionar penalmente.

En el Reino Unido después de la prohibición de la clonación propuesta en 1984 en el informe Warnock, emitido por el Comité de reflexión sobre la fecundación y la embriología humanas (*Committee of Enquiry into Human Fertilization and Embryology*), fue aprobada la Ley sobre la fecundación y la embriología humanas de 1990 (*Human Fertilization and Embryology Act*) que previó la prohibición de la clonación humana.

En Noruega, La Ley 56 de 1994, sobre la utilización médica de las biotecnologías prohíbe implícitamente la clonación de embriones.

En Nueva Zelanda la Ley sobre tecnología de la reproducción humana asistida, que entró en vigencia el 1 de enero de 1997, define un marco jurídico que prevé restricciones y controles de la tecnología de la reproducción asistida y crea la oficina de tecnología de la reproducción humana asistida (*Human Assisted Reproductive Technology Act*). La clonación es una de las actividades prohibidas totalmente.

En Alemania, en la Ley Federal de 1990, la creación de un embrión genéticamente idéntico a otro embrión, a un feto o a cualquier persona viva o muerta constituye delito.

En Argentina por decreto presidencial de fecha 7 de marzo de 1997, se declaró que debían prohibirse todas las experiencias de clonación relativas a seres humanos.

(318) Incorporado por la Ley Nº 27636 publicada el 16/01/2002.

En Dinamarca, la Ley 503 de 1992, sobre un sistema de comités de ética científica y sobre el tratamiento de los proyectos de investigación en las esferas de la biología y la medicina, prohíbe las investigaciones sobre la clonación.

En Eslovaquia, la Ley de 1994, de asistencia sanitaria prohíbe implícitamente la clonación de embriones.

En España, la Ley 35/1988, relativa a la reproducción con asistencia médica (capítulo VI, artículo 20) estipula que la creación de seres humanos idénticos por clonación o cualquier otra tecnología con fines de selección racial, atenta gravemente contra los derechos humanos y es susceptible de sanciones penales.

En Italia, por medio de un decreto del 5 de marzo de 1997, el Ministro de Salud prohibió cualquier forma de experimentación y de intervención que se proponga, incluso indirectamente, una clonación humana o animal(319).

La comunidad europea también ha expresado mediante resolución de 1989, del Parlamento europeo sobre manipulación genética lo siguiente:

> Punto 27- "Insiste en que deben prohibirse categóricamente todos los intentos de recomponer arbitrariamente el programa genético de los seres humanos".
>
> Punto 28- "Exige la penalización de toda transferencia de genes a células germinales humanas".
>
> Punto 29- "Expresa su deseo de que se defina el estatuto jurídico del embrión humano con objeto de garantizar una protección clara de la identidad genética".
>
> Punto 30- "Considera asimismo que aún una modificación parcial de la información hereditaria constituye una falsificación de la identidad de la persona que, por tratarse esta de un bien jurídico personalísimo, resulta irresponsable e injustificable"(320).

2. El genoma humano

Esta especie de mapa genético del ser humano que se va descubriendo gracias a las investigaciones científicas tiene como objetivos el conocer las

(319) Este panorama en el derecho comparado ha sido extraído de Nómadas. Revista Crítica de Ciencias Sociales y Jurídicas N° 27 del artículo de Héctor Peñaranda Quintero, y Olga Quintero de Peñaranda. Universidad de Zulia en Venezuela, 2010, pp. 13 a 15.

(320) PEÑARANDA QUINTERO, Héctor y QUINTERO DE PEÑARANDA, Olga. Ob. cit., p. 21.

características del ADN, sus componentes como los genes, y la transmisión de la herencia biológica. Con el genoma se busca mejorar la vida de las personas básicamente respecto de las curas de las diversas patologías o la predicción de estas. Toda esta investigación genética puede ser distorsionada para fines negativos por lo que es necesaria su represión.

Si bien estamos frente a la tipificación de la manipulación genética como lo es la clonación, no hay que perder de vista que el estudio del genoma humano puede ser utilizado por mentes criminales para fines lucrativos o bélicos; atentando contra la supervivencia de la humanidad, por lo que en el futuro la legislación nacional deberá contemplar esas conductas y prohibirlas.

3. Bien jurídico tutelado en la clonación humana

El tipo penal de manipulación genética descrito en el artículo 324 del Código Penal tutela la dignidad de la persona humana como lo sostiene un amplio sector de la doctrina(321). Esta tutela se orienta a proteger la identidad biológica de la persona humana que es uno de los pilares de su dignidad, por lo que la clonación de una persona es un ataque contra la propia humanidad.

Romeo Casabona quien recoge y amplía las resoluciones del XIV Congreso Internacional de Derecho Penal propone que los bienes jurídicos penales *supra* individuales que se tutela son: 1.- La inalterabilidad e intangibilidad del patrimonio genético del ser humano (herencia genética) 2.- La identidad y la irrepetibilidad del ser humano. 3.- Privación de la dotación genética doble y 4.- Protección de la supervivencia de la especie humana(322).

Otro bien jurídico que también podría vulnerarse es la filiación, ya que se abre la interrogante de quiénes serían los padres del ser clonado cuando el material genético se ha extraído solo de la persona clonada. Es decir tiene efectos desarticuladores de la familia.

Peña Guillen(323) interpretando la voluntad del legislador español propone que el bien jurídico penal a tutelar es **el libre e igualitario desarrollo de las especies y su supervivencia** que tiene un carácter inclusivo de los bienes

(321) PEÑA GUILLÉN, Catalina. *Manipulación genética "sensu lato" y Derecho Penal. Reflexiones sobre algunos presupuestos dogmáticos*. Tesis doctoral Universitat de Barcelona. <www.tesisenred.net>, 2009, p. 235. [Fecha de consulta: 21 de enero del 2014].
(322) Ibídem, p. 237.
(323) Ibídem, p. 281.

particulares definidos en la doctrina como los propuestos por Romeo Casabona y demás que puedan ser afectados por la manipulación genética(324).

Si bien una persona define su naturaleza, perfil a partir de diversos factores y no solo el biológico; sin embargo es inadmisible éticamente que se pueda clonar a personas como Hitler, Bin Laden, Pol Pot, cuya historia criminal es conocida, o clonar seres que pese a su aporte a la humanidad son únicos e irreproducibles como la Madre Teresa de Calcuta, Martin Luther King o Ghandi. En esta línea de razonamiento se tutela la inalterabilidad e intangibilidad del patrimonio genético del ser humano (herencia genética que es trasmitido generación en generación a partir del genotipo) y además las mezclas genéticas realizadas naturalmente y aleatoriamente que construyen personas con identidad propia e irrepetible y que encuadra dentro del libre desarrollo de las especies.

La manipulación genética expresada en la clonación puede poner en peligro la propia sobrevivencia de la especie humana, por ello tiene sentido que en el caso peruano se haya ubicado en delitos contra la humanidad.

4. Descripción objetiva y subjetiva del delito

Como sujeto activo se sanciona a cualquier persona que haga uso de técnicas para clonar seres humanos. Dentro de la teoría de autoría y participación pueden caber varios sujetos de acuerdo al rol. Por ejemplo sería autor mediato quien financia una empresa de clonación; los profesionales que a sabiendas prestan su conocimiento para hacerlo como autores directos; o quienes colaboran en la parte práctica pudiendo ser sancionados como cómplices.

El agente actúa con dolo. La víctima o sujeto pasivo puede ser concretamente la persona a clonar si está viva, y si no lo está pueden serlo sus familiares directos.

Las sanciones son bastante leves dada la naturaleza de este delito por lo que se debe desincentivar cualquier intento con penas más altas. En el texto legal la sanción es de 6 a 8 años de pena privativa de libertad y la inhabilitación aplicable prevista en el artículo 36 del Código Penal incisos 4. Incapacidad para ejercer por cuenta propia o por intermedio de tercero profesión, comercio, arte o industria, que deben especificarse en la sentencia; y 8. Privación títulos

(324) DE LA CUESTA, José Luis. "Genética y Política Criminal". En: *International Review of Penal Law* (Vol. 78), España, p. 548 en: <www.ehu.es/p200-content/fr/contenidos/.../GeneticaRIDP.pdf>. [Fecha de consulta: 21 de enero del 2014].

honoríficos u otras distinciones que correspondan al cargo, profesión u oficio del que se hubiese servido el agente para cometer el delito.

Es posible concluir en lo siguiente:

1. La clonación humana atenta contra el libre e igualitario desarrollo de las especies y su supervivencia, que engloba la dignidad de la persona humana, la identidad y la irrepetibilidad del ser humano y la supervivencia de la humanidad.
2. Las sanciones son leves si tenemos en cuenta la trascendencia de los bienes jurídicos que pueden ser afectados.
3. Todavía no se han cubierto las futuras modalidades criminales que pueden generarse a partir del estudio del genoma humano por lo que en aras de la prevención hay que adelantarse en la tipificación de conductas prohibidas que usan la genética para fines criminales.

Capítulo VIII
El delito de lesa humanidad en la jurisprudencia nacional

I. Caso de Santiago Martín Rivas

La STC Exp. N° 4587-2004-AA/TC caso de Santiago Martín Rivas del 29 días de noviembre de 2005 desarrolla conceptos vinculados a los delitos de lesa humanidad.

El demandante Martín Rivas que lideró el grupo Colina interpuso acción de amparo contra la Sala Revisora del Consejo Supremo de Justicia Militar, solicitando se deje sin efecto las resoluciones que anularon la resolución que confirma el sobreseimiento definitivo de los hechos investigados en la Causa Nº 494-94 (Barrios Altos), y la que anuló la resolución de sobreseimiento definitivo de la Sala de Guerra, por considerar que se viola sus derechos constitucionales a la igualdad ante la ley, seguridad jurídica, cosa juzgada, debido proceso y la prohibición de revivir procesos fenecidos; y que no le alcanzaba los efectos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Barrios Altos.

Una primera precisión que hace el TC y que se advierte como una característica de crímenes de Estado, es la búsqueda de impunidad y lo señala así:

> "78. A juicio del tribunal, existen numerosos elementos objetivos que demuestran que el juzgamiento realizado al recurrente por los delitos de lesa humanidad en el caso que se ha venido en denominar "Barrios Altos", no tuvo el propósito de que realmente se le investigara y sancionara en forma efectiva.
>
> 79. a) En primer término, porque pese a tratarse de un delito común la realización de ejecuciones extrajudiciales y, por tanto, perseguible judicialmente en el ámbito de la jurisdicción ordinaria, sin embargo, el recurrente fue juzgado inicialmente por órganos de la jurisdicción militar, cuya competencia *ratione materiae* está circunscrita al juzgamiento y sanción de los denominados delitos de función, cuyos

> alcances han sido fijados por este tribunal en las STC Nº 0017-2003-AI/TC y 0023-2003-AI/TC".

En la historia del juzgamiento de los integrantes del grupo Colina tenemos primero, que fueron procesados en el fuero militar por delitos de función y luego el Parlamento aprobó dos leyes de amnistía que permitió liberarlos de las graves violaciones y derechos humanos y crímenes de lesa humanidad. Por ello en esta sentencia constitucional, se desarrolla los contornos de estos delitos y se los atribuye al Grupo Colina así:

> "81. (…) el tribunal considera que, en atención a las circunstancias del caso, existen evidencias que el proceso penal iniciado en el ámbito de la jurisdicción militar tuvo el propósito de evitar que el recurrente respondiese por los actos que se le imputan.
>
> 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".

A continuación, el TC describe los datos objetivos que le permiten inferir que se forjó un plan sistemático para garantizar la impunidad del Grupo Colina desde las altas esferas del Estado como:

- El deliberado juzgamiento de delitos comunes por órganos militares.
- La expedición de las leyes de amnistía Nº 26479 y Nº 26492 que conforme al Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, en su informe de 2000, sobre el Perú contribuyen a crear una atmósfera de impunidad lo que hace imposible que las víctimas de violaciones de los derechos humanos entablen con alguna posibilidad de éxito acciones jurídicas para obtener indemnización.
- El retiro (nulo) de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos hecha conocer a dicho órgano supranacional mediante la entrega de la Nota Nº 5-9-M/49, de 24 de agosto de 2000, y que fuera aprobada por la también nula Resolución Legislativa de fecha 8 de julio de 1999 para que en el ámbito internacional el Estado no respondiese por las violaciones de derechos humanos.

Concluyó el TC que el proceso penal militar que originalmente se siguió a Martín Rivas era nulo, y carecían de efectos jurídicos las resoluciones que se dictaron en dicho proceso, como la de sobreseimiento, por lo que el juzgamiento

en el fuero civil no violaba el contenido constitucionalmente protegido del derecho a no ser enjuiciado dos veces por el mismo hecho y, por tanto, el derecho a la cosa juzgada, desestimando la acción constitucional.

II. Consideraciones del TC en relación con los elementos del crimen de lesa humanidad

Una sentencia que nos parece relevante porque marca la postura del Tribunal Constitucional es la seguida en el Exp. N° 0024-2010-PI/TC del 21 de marzo de 2001, proceso de inconstitucionalidad contra el Decreto Legislativo N º 1097.

En la STC se busca distinguir cuáles son los derechos fundamentales que pueden ser afectados en los delitos de lesa humanidad en el siguiente raciocinio:

> "(…) un crimen de lesa humanidad no se presenta como consecuencia de la violación de cualquier derecho fundamental, sino solo como consecuencia de la violación de algunos de ellos. Aunque la determinación de cuál sea el núcleo duro de los derechos cuya afectación es requisito indispensable para la verificación de un crimen de lesa humanidad, no es un asunto pacífico, siguiendo lo expuesto en el artículo 7, inciso 1, del Estatuto de la Corte Penal Internacional, dichos derechos serían, cuando menos, la vida (art. 2, inciso 1, de la Constitución), la integridad personal (art. 2 inciso 1, de la Constitución), la libertad personal (art. 2, inciso 24, de la Constitución) y la igualdad (art. 2, inciso 2, de la Constitución). Ello guarda correspondencia muy cercana con los derechos protegidos por el artículo 3 común a las cuatro Convenciones de Ginebra de 1949 (que entró en vigor para el Estado peruano el 15 de agosto de 1956), y con los derechos que no pueden ser suspendidos en su eficacia bajo ninguna circunstancia, reconocidos en el artículo 4, inciso 2, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (que entró en vigor para el Estado peruano, el 28 de julio de 1978). Estos derechos también se encuentran en la lista de derechos no susceptibles de suspensión, prevista en el artículo 27, inciso 2, de la Convención Americana de Derechos Humanos, aun cuando la lista de este último precepto es claramente más extensa"[(325)].

(325) Considerando 46.

Si bien el delito de lesa humanidad contiene la violación de un derecho fundamental, esto de por si no es suficiente para que se le reconozca como tal, se requiere algo más y el TC lo precisa así:

> "(…) que dicha afectación sea reveladora de un abierto y doloso desprecio por la dignidad de la persona humana. Debe tratarse de actos de singular inhumanidad y gravedad en razón de su naturaleza y carácter, lo cual determina que, por ejemplo, aunque todo homicidio da lugar a la violación del derecho a la vida, no todo homicidio es un crimen de lesa humanidad, sino solo el que es ejecutado con ferocidad, crueldad o alevosía (asesinato) y en un contexto determinado; o que, aunque toda lesión física o psíquica ocasionada dolosamente da lugar a una violación del derecho a la integridad personal, no toda lesión a la integridad personal signifique un crimen de lesa humanidad, siendo una de este carácter, por ejemplo, la que implica generación de dolores o sufrimientos graves, sean físicos o mentales, o el sometimiento a condiciones o métodos que anulen la personalidad del individuo o disminuyan su capacidad física o mental, con el fin de castigarla, intimidarla o coaccionarla (tortura), todo ello bajo un contexto determinado"(326).

El contexto necesario al que se hace alusión en el párrafo ut supra es cuando se ejecutan las acciones en el marco de un ataque **generalizado o sistemático** contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque. Es este el factor determinante que hace que la conducta delictiva, que prima facie aún podría revestir la apariencia de un delito común, pase a constituir un crimen de lesa humanidad(327).

¿Cuándo se está ante un ataque generalizado?

> "(…) debe interpretarse un ataque masivo o a gran escala que desencadene un número significativo de víctimas. En palabras del Tribunal Penal Internacional para Ruanda, el ataque generalizado alude a un ataque 'masivo [o en] acción a gran escala, (…) con considerable seriedad y dirigido contra múltiples víctimas' (Cfr. The Prosecutor vs. Jean-Paul Akayesu, Caso Nº ICTR-96-4-T, Sentencia del 2 de setiembre de 1998, párrafo 585)"(328).

(326) Considerando 47.
(327) Considerando 48.
(328) Ídem.

¿Cuándo se considera sistemático?

> "(…) cuando forme parte de un programa de ejecución metódica y previamente planificado. Según el Tribunal Internacional Penal para Ruanda, un ataque sistemático implica un ataque que sigue 'un patrón regular basado en una regla de acción común que involucra una fuente substancial pública o privada. No hay requerimiento de que esta regla de acción sea adoptada formalmente como una política del Estado. Sin embargo, debe haber algún tipo de regla de acción o plan preconcebido' (Cfr. The Prosecutor vs. Jean-Paul Akayesu, ob. cit., párrafo 585)".

Respecto del origen de dicha política y si esta se requiere que sea expresa o tácita, se ha señalado lo siguiente:

> "(…) como dispone el artículo 7, inciso 2, literal a), del Estatuto de la Corte Penal Internacional, el ataque generalizado o sistemático debe haberse realizado 'de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer esos actos o para promover esa política', mas no es exigible que dicha política sea expresa ni declarada de forma clara y precisa, ni es necesario que se decida en el más alto nivel. La existencia del elemento político debe ser apreciada en función de las circunstancias concurrentes"(329).

Este aspecto nos parece sumamente importante porque por regla de experiencia cuando un Estado transita en la ilegalidad no hay declaraciones formales porque es de conocimiento hasta por sentido común si es que se autoriza a un grupo a cometer delitos graves como asesinatos, secuestros y otros contra población civil, siempre queda en el secretismo y los que conocen pero no intervienen, caen en el encubrimiento. Esto se advirtió en las altas esferas del gobierno de Fujimori cuando se dictaron las leyes de amnistía para garantizar impunidad.

¿Puede darse un caso de delito de lesa humanidad cuando la víctima sea por ejemplo solo una persona? Esta interrogante lo hacemos porque podría pensarse que si el requisito de generalizada alude a aspectos cuantitativos según la doctrina, entonces si hay una o pocas víctimas no puede ser considerado como de lesa humanidad. Este razonamiento no es de recibo en el TC y así lo desarrolla en el siguiente párrafo:

(329) Ídem.

> "(…) debe tomarse en cuenta que basta que un solo acto ilícito como los antes mencionados sea cometido dentro del contexto descrito y con conocimiento, siquiera parcial, de este, para que se produzca un crimen de lesa humanidad, y por lo tanto, se genere la responsabilidad penal individual del agente, el cual, no necesita cometer numerosas ofensas para ser considerado responsable. Es decir, por ejemplo, un único asesinato puede configurar delito de lesa humanidad cuando este hecho individual forme parte de una agresión generalizada o sistemática dirigida contra población civil (Cfr. Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, The Prosecutor vs. Dusko Tadic, Caso Nº IT-94-1-T, Opinión y Sentencia del 7 de mayo de 1997, párrafo 649). En ese sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 'reconoce que los crímenes contra la humanidad incluyen la comisión de actos inhumanos, como el asesinato, cometidos en un contexto de ataque generalizado o sistemático contra una población civil. Basta que un solo acto ilícito como los antes mencionados sea cometido dentro del contexto descrito, para que se produzca un crimen de lesa humanidad' (Cfr. Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, Sentencia de 26 de setiembre de 2006, párrafo 96)"[330].

En el siguiente considerando el TC sintéticamente establece cuando se está ante un crimen de lesa humanidad:

> "(…) a) cuando por su naturaleza y carácter denota una grave afectación de la dignidad humana, violando la vida o produciendo un grave daño en el derecho a la integridad física o mental de la víctima, en su derecho a la libertad personal o en su derecho a la igualdad; b) cuando se realiza como parte de un ataque generalizado o sistemático; c) cuando responde a una política (no necesariamente formalmente declarada) promovida o consentida por el Estado; y, d) cuando se dirige contra población civil. Siendo que estas condiciones deben presentarse copulativamente"[331].

Aporte de significación del Tribunal Constitucional en esta la Sentencia Nº 24-2010, es la explicación de la naturaleza de las normas de *jus cogens* o derecho de gentes.

> "La esencial ontología de los derechos humanos afectados por los crímenes de lesa humanidad, y las graves condiciones y circunstancias

(330) Considerando 48.
(331) Considerando 49.

que caracterizan la realización de estos, lleva a considerar que, en estos casos, la necesidad de la averiguación de la verdad, así como el procesamiento y posterior sanción de los responsables, **constituye una norma de *ius cogens*, es decir, una norma imperativa de Derecho internacional susceptible de aplicarse *erga omnes* y que no admite pacto en contrario**.

En relación con la normas de *ius cogens*, el artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los tratados, establece lo siguiente: 'Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración esté en oposición con una norma imperativa de Derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención, **una norma imperativa de Derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario** y que solo puede ser modificada por una norma ulterior de Derecho internacional general que tenga el mismo carácter'.

Las normas de *ius cogens* parecen pues encontrarse referidas a normas internacionales consuetudinarias que bajo el auspicio de una opinio *iuris seu necessitatis* –esto es, el factor espiritual o psicológico que liga con un comportamiento que se asume debido u obligatorio internacionalmente– y de la extraordinaria importancia de los valores que subyacen a tal obligación, son oponibles más allá de las voluntades expresas y solo son derogables por normas futuras de la misma categoría"(332).

El *jus cogens* tal como lo reconoce la doctrina y el propio tribunal Constitucional está recogido en el artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que señala lo siguiente:

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

2. Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento

(332) Considerando 53.

> **de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional**".

El TC frente al segundo párrafo del artículo 15 señala:

> "Como se aprecia, el precepto alude claramente a la posibilidad de procesar y condenar penalmente por la comisión de un acto, a pesar de no encontrarse previamente prohibido y penado por el derecho escrito, siempre que tal acto resulte delictivo 'según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional'".

Desde luego, podría considerarse que esta previsión sitúa la temática en el meollo de un conflicto límite entre un pretendido Derecho natural y el Derecho positivo, en cuyo análisis, afortunadamente, en este caso, este tribunal no tiene por qué ingresar(333).

1. El derecho fundamental a la verdad y la regla de la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad como norma de *jus cogens*

El Tribunal Constitucional ha concluido que la regla de imprescriptibilidad de delitos de lesa humanidad constituye parte del contenido esencial del delito de lesa humanidad con base en el siguiente raciocinio:

> "No obstante, debe recordarse que en la Norma Fundamental se encuentra implícitamente reconocido el derecho fundamental a la verdad, derivado del principio-derecho de dignidad humana (art. 1), del derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva (art. 139, inciso 3) y del deber primordial del Estado de garantizar la plena vigencia de los derechos humanos (art. 44). Tal como tiene expuesto este tribunal '[l]a Nación tiene el derecho de conocer la verdad sobre los hechos o acontecimientos injustos y dolorosos provocados por las múltiples formas de violencia estatal y no estatal. Tal derecho se traduce en la posibilidad de conocer las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las cuales ellos ocurrieron, así como los motivos que impulsaron a sus autores. El derecho a la verdad es, en ese sentido, un bien jurídico colectivo inalienable' (Cfr. STC Nº 2488-2002-PHC, f. j. 8)"(334).

(333) Considerando 54.
(334) Considerando 58.

Veamos esto gráficamente:

En esta línea de razonamiento el Tribunal Constitucional señala que parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental a la verdad, es que los crímenes de lesa humanidad resulten imprescriptibles y que el mandato de su persecución, con prescindencia de la fecha en que aquellos se hayan cometido, no tiene vigencia en el ordenamiento jurídico peruano como consecuencia de la entrada en vigor de la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad (9 de noviembre de 2003), sino que surge en virtud de una norma imperativa de derecho internacional general es decir que antes que se cristalizara en la Convención ya estaba consagrado como norma de *jus cogens* derivada del Derecho internacional de los Derechos Humanos, aplicable en todo tiempo, contra la que no cabe pacto en contrario, con fuerza *erga omnes*, y con plena eficacia en el ordenamiento jurídico peruano.

Cabe resaltar que la posición del Tribunal Constitucional guarda coherencia con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que en el caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala dijo lo siguiente sobre el derecho a la verdad:

> "197. En sus alegatos finales, la Comisión aseguró que, como consecuencia de la desaparición de Bámaca Velásquez, el Estado violó el derecho a la verdad de los familiares de la víctima y de la sociedad en su conjunto. Al respecto, la Comisión afirmó que el derecho a la verdad tiene un carácter colectivo, que conlleva el derecho de la sociedad a 'tener acceso a información esencial para el desarrollo de los sistemas democráticos', y un carácter particular, como derecho de los familiares de las víctimas a conocer lo sucedido con su ser querido, lo que permite una forma de reparación. La Corte Interamericana ha establecido el deber del Estado de investigar los hechos mientras se mantenga la incertidumbre sobre la suerte de la persona desaparecida, y la necesidad de brindar un recurso sencillo y rápido para el caso, con las debidas garantías. Siguiendo esta interpretación, la Comisión afirmó que este es un derecho que tiene la sociedad y que surge como principio emergente del derecho internacional bajo la interpretación dinámica de los tratados de derechos humanos y, en específico, de los artículos 1.1, 8, 25 y 13 de la Convención americana.

198. Por su parte, el Estado limitó su defensa a afirmar que "no ha resultado posible, hasta este momento, identificar a las personas o persona responsables penalmente de los hechos antijurídicos de los que fuera objeto el señor Bámaca [Velásquez] y de ese modo esclarecer su desaparición y, en consecuencia, no esgrimió, ni en la oportunidad procesal de contestar la demanda, ni en sus alegatos finales, defensa alguna relacionada con la supuesta violación del derecho a la verdad".

El derecho a la verdad ha sido elevado al rango de derechos convencionales y constitucionales en una perspectiva dinámica de los derechos humanos bajo la regla de progresividad y de númerus apertus.

III. Sentencias paradigmáticas en la jurisprudencia suprema

La calificación de delitos acaecidos en la década de violencia estatal y subversiva que abarca el periodo del gobierno de Alberto Fujimori no ha seguido una trayectoria lineal en la Jurisprudencia Suprema por lo que la necesidad de uniformizar la misma se ha vuelto una necesidad como lo ha planteado la Corte Suprema, que ha convocado a un pleno jurisdiccional para resolver las diferencias entre los Jueces Supremos respecto a los delitos de lesa humanidad. Por eso a continuación examinaremos las posiciones plasmada en dos importantes sentencias supremas.

1. Casos Barrios Altos y La Cantuta. Sentencia de Alberto Fujimori como autor de delitos de lesa humanidad

En la sentencia de condena dictada por la Sala Penal Especial de la Corte Suprema contra Alberto Fujimori Exp. Nº A.V. 19-2001 del 7 abril de 2009 siendo ponente el Juez Supremo Cesar San Martín, se hace un desarrollo del delito de lesa humanidad que se le aplicó a este imputado por su relación con el grupo Colina y los asesinatos cometidos por este.

1.1. Conceptos y referencias históricas

En la sentencia se dice que los crímenes contra la humanidad o de lesa humanidad "(...) ofenden los principios generales del derecho y se convierten en una preocupación de la comunidad internacional"(335). Una postura ética pero que también tiene sustento jurídico.

(335) Considerando 710.

La Sala Penal Especial de la Corte Suprema hace un recorrido por convenios internacionales como antecedentes del delito de lesa humanidad y que son los siguientes:

- Los Convenios de La Haya relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre de 1899 y del 18 de octubre de 1907.

- La Declaración del 28 de mayo de 1915 de los gobiernos de Francia, Gran Bretaña y Rusia.

- La Conferencia preliminar de paz de enero de 1919.

- El artículo 6, literal c), del Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg del 8 de agosto 1945 en la que la noción de "crimen contra la humanidad" fue consagrada por primera vez de manera explícita.

- El artículo 5, literal c), del Estatuto del Tribunal Militar Internacional del Extremo Oriente.

- La Ley N° 10 del Consejo de control aliado del 20 de diciembre de 1945.

- El artículo 5 del Estatuto del Tribunal Internacional para la antigua Yugoslavia aprobado por Resoluciones N° 808, del 22 de enero de 1993, y N° 827, del 25 de mayo de 1993 del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas.

- El artículo 3 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda - aprobado por Resolución número 955 del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas del 8 de noviembre de 1994 y el artículo 7 del Estatuto de la Corte Penal Internacional del 17 de julio de 1998 y en vigor desde el 1 de julio de 2002[336].

1.2. Aplicabilidad y límites

La Sala Penal Especial se planteó el problema de aplicabilidad de la normativa internacional de delitos de lesa humanidad a los casos de Barrios Altos y la Cantuta, y además determinar los límites de dicha aplicación:

(336) Considerando 710.

Concluyó que las disposiciones del considerando 710, bajo el ámbito esencial del Estatuto de Núremberg, y en tanto forman parte del Derecho internacional consuetudinario y que se configuraron antes de los hechos de Barrios Altos y La Cantuta, son plenamente aplicables en la labor de subsunción típica. (Considerando 711).

- Se reconoce que las disposiciones nucleadas alrededor del Estatuto de Núremberg, tienen el carácter de norma internacional consuetudinaria;

- Se asume las exigencias constitucionales del principio de legalidad penal, ley previa, estricta, escrita y cierta: artículos 2.24.d de la Constitución y II del Título Preliminar del Código Penal, en cuya virtud se afirma, desde una perspectiva material, que no existía en el momento de comisión de los hechos: 1991 y 1992 una ley que hubiera incorporado una figura penal en el ordenamiento punitivo peruano y que comprenda todos los elementos descriptos en esa norma internacional consuetudinaria en cuanto crimen internacional. Se recuerda que el legislador ordinario no ha cumplido con las exigencias de tipificación material derivadas de la ratificación por el Perú del Estatuto de la Corte Penal Internacional, y de otro lado, la sanción correspondiente (téngase presente que la sentencia es del 7 de abril de 2009).

- Se admite que los crímenes contra la humanidad afectan los Derechos Humanos esenciales, y lo medular de las conductas que prohíbe en cuanto violación gravísima de los derechos humanos individuales ha quedado suficientemente establecida, y no podía escapar al conocimiento y previsibilidad del agente.

La Sala Penal Especial con estas premisas jurídicas avanza a señalar que para la calificación de crímenes de lesa humanidad es necesario tomar en cuenta los elementos contextuales o las circunstancias que rodearon los ataques que causaron las muertes y lesiones graves de veintinueve personas, y que en ese momento estaban legalmente previstas en el derecho interno como delitos de homicidio calificado y lesiones graves, y que no se oponen a lo dispuesto en los artículos 45 y 46 del Código Penal.

La norma internacional consuetudinaria según la Sala Penal Especial ya entrando a los elementos específicos de delitos de lesa humanidad, exige que los atentados se produzcan en el curso de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil o una parte de ella. La concurrencia de dichas circunstancias, justifica su perseguibilidad internacional, la improcedencia de la prescripción y la necesidad imperativa de su castigo.

En los casos Barrios Altos y la Cantuta se consumaron los delitos de asesinato y lesiones graves que por sus características constituyen internacionalmente, en el momento de su persecución, crímenes contra la humanidad, y por ello permite la aplicación de las consecuencias jurídicas previstas por el Derecho internacional penal.

1.3. Delito de lesa humanidad

La Sala Penal Especial siguiendo a Gil Gil define el delito de lesa humanidad a todo atentado contra bienes jurídicos individuales fundamentales (vida, integridad física y salud, libertad) cometidos, tanto en tiempo de paz como de guerra, como parte de un ataque generalizado o sistemático realizado con la participación o tolerancia del poder político de *iure* o *de facto*(337).

Desde la jurisprudencia internacional(338) el crimen contra la humanidad es de una naturaleza especial con un grado mayor de inmoralidad en su conducta frente a delitos comunes, y requiere que se verifique:

En el aspecto objetivo o material

- Condición del autor (órgano de poder estatal, o de una organización delictiva que asume control de facto de un territorio).
- La naturaleza de la infracción (actos organizados, y generalizados o sistemáticos). El término "generalizado" es de orden cuantitativo y alude al número de víctimas, mientras que el adjetivo "sistemático" contiene la idea de un plan metódico).
- La oportunidad de ejecución del ilícito (situación de conflicto interno o externo).

En el aspecto subjetivo

Se requiere que el agente o sujeto activo conozca el contexto amplio y general en que el acto ocurre, así como que la conducta es o será parte de un ataque generalizado o sistemático –violencia organizada– en contra de la población civil en desarrollo de un plan o política.

Es claro que el Derecho internacional consuetudinario no había reconocido nunca como crimen contra la humanidad cualquier comisión de un acto

(337) Considerando 712.
(338) Considerando 714.

inhumano aislado. El acto debía ser parte de una campaña mayor de atrocidades cometidas contra civiles.

La Sala Especial dice lo siguiente:

> "En coherencia con todo ello se ha caracterizado al asesinato, como delito contra la humanidad, precisando que él es consecuencia o expresión de una agresión sistemática, proveniente del Estado o de sus órganos de poder, la cual es promovida o avalada por políticas y directivas oficiales o cuasi oficiales, y que recae sobre la población civil en una coyuntura de conflicto bélico o social. No hay obstáculo, asimismo, para incorporar a estas consideraciones las lesiones graves, no solo porque en el caso Barrios Altos formaron parte de un mismo ataque que apuntaba a aniquilar a presuntos terroristas, sino porque el resultado era coherente con ese objetivo o misión(339)".

1.4. Apoyo en la doctrina y el carácter sistemático del delito de lesa humanidad

En la sentencia del caso Fujimori la Sala Especial Suprema respecto al delito de lesa humanidad precisa que la doctrina ha enfatizado sobre el nivel estructurado, político y sistemático de los actos de agresión y se apoyan en Kai Ambos, profesor alemán, quien ha señalado lo siguiente:

> "El común denominador de un ataque sistemático es que se lleva a cabo conforme a una política o a un plan preconcebido, destacando la naturaleza organizada del ataque. El ataque es sistemático si se basa en una política (*politic*) o un plan que sirva de guía a los autores individuales respecto al objeto del ataque, i.e., las víctimas específicas (...). Este es en realidad el elemento internacional de los crímenes contra la humanidad, ya que hace que los hechos delictivos, que en otras circunstancias serían comunes, adquieran el carácter de crímenes contra la humanidad. En esencia, el factor político solo exige que se excluyan los actos casuales de los individuos que actúan solos, aisladamente y sin que nadie los coordine (...). Tales hechos delictivos comunes, aún si se cometen a una escala generalizada, no constituyen crímenes contra la humanidad, si no son tolerados, por lo menos por algún Estado o una organización (...). Así, para que se constituyan los crímenes contra la humanidad, los crímenes cometidos de forma generalizada deben estar vinculados de una u otra forma a una autoridad estatal u organizativa: deben ser por lo menos tolerados por esta.

(339) Considerando 714.

(La cita corresponde al libro de AMBOS, Kai. *Estudios de Derecho Penal internacional*. Editorial Idemsa, Lima, 2007, pp. 133 a 135)".

1.5. La doctrina jurisprudencial internacional para establecer los indicadores del carácter sistemático

La Sala Penal Especial también se apoya en la doctrina desarrollada por el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia en el asunto Prosecutor vs. Blaskic que infiere el carácter sistemático con base en los siguientes datos contextualizados:

- "La existencia de un objetivo político, un plan de conformidad por el cual el ataque es cometido, o una ideología diseñada para destruir, perseguir, o debilitar la comunidad;

- La perpetración de un acto criminal a una escala muy grande contra un grupo de civiles, o el repetido y continuado cometido de actos inhumanos vinculados entre sí.

- La preparación y empleo significativo de recursos públicos o privados, sean militares o de otro tipo.

- La implicación de autoridades políticas y/o militares de alto nivel en la definición y el establecimiento del plan metódico"[340].

1.6. ¿Por qué los casos La Cantuta y Barrios Altos son delitos de lesa humanidad?

La Sala Penal especial concluyó que los delitos de asesinatos y lesiones graves de Barrios Altos y La Cantuta son también delitos contra la humanidad[341], fundamentalmente, porque se cometieron en el marco de una política estatal de eliminación selectiva pero sistemática de presuntos integrantes de grupos subversivos. Esta política fue diseñada, planificada y controlada desde los más altos niveles de poder del Estado, y ejecutada por agentes públicos –efectivos de inteligencia militar– que se sirvieron del aparato castrense para hacerlo; y además conforme a sus objetivos, afectó a un número importante de personas indefensas de la población civil.

Según la Sala Especial, la política descrita fue una decisión de Estado ordenada y aprobada por el Jefe de Estado, y se ejecutó por los organismos de inteligencia militar –destacamento especial de inteligencia Colina y Dinte– dirigidos

(340) Considerando 716.
(341) Considerando 717.

finalmente por el SIN, y que contó con todo el apoyo oficial concebible, y con el objetivo final de desaparición forzada y/o ejecución arbitraria o extrajudicial de presuntos subversivos, de los que dos hechos significativos –que no los únicos– fueron precisamente Barrios Altos y La Cantuta. Esta conclusión coincide con las decisiones de la CIDH y el Tribunal Constitucional que, igualmente, calificaron estos actos de crímenes contra la humanidad según el Derecho Penal internacional(342).

Si hacemos memoria y nos ubicamos durante el gobierno de Fujimori, desde el interior del ejército se denunciaba con detalles la existencia de un grupo dedicado a realizar ejecuciones extrajudiciales y que fue negada sistemáticamente por el ejecutivo (Fujimori y su asesor Montesinos). El Congreso donde tenía una amplia mayoría de parlamentarios evitaba cualquier posibilidad de sospecha que existía el Grupo Colina. Estos actos de encubrimiento eran los que permitían inferir que se manejaba al Grupo Colina desde las altas esferas del poder, o que se conocía de su existencia; pero se hacían los que no veían nada, en un mal entendimiento de fidelidad al jefe de Estado.

2. Posición contraria a que se califique el caso Barrios Altos y La Cantuta como delitos de lesa humanidad

La ejecutoria suprema contenida en el R.N. N° 4104-2010 del 13 de junio de 2012 emitida por la Sala Penal Permanente y presidida por el Juez Supremo Javier Villa Stein originó mucha polémica pues versaba sobre los recursos de nulidad presentados por los integrantes del Grupo Colina que fueron sentenciados por la Sala Penal Superior presidida por la juez Inés Villa Bonilla. De la lectura de esta se observa que respecto del tema de lesa humanidad, la minoría compuesta por el presidente de la Sala Penal y el Juez Supremo Pariona Pastrana señala que en el caso Barrios Altos ni Cantuta se puede calificar la conducta de los sentenciados como delitos de lesa humanidad desde un análisis de fondo, pero desde la parte procesal han considerado que fácticamente no fue denunciado con las características de lesa humanidad. La mayoría compuesta por los jueces supremos Salas Arenas, Parraguez y Miranda Molina ha considerado que sí son delitos de lesa humanidad pero en la acusación fiscal se argumentó débilmente por qué tenían los delitos esa naturaleza.

La posición en minoría entonces es lo que analizaremos a continuación y ha sido la ponencia del Dr. Villa Stein.

(342) Citan SCIDH La Cantuta vs. Perú, del 19 de noviembre de 2006, párrafo 225. SSTC Vera Navarrete del 9 de diciembre de 2004, párrafo 25 (número 2798-2004- HC/TC); y, Martín Rivas del 29 de noviembre de 2005, párrafo 81 (Nº 4587-2004-AA/TC).

En el considerando 143 se establece que se debe dilucidar el cuestionamiento a la sentencia de la Sala Penal Superior por haber considerado delito de lesa humanidad a los hechos del caso Barrios Altos, El Santa y Pedro Yauri Bustamante, pese a que la adhesión del Perú al Estatuto de Roma y a la Convención de imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y lesa humanidad se llevó a cabo con posterioridad a la perpetración de los hechos imputados. Además señalan que procederán a establecer si ello es correcto y si se vulneraron los principios constitucionales del proceso penal.

En la sentencia se da un alcance respecto a la normativa que en conjunto permiten sancionar conductas prohibidas así:

> "De otro lado, así como cada Estado cuenta con su propia normativa penal a efectos de sancionar conductas reprochables jurídicamente; también existen normas internacionales no convencionales (principios generales de derecho internacional, normas jurídicas consuetudinarias y normas de *ius cogens*), es decir de alcance universal y por tanto aplicables a todos los Estados, pues se exige la persecución de los delitos que constituyen una grave amenaza para la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad, entre los cuales se encuentran: los crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad, crimen de agresión y crimen de genocidio"[(343)].

La sentencia describe un contexto normativo nacional e internacional, incluido el Derecho consuetudinario para proceder a castigar delitos contra la humanidad, sin embargo la discusión luego es sí la conducta de los agentes se adecua a los presupuestos para ser considerados delitos de lesa humanidad.

2.1. Marco conceptual de delito de lesa humanidad

En la sentencia R.N. N° 4104-2010 se utiliza indistintamente "crímenes de lesa humanidad" o también "crímenes contra la humanidad", y se refiere que fue utilizado como término no técnico desde 1915 y en declaraciones posteriores a la Primera Guerra Mundial. Como concepto independiente se le describe en el Estatuto del Tribunal Penal Internacional de Núremberg, y fue una respuesta a la insuficiencia de la categoría crimen de guerra que solo podía aplicarse a actos que afectaran a combatientes enemigos excluyendo a los crímenes cuyas víctimas eran del mismo país o de Estados aliados a apátridas[(344)].

(343) Considerando 150.
(344) Considerando 151.

Considera la Sentencia R.N. N° 4104-2010, que el concepto de crimen de lesa humanidad tiene su origen en los años 1945 a 1946, con la creación de normas jurídicas por parte del Tribunal Internacional de Núremberg, siendo el Acuerdo de Londres del **8 de agosto de 1945**, celebrado entre Estados Unidos, Inglaterra, Francia y la entonces Unión Soviética, el que definió entre otros, los crímenes contra la humanidad de la siguiente manera:

> "Artículo 6.- El tribunal establecido por el acuerdo referido en el artículo primero citado antes, para el juicio y castigo de los mayores criminales de guerra de los países del eje europeo será competente para juzgar y sancionar las personas que, actuando en los intereses de los países del eje europeo, ya sea como individuos o como miembros de organizaciones, cometieron algunos de los siguientes crímenes. Los siguientes actos, o cualquiera de ellos, son crímenes comprendidos en la jurisdiccional del tribunal por los que habrá responsabilidad individual:
>
> a) Crímenes contra la paz (…).
>
> b) Crímenes de guerra (…).
>
> **c) Crímenes contra la humanidad**: es decir el asesinato, el exterminio, el sometimiento a esclavitud, la deportación, y otros actos inhumanos cometidos contra cualquier población civil, antes o durante la guerra; o bien las persecuciones basadas en motivos políticos, raciales o religiosos, cometidas en ejecución de o en conexión con cualquier crimen de la competencia del tribunal internacional, que estas persecuciones hayan constituido o no una violación del derecho interno del país donde ellas han sido perpetradas.
>
> Líderes, organizadores, instigadores o cómplices que han tomado parte en la elaboración o ejecución de un plan común o conspiración para cometer cualquiera de los crímenes mencionados son responsables por todos los actos realizados por cualquier persona en ejecución de dicho plan"[(345)].

Por Ley número 10 del Consejo de control aliado, del 20 de diciembre de 1945, se definió al delito de lesa humanidad como: "Las atrocidades y delitos que comprendan, sin que esta enumeración tenga carácter limitativo, el asesinato, el exterminio, la esclavitud, la deportación, el encarcelamiento, la tortura,

(345) Considerando 152.

las violaciones u otros actos inhumanos cometidos **contra cualquier población civil**, o las persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos, violen o no estos actos las leyes nacionales de los países donde se perpetran".

El artículo 5, apartado c) del Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Tokio, lo definió como: "la muerte, exterminio, esclavitud, deportación y otros actos inhumanos perpetrados antes o durante las hostilidades y la persecución por motivos políticos o raciales (…)".

La Resolución Nº 177 (II) del veintiuno de noviembre de mil novecientos cuarenta y siete la Asamblea General, además de confiar a la Comisión de Derecho internacional la formulación de los principios de Derecho internacional reconocidos por el Estatuto y por las sentencias del Tribunal de Núremberg, le encargó la preparación de un proyecto en materia de crímenes contra la paz y seguridad de la humanidad, siendo tratado el crimen contra la humanidad en el primer párrafo, del artículo 2 del proyecto de Código de 1954.

El Estado peruano suscribió al Estatuto de Roma, el 7 de diciembre de 2000, y lo ratificó mediante Resolución Legislativa el 13 de setiembre de 2000, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 16 de setiembre de 2001, entrando en vigor el primero de julio de dos mil dos. **Aprobado el diecisiete de julio de mil novecientos noventa y ocho**, por la Conferencia Plenipotenciaria de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional. Entró en vigor el 1 de julio de 2002, siendo considerado un hito por precisar la definición de crimen contra la humanidad, regulado en su artículo sétimo que textualmente dice:

> "Se entenderá como crimen de lesa humanidad cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un **ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque**:
>
> a) Asesinato;
>
> b) Exterminio;
>
> c) Esclavitud;
>
> d) Deportación o traslado forzoso de población;
>
> e) Encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional;
>
> f) Tortura;

g) Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable;

h) Persecución de un destacamento o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte;

i) Desaparición forzada de personas;

j) El crimen de apartheid; Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física (…)"[346].

Tomando posición la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema en la considera el crimen de lesa humanidad de la siguiente forma:

> "(…) es un crimen internacional y por ende de persecución universal, rigiéndose por normas de *ius cogens*, principios generales de Derecho internacional y normas jurídicas consuetudinarias, arriba mencionadas (siendo las más destacables el Acuerdo de Londres del ocho de agosto de mil novecientos cuarenta y cinco y los Principios de Derecho internacional reconocidos por el Estatuto y por las sentencias del Tribunal de Núremberg), motivo por el cual la comunidad internacional exige sancionar dichos delitos, a fin de evitar la impunidad de los mismos, ya que aluden a los intereses comunes de todos los hombres (citado por Salmón Gárate, Elizabeth y García Saavedra, Giovanna, 'Los Tribunales internacionales que juzgan individuos: El Caso de los Tribunales ad-hoc para la ex Yugoslavia y Ruanda y el Tribunal Penal Internacional como manifestaciones institucionales de la subjetividad internacional del ser humano'. En: *Revista Derecho & Sociedad*, año once, número quince, dos mil, páginas nueve a veintiocho) al cuestionar a la humanidad como tal y afectar el estándar mínimo de las reglas de coexistencia humana (citan a WERLE, Gerhard, Ob. cit., pp. 356 a 417) y a su vez afecta a la paz, la seguridad y el bienestar

(346) Considerando 154.

> mundial, por lo expuesto se advierte que dichos delitos no son comunes, sino que tienen características especiales que los diferencian de otros, características que pasaremos a analizar a continuación, a fin de determinar si los hechos atribuidos a los procesados constituyen o no delitos de lesa humanidad"[347].

En la Sentencia R.N. N° 4104-2010 examinada se hace una precisión si los conceptos sobre delitos de lesa humanidad provenientes del Estatuto de Roma son aplicables al caso del Grupo Colina.

> "(…) cabe acotar que en el mismo Estatuto de Roma, en su artículo décimo primero, primer numeral sostiene que '**la Corte tendrá competencia únicamente respecto de crímenes cometidos después de la entrada en vigor del presente Estatuto**', en concordancia con su segundo numeral que establece 'si un Estado se hace parte en el presente Estatuto después de su entrada en vigor, la Corte podrá ejercer su competencia únicamente con respecto a los crímenes cometidos después de la entrada en vigor del presente Estatuto respecto de ese Estado (…)', debiendo añadir que conforme señala en su preámbulo 'la Corte Penal Internacional establecida en virtud del presente Estatuto será complementaria de las jurisdicciones penales nacionales'"[348].

Frente a lo anterior la posición de la sentencia dictada por la Sala Suprema presidida por el Juez Supremo Javier Villa Stein es la siguiente:

> "(…) **el Estatuto de Roma no rige para el presente caso**, de conformidad con el tenor del mismo instrumento jurídico y lo establecido en la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, pues los hechos son anteriores a la entrada en vigor del presente Estatuto. En ese sentido, la calificación jurídica efectuada por el representante del Ministerio Público así como la contenida en la sentencia recurrida está enmarcada en los artículos ciento ocho, primer y tercer párrafo, y trescientos diecisiete, primer párrafo del Código Penal: delito contra la vida, el cuerpo y la salud - homicidio calificado y delito contra la tranquilidad pública - asociación ilícita para delinquir; en consecuencia, es incorrecto sostener que el Tribunal Superior aplicó en forma retroactiva el Estatuto de Roma cuando el Perú aún no estaba adherido".

(347) Considerando 157.
(348) Considerando 155.

Este criterio de inaplicabilidad retroactiva de la competencia de la Corte Penal lo sustenta en el numeral veintiocho de la **Convención de Viena sobre el derecho de tratados** (del 23 de mayo de 1969), que estableció que las disposiciones de un tratado no obligarán a una parte respecto de ningún acto o hecho que haya tenido lugar con anterioridad a la fecha de entrada en vigor del tratado para esa parte ni de ninguna situación que en esa fecha haya dejado de existir, salvo que una intención diferente se desprenda del tratado o conste de otro modo.

La Sentencia R.N. N° 4104-2010 luego arriba a la definición actual del delito de lesa humanidad y sus caracteres que le va a permitir analizar si se puede subsumir la conducta del Grupo Colina en esta calificación jurídica.

> "De los instrumentos internacionales antes mencionados, se desprende que los crímenes de lesa humanidad, si bien afectan a la humanidad entera, también pueden recaer contra una sola persona, si se inscribe en un sistema, se ejecuta según un plan o si presenta un carácter repetitivo o contra varias personas. Aunado a ello, se tiene que los crímenes de lesa humanidad para considerarse como tal, deben ser:
>
> a) Parte de un **ataque generalizado o sistemático**, concibiendo al primero como aquel delito que ha sido cometido en una gran escala y la cantidad de víctimas que ha causado, entendiendo por el segundo al carácter organizado de los actos de violencia y que no es probable que tenga carácter fortuito.
>
> b) **El ataque debe estar vinculado a la política de un Estado** o de una organización, este requisito evoca la necesidad de una cierta organización en la comisión del crimen, lo cual tiene como resultado excluir el caso de que una persona cometa un acto inhumano por su propia iniciativa (RUEDA FERNÁNDEZ, Casilda. Ob. cit., p. 318), con lo cual se excluyen los hechos fortuitos u ocasionales.
>
> c) Cometidos contra cualquier **población civil**, debe entenderse a 'aquellas personas que no forman parte del poder organizado del que proviene la violencia, es decir que lo decisivo para determinar la pertenencia a una población civil es la necesidad de protección de las víctimas que se deriva de su indefensión respecto a la violencia organizada, sea estatal, militar o de otro tipo' (WERLE. Ob. cit.) en concordancia con lo estipulado en el artículo 4, literal a) de la III Convención de Ginebra, es decir se excluyen no solo a los militares, sino también a otro tipos de movimiento de resistencia organizados, tales como los terroristas.

d) El agente perpetrador puede ser **funcionario o servidor público o un particular** que se le vincule a un Estado o a una organización no estatal.

e) Exige además **conocimiento** del autor de dicho ataque"[349].

Además como cuestión previa a resolver, la Sala Suprema presidida por del Juez Supremo Javier Villa Stein cita la STC N° 0024-2010- PI/ TC que señala que es el juez penal quien debe observar las garantías que conforman el principio de legalidad así como el subprincipio de *lex stricta.* Deben interpretar el contenido riguroso de la ley penal y el respeto del derecho a la presunción de inocencia, que informa transversalmente todo el proceso penal. Es el juez quien tiene **la obligación de realizar la calificación de los hechos que correspondan siempre que existan fundados y suficientes elementos de convicción para estimar razonablemente la comisión del delito imputado como autor o partícipe del mismo** (fundamento jurídico 51). Esta STC justifica la postura que la calificación de los hechos atribuidos al Grupo Colina lo hacen los jueces ordinarios.

2.2. Análisis si en el caso Barrios Altos existe delito de lesa humanidad

La Sala Penal Permanente en la Sentencia R.N. N° 4104-2010, luego de establecer el marco normativo de estos delitos aterriza en el caso que ha sido materia de recurso de nulidad así:

> "(…) advirtiéndose que los hechos materia de imputación fueron perpetrados por miembros de las fuerzas armadas (no siendo una exigencia la calidad del autor, se cumple con dicho requisito), planificados y realizados en forma organizada (es decir, fue un ataque **sistemático**, cumpliendo con este segundo requisito), el cual estuvo vinculado a la política de un Estado; sin embargo, **cabe indicar que esta política de Estado estaba dirigida a la eliminación física de los mandos militares del Partido Comunista peruano - Sendero Luminoso**, y delincuentes terroristas, conforme se señaló en el dictamen fiscal, requisitoria oral y en la propia sentencia recurrida - (…), reconocido durante el juicio oral por los encausados **Lecca Esquen (…)** quien indicó que el destacamento Colina era un destacamento operativo especial, cuyo objetivo estratégico era la política de pacificación en el campo militar contra la subversión y era encargado de obtener información sobre los destacamentos subversivos, ubicarlos, detenerlos y eliminar a los

(349) Considerando 158.

> terroristas; **Alarcón Gonzáles** (…) quien señaló que la orden era eliminar a los delincuentes subversivos; **Suppo Sánchez** (…) quien sostuvo que el objetivo del destacamento era capturar a la cúpula de Abimael Guzmán, **Atúncar Cama** (…) quien refirió que el objetivo del Destacamento era capturar a los delincuentes terroristas, a la cúpula de Abimael Guzmán; indicando posteriormente que era un destacamento especial para detectar, ubicar y eliminar a los senderistas; **Marcos Flores Alván** (…), quien señaló que la finalidad del destacamento era la eliminación de los terroristas; de igual forma **Paquillauri Huaytalla** en el cuaderno de Colaboración Eficaz (…) señalando que Martín Rivas le indicó que iban a realizar trabajos especiales de inteligencia y que el objetivo era la ubicación de los mandos principales de Sendero Luminoso; (…) el **oficio número mil cuatrocientos dieciséis**, firmado por el Jefe de la DINTE Rivero Lazo, donde pone en conocimiento del General de División Comandante General de Copere, la creación de un equipo especial de agentes, con la finalidad de detectar y/o identificar el accionar de elementos subversivos, motivo por el cual solicita inmuebles para los tres mandos de cada destacamento Sosa Saavedra, Supo Sánchez y Chuqui Aguirre(350).

Otras pruebas para establecer que el objetivo era la eliminación de los subversivos:

> "El Decreto Supremo Nº 066 MD/SDN, del 10 de diciembre de 1990, suscrito por el Ministro de Defensa, por el cual se aprobó la Directiva número 001-90-SG-MD/SDN, para el planeamiento estratégico de la defensa nacional, el Decreto Legislativo N° 751 del 8 de noviembre de 1991, publicado el doce del mismo mes y año, por el cual se aprueba la directiva de planeamiento de la defensa nacional para la pacificación, siendo uno de sus objetivos destruir y/o neutralizar a los grupos subversivos que se resistan a deponer las armas. Los Decretos Legislativos N°s 743, 746 y 749 del 8 de noviembre de 1991, que ampliaba las facultades de los comandos políticos militares de las zonas declaradas en emergencia con diversas autoridades de su jurisdicción, normas orientadas a proteger la defensa nacional, erradicando la delincuencia terrorista y el tráfico ilícito de drogas y aprobó la Ley del Sistema de Inteligencia Nacional (SINA), la cual formaba parte del Sistema de Defensa Nacional, con la finalidad de desarrollar actividades de inteligencia que contribuyan a la seguridad

(350) Considerando 160.

> de la Nación, que el Estado garantiza mediante la defensa nacional; el Decreto Ley Nº 25626, establecía que las dependencias vinculadas a la lucha contra la subversión y el narcotráfico adecuasen sus procedimientos de trabajo a la Directiva del comando operativo del frente interno, dirigido por el Comando conjunto de las fuerzas armadas, para la correcta aplicación de las estrategias orientadas a lograr la pacificación nacional".

Con estos elementos para el análisis la Sala Suprema en la sentencia R.N. N° 4104-2010 llega a la siguiente conclusión:

> "(…) dicha política del Estado **no era contra la población civil**, **sino dirigida contra los mandos y delincuentes terroristas**, que conforme se señaló líneas arriba no forman parte de la **población civil**; en consecuencia, los delitos atribuido a los procesados, tales como asesinatos y lesiones producidas a los agraviados, vulneraron sus derechos humanos; sin embargo, no configuran el crimen de lesa humanidad, por no cumplir con dicho requisito"(351).

La posición del Dr. Villa Stein, señala que en las acciones del Grupo Colina para desplegar dicha política de Estado hubo un exceso respecto al caso Barrios Altos, al haber dado muerte al menor de iniciales J. R. R, en circunstancias en que los integrantes del Destacamento Colina disparaban a los agraviados del caso Barrios Altos, entre ellos el padre del menor, no habiendo sido la finalidad del destacamento Colina dar muerte al menor antes mencionado, conforme lo afirman los mismos encausados; ni se encontraba dentro de la política de Estado.

IV. Reflexiones sobre esta sentencia

En la Sentencia R.N. N° 4104-2010 podemos apreciar que en el considerando 164 se argumenta el por qué no existió el delito de lesa humanidad así:

> "Finalmente, resulta de suma importancia precisar que, de la revisión de autos se advierte que, iniciado el proceso penal en cuestión, conforme se verifica de las denuncias fiscales y auto de apertura de instrucción, así como sus ampliaciones, las conductas imputadas a los encausados se encontraban subsumidas en los artículos ciento ocho, incisos primero y tercero, ciento cincuenta y dos y trescientos diecisiete del

(351) Considerando 162.

> Código Penal; siendo recién en el dictamen acusatorio emitido por el representante del Ministerio Público donde se formuló acusación con los ilícitos antes referidos, alegando que estos constituyen crímenes de lesa humanidad; sin tener en consideración que en dicha naturaleza no fue materia de denuncia, ni instrucción, siendo recién en la acusación en la que se consignó, afectando con ello el derecho de defensa, contenido en el principio del debido proceso, previsto en el inciso catorce, del artículo ciento treinta y nueve de la Ley Fundamental".

Tres jueces supremos de este mismo colegiado, emitieron una resolución aclaratoria de su voto en el sentido que si bien la fiscalía superior hizo referencia a delito de lesa humanidad, esta tenía una motivación insignificante.

Si los jueces supremos concluyeron que la Sala Superior cometió una afectación al debido proceso y en consecuencia los actos de calificación de lesa humanidad para unos, rompió la regla de congruencia y para los otros, que fue planteado tangencialmente y estimaron que constituían vicios de nulidad absoluta, **el resultado lógico y procesal de esta nulidad era dejar sin efecto este extremo, y evitar cualquier referencia a delitos de lesa humanidad en la sentencia suprema**, por lo que discutir si era de lesa o no lesa humanidad los hechos imputados al Grupo Colina, desde esa valla procesal levantada por la misma sentencia, era impertinente, salvo que desde una perspectiva de *obiter dicta* se haya puesto como tema de discusión, lo cual se hizo además sin contradictorio.

¿Tiene sindéresis que la Corte Suprema haya puesto esa valla? Si la tiene porque por ejemplo el artículo 298 del Código de Procedimientos Penales dice:

La Corte Suprema declarará la nulidad:

3. Si se ha condenado por **un delito que no fue 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.

Si asumimos literalmente el artículo 298.3 tenemos que efectivamente la calificación de lesa humanidad como agravantes de los delitos no fueron materia de la instrucción pero si lo fue en etapa de juicio oral.

Ahora la pregunta es: ¿Es posible que el fiscal sin haber propuesto dicha calificación en su denuncia y haberlo tomado así el auto de apertura, estaba facultado a señalar en su acusación que el delito era de lesa humanidad? Consideramos que sí tiene esa facultad porque como titular de la acción penal, fija el objeto del proceso, en sus parámetros fácticos y jurídicos. Si los hechos son

inmutables no vemos obstáculo para que el fiscal no pueda recalificar los hechos si incluso esta facultad la tiene el juez cuando el artículo 285 A del Código de Procedimientos Penales regula el instituto de la desvinculación procesal y determinación alternativa de la pena.

Esto guarda coherencia sistemática con lo señalado por el artículo 263 del Código de Procedimientos Penales que dice: "Si de los debates resultara que el delito reviste un carácter más grave que el indicado en el escrito de acusación, el fiscal, antes de iniciar la acusación oral, puede pedir prórroga de la audiencia para presentar una nueva acusación. El Tribunal Correccional, después de oír al defensor y a la parte civil, resolverá lo conveniente". En el artículo 264 del código citado establece el procedimiento para que el fiscal presente la acusación y los medios de prueba a actuar en juicio. Es decir, lo que en el fondo vemos es que se resguarda el derecho de las partes aplicando el principio de contradicción, es decir que si hay un nuevo planteamiento del fiscal, la parte acusada debe tener la posibilidad de rebatirlo en juicio.

¿El Fiscal Superior puede plantear o agregar una calificación jurídica sin modificar los hechos materia de instrucción? Sí y nos parece lícito. Lo que sí es irregular (procesalmente hablando) es que si se hizo esa calificación, por más diminuta que sea, no haya sido materia de contradictorio y que haya pasado durante el juicio oral como algo casual o accidental. De allí la labor del tribunal de colocar en el centro del debate del juicio oral con claridad todos estos aspectos. Si se concentraba la evaluación de la Sala Suprema en este ámbito, y si había tenido efectos sobre la condena constituyendo nulidad absoluta, entonces tenía que declarar nula la sentencia y disponer otro juicio oral; pero si esta nulidad no era trascendente sobre lo decidido, lo correcto era confirmar o revocar la sentencia apelada sin discutir si había delito de lesa humanidad, pues esta calificación había sido soslayada por causas exclusivamente procesales.

La ponencia del Juez Supremo Javier Villa Stein sin embargo entra a dilucidar el tema de fondo y sostiene que los senderistas no son civiles entonces habría que inferir que son grupos beligerantes y esto podría deslizar la idea que había justificación para asesinarlos fuera de los procedimientos legales. Las atrocidades que cometió Sendero Luminoso no es óbice para no señalar que los actos de Colina fueron de lesa humanidad, porque en principio, no se ha probado que las víctimas de estos delitos eran senderistas, y si se hubiese probado que lo eran, tampoco se justificaba someterlos a torturas y aniquilamientos porque justamente para eso estaba la ley; teniéndose presente que cuando fueron asesinadas estas personas se encontraban realizando actividades pacíficas. Si bien bajo la insania senderista se desarrollaron respuestas ilegales no se justificaban estas acciones porque envolvía a la sociedad en una espiral de

violencia mayor de la originada por los terroristas y que justamente era lo que querían para justificar su accionar "revolucionario".

La Sentencia R.N. N° 4104-2010 coincide con la sentencia de la Sala Penal Especial de la Corte Suprema Exp. Nº A.V. 19-2001 en que los actos fueron generalizados, sistemáticos pero la diferencia se da en cuanto a si las víctimas eran parte de la población civil ya que la idea del Grupo Colina fue exterminar líderes y miembros del SL.

Según la Sentencia R.N. N° 4104-2010 la finalidad del Grupo Colina era matar senderistas, sin juicio previo o sea un mero asesinato respaldado por una aparente defensa del Estado peruano.

No hay que confundir nuestra posición que Guzmán y sus secuaces fueron unos asesinos y que son responsables de delitos con características de lesa humanidad como la matanza de Luccanamarca y otras en las que el castigo a la población civil que apoyaba las acciones del Estado era resuelto con matanzas indiscriminadas. Por más que los objetivos del grupo Colina en su fuero interno hayan sido matar senderistas, si estaban fuera de los procedimientos establecidos por la ley, era una práctica inaceptable, lindante con el terrorismo de Estado. Si solo habían sospechas que participaban en Sendero Luminoso, las víctimas seguían teniendo la calidad de población civil y esto se patentiza más cuando entre las víctimas de Barrios Altos estaba un niño de 8 años, y que la Sentencia R.N. N° 4104-2010 benignamente señala que actuaron bajo error y que fue un "exceso". Esto deja entrever que la muerte de los presuntos senderistas estaba justificada y que al Grupo Colina se les fue de las manos, lo que nos lleva por lo menos inconscientemente a justificar la locura de la guerra sin cuartel.

La calificación de delitos como de lesa humanidad tiene efectos sobre los imputados y en la misma sentencia examinada se advierte las consecuencias de su declaración de nulidad en este extremo. Por ejemplo al procesado Sosa Saavedra le habían imputado el delito de asociación ilícita para delinquir y la Sala Superior le denegó la prescripción porque consideró que existía la calificación de delito de lesa humanidad y por tanto era imprescriptible. A contrario de este razonamiento la Sala Suprema que consideró que los delitos no calificaban como de lesa humanidad, en coherencia con dicha postura, concluyó que no resultaba aplicable la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad vigente desde el once de noviembre de mil novecientos setenta. Haciendo el cómputo de prescripción la Sala Suprema consideró que había trascurrido el plazo extraordinario en exceso, y resolvió que la acción penal había prescrito.

Sin perjuicio de lo que pudo hacer la Sala Suprema que en todo caso es al final un tema de criterio jurisdiccional. Consideramos que los hechos realizados por el Grupo Colina constituyen delitos de lesa humanidad, como agravante para reprochar con mayor intensidad su conducta, completando los tipos penales por los que fueron juzgados, como asesinatos y lesiones graves. Esto guarda coherencia con los pronunciamientos de la Corte Interamericana y del Tribunal Constitucional y la sentencia dictada en el caso Fujimori.

V. Posición de la Corte Interamericana

La Corte Interamericana tiene un procedimiento de seguimiento de las recomendaciones de sus sentencias por los Estados que fueron demandados. Empleando este mecanismo diversas organizaciones de DD.HH. plantearon la revisión de la Sentencia R.N. N° 4104-2010 dictada por la Sala Penal Permanente y la Corte al evaluar esta consideró que no tenía sindéresis con la Sentencia del caso Barrios Altos emitida por la instancia internacional y que no respondía a las propia tendencias jurisprudenciales definidas por la Corte Suprema; lo que obligó a que la misma Sala Suprema declarara nula dicha sentencia retrotrayendo la causa al estado de emitir nueva decisión.

En la resolución del 7 de setiembre de 2012(352) emitida por la Corte Interamericana se examina respecto de la definición de población civil vinculado a los casos Barrios Altos y la Cantuta **concluyendo que conforme a las reglas del Derecho Penal internacional las víctimas sí eran parte de la población civil** en contra de lo que decidió la Sentencia de la Sala Permanente de la Corte Suprema R.N. N° 4104-2010:

> "45. Al respecto, la Corte nota que los hechos de Barrios Altos y La Cantuta, ambos atribuidos al Grupo Colina, demuestran que las acciones de dicho destacamento no solo estaban dirigidas contra 'los mandos y delincuentes terroristas, que no formaban parte de la población civil', como afirma la Sala Penal Permanente, sino que abarcaban también 'presuntos subversivos, simpatizantes o colaboradores de organizaciones subversivas' (*supra* Considerando 39), lo cual derivó en 'la afectación] a un número importante de personas indefensas de la población civil', 'en el marco de una política estatal de eliminación selectiva pero sistemática de presuntos integrantes de grupos subversivos' (*supra* Considerando 41). Por lo tanto, de las sentencias

(352) Ver: <http://elcomercio.e3.pe/66/doc/0/0/5/1/7/517009.pdf>.

internas (*supra* Considerandos 14, 15 y 16) se desprende que las circunstancias que rodearon los hechos de Barrios Altos revelan **que el ataque fue dirigido de manera indiscriminada contra miembros de la población civil, tal como se entiende esta noción en el Derecho internacional"**.

La calidad de población civil reconocida a las víctimas de los crímenes de la Cantuta y Barrios Altos no fue puesta en discusión por el Estado peruano, teniendo pues este hecho la calidad de cosa juzgada y la Corte lo precisa de la siguiente forma:

"46. En su reconocimiento de responsabilidad internacional realizado en el marco del procedimiento de fondo del presente caso, **el Estado no controvirtió los hechos expuestos por la Comisión Interamericana ni negó en ese entonces la condición de población civil a las víctimas del presente caso**. Negar ahora tal condición tergiversaría el marco fáctico de los hechos dispuesto por la Corte y arrojaría dudas sobre la verdad de lo sucedido, en desmedro de lo ordenado en la Sentencia de fondo del presente caso".

La Corte Interamericana advierte que la Sentencia del R.N. N° 4104-2010 va en contra de la propia Corte Suprema peruana y los efectos de quitarle la calificación jurídica de lesa humanidad a los crímenes de Barrios Altos y la Cantuta:

"48. En consecuencia, para la Corte lo decidido en la Ejecutoria Suprema entra en contradicción con lo resuelto anteriormente por la misma Corte Suprema de Justicia en el juzgamiento de otro de los involucrados en los hechos del presente caso, así como con otras decisiones nacionales, en cuanto a la calificación de los actos como crímenes de lesa humanidad según el Derecho internacional, de modo tal que las diferentes y contradictorias caracterizaciones de los graves hechos perpetrados por el Grupo Colina conlleva indudablemente un impacto sobre tres aspectos principales relacionados con la investigación de los hechos: por un lado, la connotación y el nivel de reproche más elevado que le asigna el derecho internacional a conductas de tal naturaleza; en segundo lugar, las consecuencias jurídicas que se derivan de tal caracterización y, por último, el derecho a la verdad como derecho de las víctimas pero también de la sociedad en su conjunto. En el presente caso, resulta innegable que los hechos perpetrados por el Grupo Colina no responden a 'delitos comunes' o meras vulneraciones 'a los derechos humanos', sino que están dentro de aquellas violaciones más graves que atentan contra la consciencia universal".

Como una suerte de epitafio sobre la sentencia de la Sala Penal Permanente R.N. N° 4104-2010, la Corte Interamericana de Derechos Humanos concluye:

> "59. En sentido contrario, los representantes y el Estado, así como la Comisión Interamericana, han coincidido en manifestar que la Ejecutoria Suprema emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia el 20 de julio de 2012 es incompatible con los compromisos adquiridos por el Perú al ratificar la Convención americana sobre Derechos Humanos, así como que la misma generaría un incumplimiento de lo ordenado por este tribunal en las sentencias emitidas en el presente caso. El Estado, además, ha indicado que dicha decisión es objeto en la actualidad de una demanda de amparo presentada por la Procuraduría Pública especializada en Materia Constitucional del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, y que 'la citada acción de garantía constitucional constituiría un remedio adecuado para lograr la nulidad de la Ejecutoria Suprema'.
>
> 60. La Corte concuerda con las partes en cuanto a que dicha decisión, si no es subsanada como consecuencia de la acción de amparo, presentaría serios obstáculos para la consecución de la medida de reparación ordenada que atañe al deber de investigar los hechos del presente caso. En esta línea, es dable considerar que si se emiten decisiones internas que controvierten o desvirtúan el previo reconocimiento estatal, así como las consideraciones de la Corte y las sentencias emitidas a nivel interno en cumplimiento de lo ordenado por este tribunal, entonces se mantiene la violación del derecho de las víctimas o sus familiares a obtener de los órganos competentes del Estado el esclarecimiento de los hechos violatorios, a través de la investigación, juzgamiento y sanción de todos los responsables, en términos de lo dispuesto por este tribunal en cuanto a la violación de los artículos 8 y 25 de la Convención y, por ende, no se daría cumplimiento a la sentencia".

En concordancia con la apreciación de la Corte de las falencias de la Sentencia R.N. N° 4104-2010, este alto órgano jurisdiccional recomienda que se subsanen estos vicios que generan responsabilidad internacional del Estado peruano pues podrían crear un ambiente de impunidad, y si no se cumpliese esto dentro de los marcos de seguimiento de la Sentencia del caso Barrios Altos oportunamente emitiría pronunciamiento sobre los efectos jurídicos de la sentencia de la Sala Penal Permanente. Precisa además el grado de sujeción de los tribunales nacionales de las decisiones de la Corte Interamericana:

> "62. La buena fe del Estado en el cumplimiento de las obligaciones respecto de las cuales ha asumido su compromiso como parte de la Convención americana son garantía de sujeción a lo ordenado en las Sentencias concretas que lo involucran y a la jurisprudencia de la Corte que interpreta y aplica los derechos contenidos en dicho tratado. A partir de estas consideraciones de la Corte, los tribunales internos están obligados a remover cualquier práctica, norma o institución procesal inadmisible en relación con el deber de investigar graves violaciones a los derechos humanos. Es preciso entonces que las autoridades judiciales respectivas analicen detenidamente las circunstancias y el contexto específico de cada caso para no generar una restricción desproporcionada a los derechos de las víctimas".

La Sentencia R.N. N° 4104-2010 a raíz de este pronunciamiento de la Corte Interamericana que compartimos en líneas generales, fue anulada por la propia Sala Penal Permanente de la Corte Suprema quedando pendiente una nueva decisión.

Nos ratificamos que el Derecho Penal internacional tiene un desarrollo aún incipiente que requiere un esfuerzo colectivo de la comunidad jurídica para entender mejor su naturaleza, contenido y fines, así como las reglas de aplicabilidad en el sistema jurídico nacional. Esto implica que el máximo órgano jurisdiccional en aras de la seguridad jurídica y desde una perspectiva garantista fije reglas uniformes que orienten la labor de la magistratura en estos tópicos.

Siendo un tema harto polémico y discutible debemos reconocer la decisión del Consejo Nacional de la Magistratura de no procesar disciplinariamente a los miembros de la Sala Penal Permanente, lo que no debe significar avalar en general decisiones judiciales carentes de objetividad, lindantes con la arbitrariedad e incompatibles con las obligaciones internacionales asumidas por el Estado peruano.

VI. Conclusiones

El Derecho Penal internacional conjuntamente con el Derecho procesal todavía tienen un largo camino por recorrer, de tal forma que se afirmen sus instituciones, las reglas de aplicación en las jurisdicciones internas, con criterios garantistas y de equilibrio protegiendo a las partes involucradas en estos graves hechos, que es la única forma que el sistema se legitime ante la comunidad internacional.

Hay una exigencia de apertura conceptual, sin caer en posiciones arbitrarias, y sustentada firmemente en la necesidad de proteger a la humanidad evitando el surgimiento de conductas aberrantes, haciendo prevalecer un valor tan caro al derecho como es la justicia. Sin llegar al pragmatismo y siendo importante las disposiciones positivas o escritas debemos concluir que en el campo del Derecho Penal internacional en su sistema de fuentes, son relevantes el Derecho consuetudinario, la cláusula de Martens, el *jus cogens* o derecho de gentes, los tratados propiamente dichos pero sostenidos en la voluntad de los Estados democráticos de combatir los delitos contra la humanidad. Solo así avanzaremos a construir una sociedad mundial con altos niveles de civilidad.

En términos más concretos, se hace necesario abrir un debate serio y alturado en el seno de la comunidad jurídica y académica a efectos de generar un consenso sobre la importancia del derecho penal internacional y las reglas procesales para la aplicación de sus instituciones.

ANEXOS

Anexo I
Exposición de motivos del Código Procesal Penal 2004

I. Antecedentes

Luego de más de seis décadas de vigencia del Código de Procedimientos Penales de 1940, asistimos al momento de renovación de dicho cuerpo normativo siendo este el momento culminante de una etapa importante del proceso de reforma de la justicia penal, que en nuestro país lleva cerca de quince años. En este lapso, marcado por una serie de avatares políticos, sociales y económicos, han ocurrido hasta dos intentos fallidos de reforma de la legislación procesal. En 1991 solo pudo entrar en vigencia parcial el nuevo Código, pues su aplicación íntegra fue sometida a *vacatio legis* que se extendió por tiempo indefinido. Luego de la entrada en vigencia de la nueva Constitución de 1993, se publicó el Proyecto de Código Procesal Penal de 1995 texto que, luego de la discusión parlamentaria, fue aprobado en el Congreso pero observado por el Poder Ejecutivo en octubre de 1997 y finalmente dejado en el olvido.

Desde aquel entonces la reforma del proceso penal peruano ingresó en un periodo de letanía que se prolongó hasta el presente año en que, ahora ya en democracia, el Poder Ejecutivo impulsó la creación de la Comisión de Alto Nivel mediante Decreto Supremo N° 005-2003-JUS del 14 de marzo de 2003, cuyo propósito es proponer las modificaciones y mecanismos legales para la implementación del nuevo Código Procesal Penal. Esta Comisión presidida por el señor Ministro de Justicia, está integrada por Rocío Montero Lazo, Rafael Donayre Otárola, Manuel Catacora Gonzales, Pablo Talavera Elguera, César San Martín Castro, Pablo Sánchez Velarde, Daniel Caballero Cisneros, Víctor García Toma, César San Martín Castro, Jorge Santistevan de Noriega, Jorge Villegas Ratti, Ricardo Váscones Vega, Fidel Rojas Vargas y Carlos Caro Coria. Son varias las razones que justifican que nuestro país cuente con un nuevo Código Procesal Penal. Desde un punto de vista del Derecho Comparado casi todos los países de nuestra región cuentan hace ya algunos años con códigos de proceso penal modernos; es el caso de Argentina, Paraguay, Chile, Bolivia, Venezuela, Colombia, Costa Rica, Honduras, El Salvador y Ecuador. Esta tendencia en la legislación comparada tiene su razón de ser en la necesidad de que

los países de este lado del continente adecuen su legislación a los estándares mínimos que establecen los Tratados Internacionales de Derechos Humanos (Declaración Universal de los Derechos Humanos, Convención Americana de Derechos Humanos y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

En el orden interno la opción asumida por la Constitución de 1993, al otorgarle la titularidad de la persecución penal al Ministerio Público obliga adecuar el proceso penal a dicha exigencia constitucional. De otro lado la permanente fragmentación de la legislación procesal penal ocurrida en las dos últimas décadas, convierte en imperiosa la necesidad de organizar toda la normativa en un cuerpo único y sistemático y bajo la lógica de un mismo modelo de persecución penal.

II. El nuevo modelo procesal

En ese orden de ideas la estructura del nuevo proceso penal, así como sus instituciones allí contenidas se edifican sobre la base del modelo acusatorio de proceso penal cuyas grandes líneas rectoras son: separación de funciones de investigación y de juzgamiento; el juez no procede de oficio; el juez no puede condenar ni a persona distinta de la acusada, ni por hechos distintos de los imputados; el proceso se desarrolla conforme a los principios de contradicción e igualdad; la garantía de la oralidad es la esencia misma del juzgamiento y; la libertad del imputado es la regla durante todo el proceso. Es de destacar como una nota trascendental la implantación de la oralidad en la medida que permite que los juicios se realicen con inmediación y publicidad, permitiendo de esa forma un mayor acercamiento y control de la sociedad hacia los encargados de impartir justicia en su nombre.

El proceso común u ordinario, desarrollado siguiendo las líneas antes trazadas, se divide en tres etapas: Investigación Preparatoria, Etapa Intermedia y Juzgamiento.

La Investigación Preparatoria dirigida por el fiscal tiene como objetivo reunir los elementos de convicción, de cargo o descargo que permitan al fiscal decidir si formula o no la acusación. En ese sentido, durante la investigación deberá determinarse la naturaleza delictuosa de la conducta incriminada, las circunstancias de la perpetración, la identidad del autor, partícipe y de la víctima, así como la existencia del daño causado por el hecho delictivo para cuantificar la futura reparación civil. Si el fiscal es el director de esta etapa, el Juez de la Investigación Preparatoria, tendrá a su cargo disponer los actos procesales que el fiscal solicite, controlar la regularidad de la investigación, disponer

las medidas de coerción y actuar la prueba anticipada. Por su naturaleza la investigación es reservada, sin embargo las partes tienen la posibilidad de conocer de la misma e inclusive de obtener copias simples de las actuaciones.

Es en la etapa de Investigación Preparatoria en que puede disponerse alguna de las medidas de coerción. Por ello se ha regulado la detención policial en flagrancia, el arresto ciudadano, es decir, la posibilidad de que cualquier persona en caso de flagrancia arreste al delincuente y, la detención preliminar judicial. La detención policial y preliminar se encuentran reguladas en sus plazos máximos (veinticuatro horas) y en supuestos determinados, una prolongación de hasta quince días.

También se prevé un supuesto de detención preliminar incomunicada, en supuestos determinados, y por un plazo máximo de diez días. Conjuntamente con estas modalidades de detención se ha regulado en una fórmula más desarrollada la prisión preventiva, habiéndose previsto para su imposición la realización de una audiencia, la que deberá realizarse dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a que el procesado sea puesto a disposición del juez. En lo que al plazo de la prisión preventiva se refiere, el límite máximo previsto para esta medida es de nueve meses, aunque para causas complejas sea hasta dieciocho meses, para lo cual se han fijado pautas de interpretación para entender cuándo estamos frente a un proceso de naturaleza compleja. Como la prisión provisional, siendo una medida de coerción personal, está regida por los principios de excepcionalidad, provisionalidad y proporcionalidad, contra esta medida se han previsto mecanismos de excarcelación como la apelación, la libertad por vencimiento del plazo y la variación por la comparecencia en cualquiera de sus modalidades.

En la Etapa Intermedia se decide si existe o no suficiente fundamento para pasar a la etapa de juzgamiento. De esta manera el Juez de la Investigación Preparatoria decidirá, escuchando antes a las partes, si existen fundamentos para aceptar la acusación propuesta por el fiscal o si, efectivamente, debería dictarse el sobreseimiento de la causa.

El juzgamiento, etapa estelar del proceso, se caracteriza por desarrollarse bajo los principios de oralidad, publicidad, inmediación y la contradicción en la actuación probatoria. Asimismo en su desarrollo se observan los principios de continuidad del juzgamiento, concentración de los actos del juicio, identidad física del juzgador y presencia obligatoria del imputado y su defensor. Como quiera que el régimen mixto actualmente aplicable al proceso penal ordinario ha convertido a esta importante fase del proceso en una tediosa y a veces hasta excesivamente formalista, el nuevo Código propone algunas pautas

para hacer que al juicio oral confluyan todas las notas propias del juicio previo, pero que no por ello deje de ser dinámica y eficaz.

Entre ellas son de resaltar las siguientes: la audiencia solo podrá suspenderse por razones de enfermedad del juez, del Fiscal, del imputado o su defensor o, por razones de fuerza mayor o caso fortuito, caso en el cual la suspensión no podrá exceder de ocho días hábiles. En esa misma perspectiva tenemos la regla según la cual si el testigo o perito no puede ser localizado para su conducción compulsiva, el juicio continuará con prescindencia de esa prueba. Asimismo, la otra que establece que cerrado el debate, los jueces pasarán, de inmediato y sin interrupción, a deliberar en sesión secreta, para luego inmediatamente redactar la sentencia y finalmente constituirse nuevamente a la Sala de Audiencias para la correspondiente lectura.

Uno de los aspectos más deficitarios del Código de 1940 es el relativo a los medios de impugnación. La ausencia de una sección que los regule sistemáticamente, ha sido el principal dato que ha motivado que en el presente Código este aspecto del proceso penal tenga un tratamiento diferente en el Libro Cuarto. Siguiendo la línea trazada en el Proyecto de Código Procesal Penal de 1995, la sección primera está dedicada a los preceptos generales, esto es, a los principios y presupuestos comunes a cualquiera de los recursos que el Código contiene, para luego regular el procedimiento correspondiente a cada uno de ellos.

Razones de política legislativa, presentes también en la legislación comparada, orientadas a evitar la congestión procesal y la saturación del sistema de justicia penal ordinario, han determinado que conjuntamente con el proceso común se regulen una gama de vías alternativas que permitan diversificar las especialidades procedimentales por razón de las personas y por razón de la materia y, de otro lado, los procesos simplificados desarrollados bajo el principio de consenso. Entre estos es del caso hacer mención a los procesos por razón de la función pública, el proceso de terminación anticipada y el proceso de colaboración eficaz.

Un aspecto también novedoso del Código es haber sistematizado en el Libro Sétimo lo relativo a la Cooperación Judicial Internacional bajo la premisa de que las normas aplicables son los tratados celebrados entre países y que el principio de reciprocidad, es el que orientará la realización de actos de cooperación como extradición, diligencias en el exterior, traslado de condenados, práctica de bloqueo de cuentas, embargos incautaciones, inmovilización de activos y entrega vigilada; para lo cual la Fiscalía de la Nación será autoridad central encargada de canalizar estos mecanismos de cooperación.

Mención aparte merece el trabajo desarrollado para la cooperación con la Corte Penal Internacional, como lo son la detención y entrega de personas, la detención provisional, y los actos de cooperación previstos en el artículo 93 del Estatuto de la Corte Penal Internacional desarrollados en este Código.

III. La implementación

Como quiera que el cambio de modelo de enjuiciamiento penal no se agota en lo meramente normativo, es fundamental tener presente que el proceso de reforma implica un cambio estructural a la vez que cultural y que por lo mismo no podrá realizarse de la noche a la mañana. Por ello es que se propone, una vez culminada la tarea legislativa, iniciar un proceso metódico de implementación en el que la pauta principal será la progresividad, debiendo tener en cuenta, entre otros aspectos, los siguientes:

- Establecer un calendario tentativo de inicio y fin de la aplicación o vigencia del nuevo Código. Lo importante en este punto es proponer por lo menos la fecha de inicio y la fecha en que regirá el nuevo Código de manera integral en todo el país. Este calendario lo denominamos tentativo, en la medida que en el camino podrá modificarse según las necesidades y según los resultados que se vayan verificando.

- Definición del distrito(s) judicial(es) donde se ejecutará el plan piloto con el que se iniciará el calendario antes referido.

- Cuantificar, en términos de presupuesto la inversión necesaria para la implementación del plan piloto de aplicación del nuevo Código. Esta tarea, por su propia naturaleza, debe recaer en expertos metodólogos, en temas de presupuesto y de organización.

- Presentación y aprobación del presupuesto, ya sea a través de los recursos del Estado o con aquellos que pueda obtenerse de la cooperación internacional.

- Coordinación interinstitucional en la sede de ejecución del Plan Piloto para elaborar las disposiciones internas necesarias para la entrada en vigencia del nuevo Código y para el periodo de transición.

- Capacitación en los diferentes niveles de las instituciones involucradas en la ejecución del Plan Piloto y luego un programa de capacitación progresiva en todo el país.

- Diseño de un plan focalizado de socialización del nuevo Código.

Por todo lo antes explicado, el Código Procesal Penal que se propone constituye un instrumento normativo, cuyo fin último es lograr el equilibrio de dos valores trascendentes: seguridad ciudadana y garantía. Es decir, por un lado dotar al Estado de las herramientas necesarias para que cumpla con su obligación de llevar adelante un proceso rápido y eficaz, que conlleve a la dación de una sentencia que redefina el conflicto generado por el delito, satisfaciendo las legítimas expectativas de sanción y resarcimiento y, de otro lado, que la imposición de una sentencia se efectúe con irrestricta observancia de las garantías que establecen los Tratados Internacionales de Derechos Humanos que norman un procedimiento penal en un Estado Democrático. (Este texto no fue publicado en el diario oficial *El Peruano*, ha sido enviado por la Secretaría Técnica de la Comisión Especial de Implementación del Código Procesal Penal, mediante correo electrónico)[353].

(353) Ver SPIJ.

Anexo II

I. Res. Adm. Nº 134-2014-CE-PJ.- Aprueban los "Protocolos de Actuación Conjunta", relacionados a medidas limitativas de derechos de allanamiento, impedimento de salida y otros, así como la "Guía de Actuación Conjunta contra la Delincuencia y el Crimen Organizado" como material didáctico (17/05/2014)

RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA N° 134-2014-CE-PJ

Lima, 23 de abril de 2014

VISTO:

El Oficio N° 062-2014-GA-P/PJ, cursado por el Coordinador (e) del Gabinete de Asesores de la Presidencia del Poder Judicial.

CONSIDERANDO:

Primero.- Que mediante Ley N° 27379 "Ley de Procedimiento para Adoptar Medidas Excepcionales de Limitación de Derechos en Investigaciones Preliminares", se establecieron las facultades otorgadas a Jueces y Fiscales Provinciales, respecto del mecanismo para solicitar y dictar medidas que limitan derechos en el curso de las investigaciones preliminares.

Segundo.- Que, al respecto, el Coordinador (e) del Gabinete de Asesores de la Presidencia del Poder Judicial, informa que se ha elaborado cuatro "Protocolos de Actuación Conjunta" referentes a medidas limitativas de derechos de allanamiento, impedimento de salida, intervención de las comunicaciones telefónicas; y levantamiento del secreto bancario, reserva tributaria y bursátil; así como, una "Guía de Actuación Conjunta contra la Delincuencia y el Crimen Organizado" como material didáctico.

Tercero.- Que, en ese sentido, resulta procedente aprobar los mencionados documentos a fin de que la actuación de los jueces esté acorde a lo establecido

legalmente, y realicen sus funciones en la lucha contra la criminalidad, teniendo en cuenta que los mismos constituyen instrumentos de gestión jurisdiccional y se encuentran enmarcados en las normas de la materia.

Cuarto.- Que el artículo 82, literal inciso 26), del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial determina como función y atribución del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial la adopción de acuerdos y demás medidas necesarias para que las dependencias de este Poder del Estado funcionen de mejor manera en busca de la celeridad y eficiencia.

En consecuencia; en mérito al Acuerdo N° 286-2014 de la décimo primera sesión del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial de la fecha, adoptado con la intervención de los señores Mendoza Ramírez, De Valdivia Cano, Lecaros Cornejo, Taboada Pilco y Escalante Cárdenas, sin la intervención del señor Meneses Gonzáles por encontrarse de licencia. Por unanimidad,

SE RESUELVE:

Artículo Primero.- Aprobar los "Protocolos de Actuación Conjunta", relacionados a medidas limitativas de derechos de allanamiento, impedimento de salida, intervención de las comunicaciones telefónicas; y levantamiento del secreto bancario, reserva tributaria y bursátil; así como la "Guía de Actuación Conjunta contra la Delincuencia y el Crimen Organizado" como material didáctico; que en documento adjunto forma parte de la presente resolución.

Artículo Segundo.- Comunicar los referidos instrumentos de gestión jurisdiccional a todos los órganos jurisdiccionales en materia penal, por medio de la página web institucional, para su debido cumplimiento.

II. Res. Adm. Nº 325-2011-P-PJ.- Circular sobre Prisión Preventiva (14/09/2011)

RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA N° 325-2011-P-PJ

Lima, 13 de setiembre de 2011

VISTA:

Las medidas urgentes o de ejecución inmediata de la agenda judicial de seguridad ciudadana del Poder Judicial necesarias para desarrollar criterios orientadores y unificadores para aplicar la prisión preventiva.

CONSIDERANDO:

Primero.- Que la interpretación y ulterior aplicación de las normas que regulan la prisión preventiva –situación nacida de una resolución jurídica de carácter provisional y duración limitada, por la que se restringe el derecho a la libertad de un imputado–, en especial el artículo 268 del Código Procesal Penal de 2004, exige que el juez –en el ejercicio de su potestad jurisdiccional– tengan en cuenta diversos parámetros jurídicos legalmente previstos –bajo el reconocimiento de que la prisión preventiva está situada entre dos deberes estatales el de perseguir eficazmente el delito, por un lado, y, por otro lado, el de proteger la libertad del ciudadano–.

Se ha de determinar, de modo relevante, los alcances y asumir la debida comprensión de los presupuestos materiales que informan la prisión preventiva, de profunda influencia en el juicio de proporcionalidad que demanda el análisis de toda institución de relevancia constitucional y que persigue circunscribirla a lo estrictamente necesario.

De lo consignado, sin duda, surge la indispensabilidad –como lógica consecuencia del principio material de necesidad– de una motivación suficiente y razonable acorde a los presupuestos y fines constitucionalmente legítimos y congruentes con la medida de prisión preventiva, en función a las circunstancias concretas del caso y las personales del imputado.

Segundo.- Que el primer presupuesto material a tener en cuenta –que tiene un carácter genérico– es la existencia de fundados y graves elementos de convicción –juicio de imputación judicial– para estimar un alto grado de probabilidad de que el imputado pueda ser autor o partícipe del delito que es objeto del proceso penal [artículo 268, apartado 1, literal a), del Código Procesal Penal: *fumus delicti comissi*].

Al respecto es necesario contar con datos y/o graves y suficientes indicios procedimentales lícitos –del material instructorio en su conjunto–, de que el imputado está involucrado en los hechos. No puede exigirse, desde luego, una calificación absolutamente correcta, sino racionalmente aproximativa al tipo legal referido. Asimismo, han de estar presentes todos los presupuestos de la punibilidad y de la perseguibilidad (probabilidad real de culpabilidad).

Luego, como primer motivo específico de prisión, que integra con el peligrosismo procesal el segundo motivo de la citada medida de coerción, es necesario identificar el límite penológico. El juez en esta fase del análisis jurídico procesal ha de realizar una prognosis o pronóstico que permita identificar un

nivel razonable de probabilidad de que la pena a imponer será superior a cuatro años de privación de libertad.

Si no se cumple con el primer presupuesto material y el inicial motivo de prisión, el juez debe acudir a alguna de las medidas alternativas que prevé el Código Procesal Penal.

Por el contrario, si en el caso específico se cumple con ambas exigencias el juez debe valorar, como segundo motivo de prisión, la presencia de los peligros de fuga y/o de obstaculización probatoria –de menor intensidad, en especial esta última, conforme avanza el proceso–. Ello es así porque la prisión preventiva no es otra cosa que una medida coercitiva personal, que solo puede tener fines procesales, cuyo propósito radica en asegurar el normal desarrollo y resultado del proceso penal [consolidar, en suma, i) el proceso de conocimiento (asegurando la presencia del imputado en el procedimiento y garantizando una investigación de los hechos, en debida forma por los órganos de la persecución penal) o ii) la ejecución de la pena].

Tercero.- Que el Código Procesal Penal ofrece criterios específicos para analizar el riesgo de fuga y el peligro de obstaculización probatoria. La normativa procesal penal establece –a través del desarrollo de los artículos 269 y 270 del Código Procesal Penal– una guía –sin duda flexible o abierta– para que la jurisdicción pueda utilizar índices específicos para justificar la imposición de una medida procesal tan grave como la prisión preventiva. Tales lineamientos tienen como objetivo evitar la justificación de esta sobre la base de resoluciones estereotipadas o con una escasa motivación en el ámbito nuclear del .peligrosismo procesal.

Sin embargo, debe quedar claro que estos postulados normativos no tienen naturaleza taxativa. El juez, obviamente, puede incorporar en su análisis otros criterios que justifiquen o no aconsejen la aplicación de la prisión preventiva (el estado de salud del procesado, por ejemplo), siempre que respeten la Constitución, así como la proporcionalidad y la razonabilidad de la decisión. Además, ha de tomar en cuenta que los requisitos exigidos al momento inicial de su adopción no son necesariamente los mismos que deben exigirse con posterioridad para decretar su mantenimiento.

El factor temporal, en orden a las razones justificativas de la restricción de la libertad personal, adquiere singular relevancia. Así, en la fase inicial del proceso, la necesidad de atender a los fines de la prisión preventiva y los escasos datos de que en esos primeros momentos podría disponerse pueden justificar que dicha medida coercitiva se acuerde apreciando únicamente el tipo de delito y la gravedad de la pena que conlleve, pues de tales elementos puede

colegirse los riesgos de fuga y/o de entorpecimiento. Empero, con el transcurso del tiempo las exigencias son más intensas; han de valorarse de forma más individualizada las circunstancias personales del imputado y los del caso concreto que se hayan conocido durante el proceso.

Las circunstancias que resulten útiles para inferir la aptitud del sujeto para provocar su ausencia –riesgo que por antonomasia persigue atajarse en la prisión preventiva– están en función a las mayores o menores posibilidades de control sobre su paradero. Entre aquellas se tiene la salud del individuo, que influye mucho –en uno o en otro sentido– en la capacidad material de huida; así como la situación familiar o social del sujeto, para advertir la posibilidad que algún familiar o amigo supla o complemente la disposición material del sujeto pasivo del proceso; la inminencia de celebración del juicio oral, especialmente en los supuestos en que proceda iniciar o formalizar un enjuiciamiento acelerado o inminente –se trata, como abona la experiencia, de un elemento ambivalente, dado que el avance del proceso puede contribuir tanto a cimentar con mayor solidez la imputación como a debilitar los indicios de culpabilidad del acusado, por lo que el juez ha de concretar las circunstancias específicas que abonan o no a la fuga del imputado–. Otras circunstancias que permiten deducir con rigor una disposición cualificada del sujeto a poner en riesgo el proceso mediante su ausencia injustificada, pueden ser: la existencia de conexiones del individuo con otros lugares del país o del extranjero, la pertenencia del encausado a una organización o banda delictiva, la complejidad en la realización del hecho atribuido, las especialidades formativas que quepa apreciar en el procesado, o incluso en su situación laboral.

Las circunstancias relevantes para el análisis de la disposición material del imputado para acceder a las fuentes y medios de investigación y ocultarlos, destruirlos y manipularlos, indican cierto grado de conexión entre el propio imputado y el objeto a proteger. Dicha conexión puede expresarse por la posición laboral del sujeto, la complejidad en la realización del hecho atribuido, su situación social o familiar, o sus conexiones con otros países o lugares del territorio nacional, si se advierte que en ellos puede hallarse la concreta fuente de prueba.

Cuarto.- Que de seguirse, como corresponde, esta metodología se comprenderá que la prisión preventiva no es una medida de aplicación automática o inmediata. Esto es, no se aplica a todos los imputados bajo sospecha vehemente –motivada y objetiva– de comisión de un delito, cuya prognosis de pena sea superior a los cuatro años de privación de libertad. Es por esta razón que debe comprenderse que la pena a imponer al encausado tiene una "doble lectura". En primer término, es necesario establecer si la probable pena a imponer

es superior a cuatro años (art. 268, apartado 1, literal b) del Código Procesal Penal). Cualquier prognosis inferior impide la aplicación de la prisión preventiva. Una vez que se cumple este motivo de prisión, es necesario analizar, además, cómo es que la probable pena a imponer puede influir en la conducta del imputado durante el proceso penal (art. 269, apartado 2, del Código Procesal Penal). Aun cuando se esté frente a una pena superior a los cuatro años de privación de libertad, es evidente que no es lo mismo la (probable) imposición de una pena de seis años de pena privativa de libertad, que la (probable) aplicación de una sanción de veinte años de pena privativa de libertad. Una y otra –desde una inferencia que se explica por máximas de la experiencia– puede generar una influencia radicalmente distinta en el ánimo o la conducta procesal del encausado. El juez debe valorar, entonces, el caso concreto; no aplicar una regla penológica general sin sentido.

Lo anteriormente expuesto evidencia que la gravedad de la pena a imponer constituye un criterio válido para evaluar la futura conducta procesal del imputado. Sin embargo, ello no debe conducir a la aplicación de la prisión preventiva en todos los supuestos en los que la pena a imponer sea superior a cuatro años. Se debe diferenciar el límite penológico como presupuesto material de la prisión preventiva (art. 268, apartado 1, literal b), del Código Procesal Penal) de la gravedad de la pena como criterio legal del juicio de peligrosismo procesal (art. 269, apartado 2, del Código Procesal Penal).

Quinto.- Que, por otro lado, es doctrina jurisprudencial consolidada –tanto a nivel nacional como internacional– el hecho de que, por lo general y salvo lo dispuesto en el fundamento jurídico tercero, parágrafo tres, la gravedad de la pena no puede ser el único criterio que justifique la utilización de la prisión preventiva, razón por la cual se debe acompañar con algunos de los criterios dispuestos por el artículo 269 del Código Procesal Penal; y, como se verá, con el propio apartado 2 del artículo 268 del citado cuerpo de leyes.

En tal ámbito, es de suma importancia evaluar el análisis jurisprudencial que actualmente ocurre en el contexto de algunos de los criterios regulados por el artículo 269 del Código Procesal Penal. En la actualidad se vienen generando muchas confusiones que deben ser esclarecidas con el propósito de aplicar en forma eficiente la prisión preventiva.

Sexto.- Que un problema fundamental viene dado por la definición del arraigo, regulado por el artículo 269, apartado 1, del Código Procesal Penal. Un dato fundamental que es de tener en cuenta en la valoración de los criterios establecidos por los artículos 269 y 270 del mencionado Código, es que se está ante lo que se puede denominar "tipologías referenciales", destinadas a guiar el análisis del riesgo de fuga u obstaculización (peligro procesal). No

se está frente a causales de tipo taxativo, ni frente a presupuestos materiales de la prisión preventiva. Por lo tanto, es necesaria una valoración de conjunto de todas las circunstancias del caso para evaluar la existencia o inexistencia del peligrosismo procesal.

Sétimo.- Que no existe ninguna razón jurídica ni legal –la norma no expresa en ningún caso tal situación– para entender que la presencia del algún tipo de arraigo descarta, a priori, la utilización de la prisión preventiva. De hecho, el arraigo no es un concepto o requisito fijo que pueda evaluarse en términos absolutos. Es decir, la expresión "existencia" o "inexistencia" de arraigo es, en realidad, un enunciado que requiere de serios controles en el plano lógico y experimental. Toda persona, aun cuando se está frente a un indigente, tiene algún tipo de arraigo. El punto nodal estriba en establecer cuándo el arraigo –medido en términos cualitativos– descarta la aplicación de la prisión preventiva. Esto es algo muy distinto a sostener que la presencia de cualquier tipo de arraigo descarta la prisión preventiva.

Por ejemplo, es un error frecuente sostener que existe arraigo cuando el imputado tiene domicilio conocido, trabajo, familia, etcétera. Tal razonamiento no se sostiene desde la perspectiva del Derecho procesal, pues la norma no exige evaluar la existencia o inexistencia de un presupuesto –que no lo es– sino impone ponderar la calidad del arraigo. Es perfectamente posible aplicar la prisión preventiva a una persona que tiene familia o domicilio conocido, cuando dicha situación, evaluada en términos de ponderación de intereses, no es suficiente para concluir fundadamente que el desarrollo y resultado del proceso penal se encuentra asegurado.

Un ejemplo claro de esta situación es la conducta procesal del imputado (art. 269, apartado 4, del Código Procesal Penal). Es igualmente factible que un encausado, con domicilio conocido o trabajo, muestre una conducta renuente al proceso; por lo tanto, se entiende que en este caso la "calidad" del arraigo no es suficiente para enervar el peligro procesal. De hecho, un indicador consolidado de esta situación es lo que el propio artículo 269, apartado 1, del Código Procesal Penal regula como un elemento a analizar en el ámbito del arraigo: "las facilidades para abandonar definitivamente el país o permanecer oculto". Es una máxima de la experiencia que aquellas personas que tienen facilidades para abandonar el país, por lo general, cuentan con recursos económicos, quienes, por lo demás, suelen tener domicilio, propiedades, trabajo, residencia habitual, etcétera.

Octavo.- Que lo anotado en el fundamento jurídico anterior revela que no es posible identificar la supuesta "existencia de arraigo" (por ejemplo, establecer que una persona domicilia en determinado lugar) y, a partir de este

supuesto, negar cualquier opción para aplicar la prisión preventiva. Esto es así porque el arraigo –ocurre lo mismo con todos los criterios del artículo 269 del Código Procesal Penal– no es una premisa fija o estable; no es un presupuesto, sino un criterio relacional basado en el contexto de cada caso, de suerte que en uno determinará la inexistencia del peligro de fuga, pero en otros no. En consecuencia, no puede invocarse, sin la pérdida del rigor jurídico necesario, de existencia o inexistencia de arraigo; lo que debe analizarse es la calidad del mismo y su vinculación con otros factores del caso. Una resolución que descarta de plano la aplicación de la prisión preventiva fundamentada en el solo hecho de que "el imputado tiene domicilio conocido", es una de carácter estereotipado e importa una motivación aparente o insuficiente. Se necesita un análisis integral de las condiciones del caso y del imputado.

Noveno.- Que, en la misma línea de lo anterior, es importante evaluar cuál es el sentido que actualmente le otorga la jurisprudencia al apartado 2 del artículo 268 del Código Procesal Penal. Sin duda, es un criterio poco utilizado en el ámbito de la prisión preventiva, y lo es, probablemente, por los términos de su propia redacción.

Sin duda la pertenencia del imputado a una organización delictiva –o su integración a la misma– no es en estricto sentido un presupuesto material propio. No es una *conditio* sine qua non para la aplicación de la prisión preventiva –que es lo que ocurre en los demás presupuestos materiales–. La pertenencia a una organización delictiva, a la que por su propio contenido común debe comprenderse el concepto de banda, es en realidad un criterio, de especial característica y taxativa relevancia jurídica procesal, para valorar el peligro de fuga e, incluso, el peligro de obstaculización.

En línea con la jurisprudencia alemana la prisión preventiva en estos casos solo puede ser impuesta si existen los motivos de fuga o peligro de entorpecimiento. No obstante ello, en la verificación de su existencia no se debe ser tan exigente, sino que ya es suficiente, en relación con la gravedad del hecho atribuido, una intensidad menor de peligro de fuga o de entorpecimiento. En estos casos se entiende que está minimizado el arraigo social del imputado.

Décimo.- Que es obvio que la pertenencia o integración de un imputado a una organización delictiva o banda es un criterio clave en la experiencia criminológica para atender a la existencia de un serio peligro procesal, tanto en el ámbito de la fuga como en el de la obstaculización probatoria. Las estructuras organizadas (independientemente del nivel de organización) tienden a

generar estrategias y métodos para favorecer la fuga de sus pares y para contribuir en la obstaculización probatoria (amenaza, "compra", muerte de testigos, etcétera). Por consiguiente, el juez debe evaluar esta tipología como un criterio importante en el ámbito del procesamiento de la criminalidad violenta. Lo que significa que si bien no es una regla general ni obligatoria, evaluado el caso concreto, es posible sostener que en muchos supuestos la gravedad de la pena y la pertenencia a una organización delictiva o banda es suficiente para la aplicación de la prisión preventiva, por la sencilla razón que la experiencia demuestra que son recurrentes los casos en los que estos imputados se sustraen a la acción de la justicia durante años, apoyados en la organización que los arropa.

Undécimo.- Que lo consignado en ningún caso niega como objetivo de legitimidad constitucional el carácter excepcional –que trae como consecuencia que rija el principio *favor libertatis* o del *in dubio pro libertate*–, lo que significa que la interpretación de las normas en cuestión deben hacerse con carácter i) restrictivo y, además, a favor del derecho fundamental a la libertad que tales normas restringen, ii) subsidiario, iii) necesario y iv) proporcionado en orden a sus fines constitucionalmente legítimos de la prisión preventiva, ni colisiona con la postura garantista del proceso penal; ni mucho menos, con la garantía genérica de presunción de inocencia.

El criterio es sólido: la prisión preventiva "protege" el proceso, su normal desarrollo y resultado; y existe una máxima de la experiencia que también es contundente: las organizaciones delictivas, con frecuencia, suelen perturbar la actividad procesal propiciando la fuga y la obstaculización probatoria. Desde luego, es necesario examinar caso por caso, pero es imperativo, asimismo, reconocer que existen casos evidentes en los que la existencia de un domicilio (por citar un ejemplo) no enerva en ningún caso la potencialidad manifiesta del riesgo procesal que representa la pertenencia a una organización delictiva o a una banda.

Duodécimo.- Que el Código Procesal Penal representa un modelo procesal acusatorio que asume, en su esencia, el programa procesal penal de la Constitución. Ello supone el respeto de los principios esenciales de un proceso penal propios de un Estado Constitucional –contradicción, igualdad, acusatorio, oralidad, inmediación, publicidad, etcétera– y el desarrollo equilibrado de las garantías genéricas del debido proceso, tutela jurisdiccional, defensa procesal y presunción de inocencia, así como de las demás garantías específicas del individuo. Pero también exige proteger los derechos e intereses legítimos de la víctima, y asegurar el desarrollo y resultado de un proceso que pretende resoluciones rápidas y justas para todos, afirmando de este modo la seguridad

ciudadana como uno de los deberes primordiales del Estado (art. 44 de la Constitución Política).

Por estos fundamentos, el Presidente del Poder Judicial, conforme a las atribuciones que le conceden los artículos 73 y 76 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, modificado por la Ley Nº 27465.

SE RESUELVE:

Artículo Primero.- Instar a los jueces penales asumir las pautas metodológicas y criterios jurídicos fijados en la presente resolución-circular.

Artículo Segundo.- Recordar el cumplimiento de la exigencia de motivación, de su razonable y ponderado cumplimiento que respete el contenido constitucionalmente garantizado del derecho fundamental a la libertad (los dos presupuestos materiales analizados), sin que ello signifique, pese a tratarse de un deber reforzado de motivación judicial, exigencias imposibles de cumplir ni un excesivo régimen de razonamiento.

Artículo Tercero.- Transcribir la presente resolución-circular a las Salas Penales de la Corte Suprema de Justicia de la República, las Cortes Superiores de Justicia del Perú, la Sala Penal Nacional, la Fiscalía de la Nación, y del Centro de Investigaciones Judiciales.

BIBLIOGRAFÍA

Bibliografía

- ABANTO VÁSQUEZ, Manuel A. *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal Peruano*. Palestra Editores, Lima, 2001.
- ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, José Antonio. *Curso de Derecho de las Obligaciones*. Vol. I, Civitas, Madrid, 2000.
- AROCENA, Gustavo. *El agente encubierto (Consideraciones político-criminales) Tema de Derecho Procesal Penal*. (Contemporáneo). Mediterránea, Buenos Aires, 2001.
- ASENCIO MELLADO, José María. *Derecho Procesal Penal*. Tirant lo Blanch, España, 2001.
- ASENCIO MELLADO, José María. "La Intervención de las Comunicaciones y la Prueba Ilícita". En: *Gaceta Penal & Procesal Penal.* Tomo 23, mayo de 2011.
- ALSINA Hugo. *Las Nulidades en el proceso civil*. Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1958.
- ALVA ARÉVALO, Amelia Isabel. "La desaparición forzada en el Perú". En: *Revista Jus Doctrina & Práctica*. N° 3, Grijley, Lima, marzo de 2009.
- ALVA MONGE, Pedro José. *Gaceta Penal & Procesal Penal*. Tomo 36, Gaceta Jurídica, Lima, junio de 2012.
- ALVITES ALVITES, Elena Cecilia. "Apuntes constitucionales sobre la competencia de los tribunales militares". En: *La Reforma del Derecho Penal Militar*. Editado por la PUCP y Universidad de Friburgo, Lima, 2002.
- ALZAMORA VALDEZ, Mario. *Introducción a la Ciencia del Derecho*. 10ª edición, Eddili, Lima, 1987.
- BACIGALUPO, Enrique. *Principios de Derecho Penal. Parte General*. 4ª edición, Madrid, 1997.

- BACIGALUPO, Enrique. *Derecho Penal. Parte General*. Ed. Hammurabi, 2ª edición totalmente renovada y ampliada, 1ª reimpresión, Buenos Aires, 2007.
- BACIGALUPO, Silvina. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Bosch, Barcelona, 1998.
- BADEN, Gregorio. *Tratado de Derecho Constitucional*. Tomo 2 edición, Buenos Aires, 2004.
- BAYTELMAN, Andrés y DUCE, Mauricio. *Litigación Penal. Juicio Oral y Prueba*. Universidad Diego Portales, Chile, 2004.
- BAUMANN, Jürgen. *Derecho Procesal Penal. Conceptos fundamentales y principios procesales. Introducción sobre la base de casos*. Traducido por Conrado A Finzi, Depalma, Buenos Aires, 1986.
- BECCARIA, Cesare. *Tratado de los delitos y de las penas*. Editorial Heliasta, Buenos Aires, 1993.
- BECERRA RAMÍREZ, Manuel. *Derecho Internacional Público*. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1997.
- BENAVENTE CHORRES, Hesbert. "La incautación de bienes en el proceso penal". En: *Gaceta Procesal Penal*. Tomo 18, diciembre de 2010, Lima, 2010.
- BENTHAM, Jeremías. *Tratado de las Pruebas Judiciales, elaborado de sus manuscritos por Esteban Dumont*. Traducido por José Gómez de Castro, Imprenta de don Gómez Jordán, Libro II, Madrid, 1835.
- BERTOLINO, Pedro J. "El derecho a la 'última palabra' en el juicio penal oral". En: *El derecho al proceso judicial*. Temis, Bogotá, 2003.
- BINDER, Alberto. *La fase intermedia. Control de la investigación*. Selección de lecturas. Instituto de Ciencia Procesal Penal. Lima, 2008.
- BINDER, Alberto. *Introducción al Derecho Procesal Penal*. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1993.
- BOVINO, Alberto. *Problemas del Derecho Procesal contemporáneo*. Editores del Puerto, Buenos Aires, 1998.

- BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto y GARCÍA CANTIZANO, María Del Carmen. *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*. Editora San Marcos, Lima, 1997.
- BROWN, Guillermo. *Límites a la valoración de la prueba en el proceso penal*. Nova Tesis, Buenos Aires, 2002.
- BURGOS MARIÑOS, Víctor. "Principios rectores del Nuevo Código Procesal Penal". En: *El nuevo proceso penal. Estudios fundamentales*. Cubas Villanueva, Víctor y otros. Editorial Palestra, Lima, 2005.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan y HORMAZABAL MALAREE, Hernán. *Lecciones de Derecho Penal*. Volumen II, Editorial Trotta, Madrid, 1999.
- CÁCERES, Robert e IPARAGUIRRE, Ronald. *Código Procesal Penal Comentado*. Jurista Editores, Lima, 2006.
- CÁCERES JULCA, Roberto. "Las Nulidades en el Nuevo Código Procesal Penal". En: *Gaceta Penal y Procesal Penal*. Tomo 20, Lima, 2011.
- CAFFERATA NORES, José. *La Prueba en el Proceso Penal*. 4ª edición, Depalma, Buenos Aires. 1998.
- CAFFERATA NORES, José. *Proceso Penal y Derechos Humanos. La influencia normativa supranacional sobre derechos humanos de nivel constitucional en el proceso penal argentino*. Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000.
- CAFFERATA NORES, José I. *El "arrepentido", según la Ley 25.241 Tema de Derecho Procesal Penal*. (Contemporáneo) Mediterránea. Buenos Aires, 2001.
- CALDERÓN, A. CHOCLAN, J.A. *Derecho Penal. Parte especial*. Tomo II, Bosch, Barcelona, 1999.
- CALDERÓN CEREZO, A y CHOCLAN MONTALVO. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo II, Bosch, 2ª edición, Barcelona, 2001.
- CARNELUTTI, Francesco. *Cuestiones sobre el proceso penal*. Traducción de Santiago Sentís Melendo. El Foro, Buenos Aires, 1994.
- CASTILLO ALVA, José Luis. *Precedentes Vinculantes, Sentencias Plenarias y Acuerdos Plenarios en materia penal de la Corte Suprema de Justicia. Los Precedentes Vinculantes*. Apecc, Lima, 2009.

- CHINCHAY CASTILLO, Alcides. *El ne bis in idem vacío (comentarios al R.N. N° 2090-2005-Lambayeque)*. Pleno Casatorio Civil. Editorial APECC, Lima, 2009.
- CHIOVENDA, José. *Principios de Derecho Procesal Civil*. Traducción de José Casasis Santalo. Tomo I, 3ª edición, Reus, Madrid, 1925.
- CLARIÁ OLMEDO, Jorge. *Derecho Procesal Penal*. Tomo II, Rubinzal Culzoni, Argentina, 1996.
- CORIA MONTER, Paulo Roberto. "Introducción a la Criminalística de Campo y de Laboratorio". Ciencia Forense.cl. Revista On-Line de Criminalística <http://www.cienciaforense.cl/cs.i 2008>.
- COUTURE, Eduardo. *Fundamentos del Derecho Procesal civil*. Depalma, 3ª edición, Buenos Aires, 1958.
- CREUS, Carlos. *Derecho Penal. Parte especial.* Tomo I. 6ª edición, Astrea, Buenos Aires, 1998.
- DE LA CUESTA, José Luis. "Genética y Política Criminal". En: *International Review of Penal Law* (vol. 78), España, p, 548 en: <www.ehu.es/p200-content/fr/contenidos/.../GeneticaRIDP.pdf>.
- DUCE, Mauricio. *El Ministerio Público en la Reforma Procesal Penal de América Latina: Visión general acerca del estado de los cambios*. Instituto de Ciencia Procesal Penal. Lima, 2009.
- GALVES RIVAS, Aníbal. *Contradicciones en el discurso de la justicia comunitaria en el Perú*. Ponencias de investigadores del Instituto de Defensa Legal presentadas al VII Congreso Internacional de la Red Latinoamericana de Antropología Jurídica - (RELAJU), agosto de 2010.
- GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen. "Los delitos contra la Humanidad". En: *Actualidad Jurídica*. Tomo 80, Gaceta Jurídica, Lima, julio de 2000.
- GARCÍA RADA, Domingo. *Manual de Derecho Procesal Penal*. 3ª edición, Imprenta Carrera, Lima, 1973.
- GARRIDO MONTT, Mario. *Derecho Penal. Parte general*. Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2001.

- GÓMEZ COLOMER, Juan Luis. *Derecho Jurisdiccional*. Tomo III, 10ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.
- GÓMEZ-ROBLEDO VERDUZCO, Alonso. *Derecho Internacional Público. Temas selectos*. UNAM, 5ª edición, México, 2008.
- GUZMÁN, Nicolás. "La objetividad del Fiscal o el espíritu de autocrítica. Con la mirada puesta en una futura reforma". En: *Gaceta Penal*. N° 20, Gaceta Jurídica, Lima, febrero de 2011.
- ECHARRI CASI, Fermín Javier. *Sanciones a personas jurídicas en el proceso penal. Las consecuencias accesorias*. Aranzadi, Navarra, España, 2003.
- ESPINOZA GOYENA, Julio César. *Nueva Jurisprudencia. Nuevo Código Procesal Penal*. Reforma, Lima, 2009.
- ESSER, Albin. BURKHARDT, Bjorn. *Derecho Penal. Cuestiones fundamentales de la teoría del delito sobre la base de casos de sentencias*. Traducido por Silvina Bacigalupo. Editorial Colex, Madrid, 1995.
- EZAINE CHÁVEZ, Amado. *Diccionario de Derecho Penal*. 3 Tomos, Editorial AFA, Perú, 1999.
- FAIRÉN GUILLÉN, Víctor. *Teoría General del Derecho Procesal*. UNAM, México, 1992, p. 481.
- FALCÓN, Enrique M. *Tratado de la Prueba*. Tomo II, Astrea, Buenos Aires, 2003.
- FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. 6ª edición, Editorial Trotta, Madrid, 2004.
- FERRATER MORA, José. *Diccionario de Filosofía*. Tomo I, 5ª edición, Edit. Sudamericana, Buenos Aires, 1964.
- FIERRO-MÉNDEZ HELIODORO. *Sistema Procesal Penal de EE.UU*. Editorial Ibáñez, Colombia, 2006.
- FONTANET MALDONADO, Julio E. *Principios y Técnicas de la práctica forense.* 2ª edición, Editores Jurídicas, Puerto Rico, 2002.
- FRANCO VALDIVIA, Rocío y GONZALES LUNA, María Alejandra. *Las mujeres en la justicia comunitaria: víctimas, sujetos y actores*. IDL, Lima, 2009.

- FRISANCHO APARICIO, Manuel y PEÑA CABRERA, Raúl. *Los delitos contra la Administración Pública*. Editora Fecal, Lima, 2002.
- FRISANCHO APARICIO, Manuel. *Delitos contra la Administración de Justicia*. Jurista Editores, Lima, 2000.
- GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen. "Los delitos contra la Humanidad". En: *Actualidad Jurídica*. Tomo 80, Gaceta Jurídica, Lima, julio de 2000.
- GARCÍA CAVERO, Percy. *Las medidas aplicables a las personas jurídicas en el proceso penal peruano*. En: <www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080521_81.pdf>.
- GARCÍA CAVERO, Percy. "La nulidad procesal de las disposiciones fiscales en el proceso penal". En: *Gaceta penal y Procesal penal.* Vol. 15, setiembre de 2010.
- GARRIDO MONTT, Mario. *Derecho Penal. Parte general*. Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2001.
- GIMENO SENDRA, Vicente. *Lecciones de Derecho Procesal Penal*. Colex, Madrid, 2001.
- GIMENO SENDRA, Vicente. "Aseguramiento y valoración de la prueba preconstituida de la policía judicial". En: *Gaceta penal y Procesal Penal.* N° 19, febrero de 2011.
- GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis. *La revisión en el proceso penal español*. En: <perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/.../a_20080521_88.pdf>.
- GÓMEZ-ROBLEDO VERDUZCO, Alonso. *Derecho Internacional Público. Temas selectos*. UNAM, 5ª edición, México, 2008.
- GUZMÁN DALBORA, José Luis. *Crímenes internacionales y prescripción. Temas actuales de Derecho Penal Internacional*. Konrad Adenauer, Uruguay, 2005.
- GUZMÁN FERRER, Fernando. *Código de Procedimientos Penales*. Editorial Científica, 8ª edición, Lima, 1982.
- HASSEMER, Winfried y MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la criminología y al Derecho Penal*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1989.

- HERMOZA OROZCO, Plinio Hugo. *La cadena de custodia*. En: <http://reformaprocesal.blogspot.com /2007/12/la-cadena-de-custodia-en-el-nuevo.html>.
- HURTADO POZO, José. *Manual de Derecho Penal*. 2ª edición, Lima, 1987.
- IBERICO CASTAÑEDA, Fernando. *Código Procesal Penal. Manuales Operativos*. Editado por AMAG, Lima, 2007.
- JAÉN VALLEJO, Manuel. *La prueba en el proceso penal*. Ad - Hoc, Buenos Aires, 2000.
- JAKOBS, Günther. *Derecho Penal. Parte General*. Traducción por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano Gonzáles de Murillo. Editado por Marcial Pons, Madrid, 1997.
- JESCHEK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. Traducción al español por S. Mig. Puig y F. Muñoz Conde. Editorial Bosch, Volumen I, Barcelona, 1978.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Principios de Derecho Penal. La ley y el delito*. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1997.
- AMBOS, Kai. *La construcción de una parte general del Derecho Penal internacional. Temas actuales de Derecho Penal internacional*. Konrad Adenauer, Uruguay, 2005.
- KINDHAÜSER, Urs. *Infracción de deber y autoría - una crítica a la teoría del dominio del hecho*. En: <http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20090918_01.pdf>.
- LAFFITE, Fernando E. *Esbozo para una teoría del delito*. Lerner Editores, Buenos Aires, 1989.
- LEÓN PASTOR, Ricardo. *Manual de redacción de resoluciones judiciales*. Editado por Amag, Lima, 2008.
- LEVAGGI TAPIA, Renato. *¿Cuál es el problema?* Situación de los casos de miembros de Comunidades Campesinas, Nativas y Rondas Campesinas denunciados ante Ministerio Público por ejercicio de su función jurisdiccional. La Facultad Jurisdiccional de las Rondas Campesinas. Comentarios al Acuerdo Plenario de la Corte Suprema que reconoce facultades jurisdiccionales a las Rondas Campesinas. IDL. Lima, 2010.

- LEVENE, Ricardo. *Manual de Derecho Procesal Penal*. Tomo II, 2ª edición, Depalma, Buenos Aires, 1993.
- LLEDO VÁSQUEZ, Rodrigo. *Derecho internacional penal*. Pedro Benhur Sánchez. Santiago de Chile, 2000.
- MAIER, Julio. *Derecho Procesal Penal*. Tomo I, Edit. Del Puerto, Argentina, 1999.
- MEDELLÍN URQUIAGA, Ximena, ARJONA ESTÉVEZ, Juan Carlos y GUEVARA B, José A. *Manual básico sobre la Corte Penal Internacional*. Fundación Konrad Adenauer, México, 2009.
- MENESES PACHECO, Claudio. "Fuentes de Prueba y Medios de Prueba en el Proceso Civil". En: *Just et Praxis*. Vol. 14, N° 2, Universidad de Talca, Chile, 2008.
- MENDOZA ALCA, Javier. *La cuestión previa. Comentarios a los precedentes vinculantes en materia penal de la Corte Suprema*. Grijley, Lima, 2008.
- MONCAYO VINUESSA GUTIÉRREZ POSSE. *Derecho Internacional Público*. 3ª reimpresión, Zavala, Buenos aires, 1990.
- MONROY PALACIOS, Juan José. "Admisibilidad, procedencia y fundabilidad en el ordenamiento procesal civil peruano". En: *Revista Oficial del poder Judicial*. Lima, 2007.
- MONTERO AROCA, Juan. *Derecho Jurisdiccional II Proceso Civil*. 10ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.
- MORAS MON, Jorge. *Manual de Derecho Procesal Penal*. 6ª edición Abeledo y Perrot, Buenos Aires, 2004.
- MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARANA, Mercedes. *Derecho Penal. Parte General*. Valencia, 2000.
- NAUCKE, Wolfgang. *Derecho Penal*. Traducción de Leonardo Germán Brond. Astrea, Buenos Aires, 2006.
- NEYRA FLORES. *Manual del Nuevo Proceso Penal*. Idemsa, Lima, 2010.
- NEYRA FLORES, José. "Mínima actividad probatoria y presunción de inocencia". En: *Gaceta Penal y Procesal Penal.* Tomo 15, setiembre de 2010, Lima, 2010.

- NÚÑEZ PÉREZ, Fernando Vicente. *La responsabilidad penal y disciplinaria de los funcionarios o servidores públicos: ¿Excepción a la aplicación del non bis idem por más completa por más que exista la presencia de la triple identidad?* Los Precedentes Vinculantes. Sentencias y Acuerdos Plenarios en Materia penal. Casatorias Penales en aplicación del nuevo CPP. Pleno Casatorio Civil. Editorial APECC, Lima, 2009.
- NÚÑEZ, Ricardo C. *La acción civil en proceso penal*. 2ª edición, Editorial Córdoba, Argentina, 1981.
- NÚÑEZ, Ricardo C. *Manual de Derecho Penal*. 4ª edición, Edit. Córdoba, Córdoba, 1999.
- ODIO BENITO, Isabel. *Jueza del Tribunal Penal Internacional de las Naciones Unidas para la ex Yugoslavia*. En: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/iidh/cont/24/dtr/dtr5.pdf> 2012.
- OSSORIO Y FLORITT, Manuel. *Acumulación de Penas*. Enciclopedia Omeba. Tomo I, Editado por Driskill, Argentina, 1996.
- OSTERLING PARODI, Felipe. *Las Obligaciones*. Fondo Editorial, Lima, 1998.
- PALACIO, Lino Enrique. *La prueba en el proceso penal*. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000.
- PALACIO, Lino Enrique. *Manual de Derecho Procesal Civil*. 17ª edición, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2003.
- PANTA CUEVA, David Fernando. "La prescripción en el acuerdo Plenario N° 01-2010/CS-116. Análisis, críticas y perspectivas de solución". En: *Gaceta Penal*. N° 20, Gaceta Jurídica, Lima, febrero de 2011.
- PANTOJA DOMÍNGUEZ, Lizardo. "El principio de oralidad en el Nuevo Código Procesal Penal". En: *Gaceta Penal y Procesal Penal*. Tomo 20, Gaceta Jurídica, Lima, febrero de 2011.
- PASTOR, Daniel R. *El plazo razonable en el proceso del Estado de Derecho*. Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 2002.
- PEÑA AYAZO, Jairo Iván. *Prueba judicial análisis y valoración.* Consejo Superior de la Judicatura. Bogotá, 2008.

- PEÑA CABRERA, Raúl. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. Editorial Grijley, Lima, 1999.
- PEÑA GUILLÉN, Catalina. *Manipulación genética "sensu lato" y Derecho Penal. Reflexiones sobre algunos presupuestos dogmáticos*. Tesis doctoral Universitat de Barcelona, <www.tesisenred.net> 2009.
- PEÑARANDA, Quintero y QUINTERO DE PEÑARANDA, Olga. *Nómadas*. Revista Crítica de Ciencias Sociales y Jurídicas. N° 27, Universidad de Zulia en Venezuela, 2010.
- PRADEL, Jean. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el derecho francés: algunas cuestiones*. En: <http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080526_61.pdf>.
- PRADO SALDARRIAGA, Víctor. "Sobre la Jurisprudencia Penal en el Perú". En: *Legal Express*. N° 18 editado por Gaceta Jurídica, junio de 2002.
- PRADO SALDARRIAGA, Víctor. *Criminalidad organizada*. Idemsa Perú, Lima, 2006.
- PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto. *La entrega vigilada: origenes y desarrollos*. En: <http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080526_66.pdf>.
- QUIÑÓNEZ VARGAS, Héctor. *Las técnicas de litigación oral en el proceso penal salvadoreño*. Consejo Nacional de la Judicatura. El Salvador, 2003.
- RAMOS PÉREZ, Carlos. *Control de identidad. Bases para una aplicación diferenciada del artículo 85 del CPC Chile*. En: <www.cejamericas.org/congreso10a_rpp/CRAMOS_Controldidentidad_basesparaunaaplicacion.pdf>.
- REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. "El delito de terrorismo en la jurisprudencia penal vinculante". En: *Libro Comentario a los precedentes vinculantes en materia penal de la Corte Suprema*. Grijley, Lima, 2008.
- REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. *Aspectos Fundamentales del delito de asociación ilícita para delinquir y su relación con el principio de la cosa juzgada*. Comentarios a los precedentes vinculantes en materia penal de la Corte Suprema. Grijley, Lima, 2008.

- ROCCO, Alfredo. *La sentencia civil. La Interpretación de las leyes procesales*. Tribunal Superior de justicia del Distrito Federal, México, 2002.
- RODRÍGUEZ HURTADO, Mario. *La constitucionalización del proceso penal. Principios y modelo del Nuevo Código Procesal Penal*. Selección de lecturas del Instituto de Ciencia Procesal Penal. Lima, 2009.
- ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos contra el patrimonio*. Grijley, Lima, 2000.
- ROSAS CASTAÑEDA, Juan Antonio. *Algunas consideraciones sobre la teoría de la prueba indiciaria en el proceso penal y los derechos del imputado*. Ver: <http://www.porticolegal.com/pa_articulo.php?ref=285#_ftn1>.
- ROXIN, Claus. *Derecho Procesal Penal*. Traducción de la 25ª edición alemana por Gabriela E. Córdoba y Daniel R. Pastor. Revisada por Julio B.J. Maier. Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000.
- ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General*. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Traducción de la 2ª edición alemana por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Editorial Civitas, 1997.
- ROY FREYRE, Luis Eduardo. *Causas de extinción de la acción penal y la pena*. 2ª edición, Grijley, Lima, 1988.
- SADA CONTRERAS, Carlos Enrique. *Apuntes elementales de Derecho Procesal Civil*. Universidad Autónoma de Nuevo León, México, 2000.
- SALAS ARENAS, Jorge Luis. En: *Revista Gaceta Procesal Penal*. Tomo 27, Gaceta Jurídica, Lima, octubre de 2011.
- SALAZAR, Alonso. "El prevaricato en el derecho penal costarricense". En: *Revista de Ciencias Jurídicas*. N° 117, setiembre - diciembre de 2008. Edición digital extraída de: <http://www.latindex.ucr.ac.cr/ciencias-juridicas-117/ciencias-juridicas-117-05.pdf> 2012.
- SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Isabel. "El coimputado que colabora con la justicia penal". En: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-05.pdf>.
- SÁNCHEZ VELARDE, Pablo. *El nuevo proceso penal*. Idemsa, Lima, 2009.
- SAN MARTÍN CASTRO, César. *Delitos sexuales en agravio de menores (aspectos materiales y procesales) en delitos contra la libertad sexual y*

delitos contra la familia. Poder Judicial de Perú y Banco Mundial - Proyecto de Mejoramiento de Justicia. Perú, 2007.

- SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho Procesal Penal.* Tomo II, Editorial Grijley, Lima, 2001.
- SOLER, Sebastián. *Derecho Penal argentino*. Tomo I, 10ª Reimpresión. Tipográfica Editora, Buenos Aires, 1992.
- SCHIAPPA PIETRA, Luis A. *Prisión Preventiva y Reforma Procesal Penal en América Latina: Evaluación y Perspectivas* (volumen 2). Santiago de Chile.
- TARUFFO, Michelle. *La Prueba*. Marcial Pons, Madrid, 2008.
- TORRES, Sergio. *Nulidades en el Proceso Penal*. II edición. Edit. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1993.
- VALLE RIESTRA, Javier. *Tratado de la Extradición*. Tomo I, Editorial. Afa, Lima, 2004.
- VALLE RIESTRA, Javier. "Irretroactividad nociva de normas procesales, penales y penitenciarias y la claudicación del Tribunal constitucional". En: *Actualidad Jurídica*. Tomo 123, Gaceta Jurídica, Lima, febrero de 2004.
- VÁSCONES VEGA, Ricardo. "Las Medidas Coercitivas en el Proceso Penal Peruano y la Nueva Constitución". En: *La Nueva Constitución y el Derecho Penal*. José Hurtado Pozo, Perú, <http://enj.org/portal/biblioteca/penal/medidas_cautelares_proceso_penal/10.pdf>.
- VÁSQUEZ ROSSI, Jorge Eduardo. *Derecho Procesal Penal*. Tomo II, Rubinzal Culzoni Buenos Aires, 1997.
- VELÁSQUEZ DELGADO, Percy. "El surgimiento del estatus de imputado. A propósito de unos reconocimientos en rueda fotográfica". En: *Gaceta Penal y Procesal Penal*. Tomo 22, Gaceta Jurídica, Lima, abril de 2011.
- VERVAELE, John A. E. *La responsabilidad penal de y en seno de la persona jurídica en Holanda. Nuevas tendencias en el Derecho Penal y económico de la empresa*. Ara editores, Lima, 2005.
- VILLA STEIN, Javier. *Derecho Penal. Parte General*. 3ª edición, Editorial Grijley, Lima, 2008.

- VOLTAIRE. En: *Comentarios al libro Tratado de los delitos y de las penas* de Cesare Beccaria. Editorial Helaste, Buenos Aires, 1993.
- VON BELING, Ernst. *Esquema de Derecho Penal*. Traducción Sebastián Soler. Librería el Foro, Buenos Aires, 2002.
- YAIPÉN ZAPATA, Víctor. "La incautación como medida cautelar en el nuevo proceso penal". En: *Gaceta Penal y Procesal Penal*. N° 19, Lima, enero de 2011.
- YOMONA YOMONA, Edwin. "El rol del perito en el Código Procesal Penal del 2004". En: *Gaceta Jurídica.* N° 12, Lima, junio, 2010.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Derecho Penal. Parte General*. Volumen I. Editado EDIAR, Buenos Aires, 2000.
- ZARAGOZA AGUADO, Javier Alberto. "Aspectos probatorios y técnicas de investigación en los procesos por lavado de dinero. Medidas preventivas y cautelares. Recomendaciones internacionales". En: *Tipologías y Lógica del Lavado de Dinero*. Madrid, 2006.
- ZUGALDIA ESPINAR, José Miguel. *La admisión de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Nuevas tendencias en el Derecho Penal y económico de la empresa*. Ara editores, Lima, 2005.
- ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. "La responsabilidad civil de la persona jurídica por el delito (a propósito de la sentencia del caso Crousillat)". En: <http://www.unifr.ch/ddp1/ derechopenal/ articulos/a_20080527_49.pdf>.

Otras fuentes:

- Comisión colombiana de juristas. Retroactividad penal de crímenes internacionales. Editado por la Comisión Bogotá, 2012.
- Jurisprudencia Sistematizada de la Corte Suprema Perú. Editado por Comisión Europea, Jusper, Poder Judicial, 2008, edición digital.
- Jurisprudencia Nacional CPP. Comisión Especial de la Reforma Procesal Penal. Lima, 2012.
- Informe Anual de la Implementación del Nuevo Código Procesal Penal en el Distrito Judicial de Huaura. Secretaría Técnica de la Comisión Especial de Implementación del Código Procesal Penal. Lima, 2008.

ÍNDICE GENERAL

Índice general

PARTE XI
EL SISTEMA DE RECURSOS IMPUGNATORIOS

Capítulo I
La impugnación

I.	Naturaleza	7
II.	Clases de errores o vicios	8
III.	Naturaleza jurídica	9
IV.	Admisibilidad	9
	1. Legitimidad activa	10
V.	Gravamen	10
VI.	La adhesión	12
VII.	Legitimados para impugnar	14
VIII.	Fundamentación del agravio	15
IX.	Desistimiento	17
X.	Capacidad procesal	17
XI.	Extensión del recurso	18
XII.	Competencia del tribunal revisor	18
XIII.	La reforma en peor	19
XIV.	Impugnación diferida	25
	1. Supuestos de impugnación diferida	25
	2. La ejecución de sentencia impugnada en la jurisprudencia vinculante	26

Capítulo II
Los recursos en el NCPP

I. Generalidades 31
1. Plazos 31
II. El recurso de reposición 34
III. El recurso de apelación 35
1. Órgano competente 36
2. Efectos del recurso de apelación 36
3. Facultades de la Sala Penal Superior 38
4. Sentencia absolutoria por condenatoria 39
5. Sistema de votación 52
6. Jurisprudencia de Salas Superiores que se pronunciaron en apelación 53
IV. La apelación de autos 56
1. Trámite 56
2. Audiencia 56
V. La apelación de sentencias 57
1. La prueba en el recurso de apelación 57
2. Convocatoria a la audiencia de apelación 61
3. Desarrollo de la audiencia 63
4. La sentencia de segunda instancia 65
5. Aclaración de sentencia 67
6. Nulidad del juicio 69
VI. El recurso de casación 70
1. Juicio rescindente y juicio rescisorio 71
2. Procedencia del recurso de casación 71
3. Requisitos 72
4. Admisión del recurso de casación en la jurisprudencia 73
5. Casación por errónea interpretación de la ley penal material 74
6. Formalidades del recurso de casación 75
7. Admisibilidad de la casación 76
8. Causales para interponer recurso de casación 77
9. Interposición y admisión 86

10. Concesión del recurso 87
11. Auto concesorio de apelación 87
12. Audiencia 88
13. Competencia 89
14. Sentencia casatoria. Contenido 90
15. Efectos de la anulación 15
16. Efectos de la casación sobre medidas cautelares 91
VII. Improcedencia de recursos contra sentencia casatoria y de sentencia dictada en juicio de reenvío 91
1. Antecedentes 91
2. Cuestionamiento de la sentencia casatoria 93
VIII. El recurso de queja 93
1. El trámite del recurso de queja 94
IX. La acción de revisión 95
1. Recurso de revisión 95
2. Regulación en el Código de Procedimientos Penales de 1940 96
3. Trámite 97
4. Legitimidad para demandar 100
5. Contenido de la demanda 101
6. Efectos de la demanda 102
7. Sentencia de revisión 103
8. Jurisprudencia constitucional y la revisión de sentencias 104
9. Antecedentes 105

PARTE XII
LA EJECUCIÓN DE LA SENTENCIA

Capítulo I
El curso de la decisión sobre el fondo

I. Cuestiones generales 109
1. Fundamento 110
2. Competencia 111

II. Cómputo de la pena privativa de libertad 111
1. Cómputo de la prisión preventiva y la pena 111
2. Cómputo de pena en arresto domiciliario 112
III. Juez competente en ejecución. Facultades 119
IV. Refundición de penas 120
1. Para hechos delictuosos anteriores a la Ley N° 28730 120
2. Vigencia de la refundición para hechos posteriores a la Ley N° 28730 124
3. Jurisprudencia sobre determinación de la pena en concurso real 126
4. Concurso real retrospectivo 127

Capítulo II
Ejecución de la inhabilitación

I. La inhabilitación. Cuestiones generales 129
II. La inhabilitación en el Código Penal 130
III. Acuerdos Plenarios de la Corte Suprema e inhabilitación 132
1. Acuerdo Plenario N° 2-2008/CJ-116. Ejecución de la pena de inhabilitación en el Código de Procedimientos Penales de 1940 132
2. Acuerdo Plenario N° 10-2009. Ejecución de la inhabilitación en el NCPP 133
3. Acuerdo Plenario N° 10-2009. Ejecución de la inhabilitación según el Código de Procedimientos Penales de 1940. 135
IV. Ejecución de la medida de seguridad 137
V. La ejecución civil 139
1. Tratamiento de la jurisprudencia vinculante de la ejecución de sentencia según el Código de Procedimientos Penales de 1940 139
2. Incautación y comiso 141
VI. Sentencia y falsedad instrumental 142
1. Consecuencia cuando se ha extraído un documento de archivo 143
2. Documento en protocolo notarial 143
VII. Tercerías en ejecución 144

Capítulo III
Las costas

I. Concepto 145
1. Clasificación 145
2. Composición de las costas 146
3. Entidades y sujetos procesales exentos de costas 148
4. Fijación de costas al imputado 149
II. Costas en absolución 150
III. Las costas en acción privada 151
IV. Costas en incidentes de ejecución y recursos 152
1. Costas en incidentes de ejecución 152
2. Liquidación de costas 153
V. Oportunidad de pago 153
VI. Anticipo de gastos 153

PARTE XIII
LA COOPERACIÓN JUDICIAL EN EL NUEVO PROCESO PENAL. EXTRADICIÓN Y ACTOS DE ASISTENCIA

Capítulo I
Autoridad central y actos de la cooperación judicial

I. Generalidades 157
II. La Fiscalía de la Nación como autoridad central 158
III. Actos de la cooperación internacional 159

Capítulo II
La extradición

I. Definición 161
II. La extradición en la jurisprudencia 163
III. Fuentes de la extradición 164

IV. Procedencia 164
1. Requisitos de admisibilidad de la petición de extradición.. 166
V. Determinación de la competencia 167
1. Reglas 167
2. Autoridades intervinientes 167

Capítulo III
La extradición activa

I. Alcances 169
II. Procedimiento 170
III. Plazo de la extradición en la jurisprudencia constitucional 172
IV. Límites del juzgamiento del extraditado 173
1. Jurisprudencia constitucional. Caso Ernesto Schütz Landázuri, prescripción y extradición 173
2. Examen de los argumentos del voto en minoría 176
3. Extradición y cosa juzgada en la jurisprudencia constitucional 177
4. Ampliación de extradición activa en la jurisprudencia suprema 178
V. Arresto provisorio en extradición activa 180

Capítulo IV
La extradición pasiva

I. Característica 181
II. Rechazo de la extradición pasiva 181
III. Requisitos de la demanda de extradición pasiva 183
IV. Concurso de extradiciones pasivas 185
V. La extradición concedida por el Estado peruano 186
1. Fuga del extraditado hacia Perú 187
VI. La extradición pasiva en la jurisprudencia constitucional 187
1. Caso de ciudadano por delito de pena de muerte. La STC Exp. N° 02278-2010-PHC/TC 187

2. Pronunciamientos en la jurisdicción constitucional y las razones 188
3. Examen 189
4. Extraditable con procesos simultáneos y presunta afectación al debido proceso 192
5. Plazo de entrega del extraditable 192

VII. Extraditar o juzgar. Principio *aut dedere, aut iudicare* 194

VIII. Bienes vinculados al delito materia de extradición 195

IX. Procedimiento en extradición pasiva 195
1. Audiencia informativa del extraditable 195
2. Audiencia de control de la extradición 196
3. Trámite en la Corte Suprema 197
4. Extradición simplificada. Consentimiento del extraditable 197
5. Extradición pasiva autorizada 198

X. Jurisprudencia suprema en extradición pasiva 199
1. Doble incriminación 199
2. Improcedencia por prescripción de acción penal 200
3. Necesidad de informe de Interpol sobre ubicación de extraditable 201
4. Extradición aplazada 201
5. Declaración de contumacia 202
6. Caso Morales Bermúdez 202

Capítulo V
Medida cautelar y arresto provisorio

I. Concepto 205

II. Procedimiento 205
1. Formalidad de la solicitud 205
2. Trámite del arresto provisorio 206
3. Arresto de persona en tránsito al país requerido 206
4. Ejecución de la medida cautelar de arresto provisorio 207
5. Jurisprudencia constitucional respecto del arresto provisorio 208

III. Extradición de tránsito 209

Capítulo VI
La asistencia judicial internacional

I. Generalidades 211
II. Carta rogatoria de autoridades extranjeras al Perú 212
1. Requisitos y trámite de la carta rogatoria 213
2. Medios probatorios 213
3. Trámite de las solicitudes 214
III. La asistencia judicial y detenido 215
IV. Prohibiciones 216
V. Intervención de fiscales o jueces extranjeros en diligencias en el Perú 216
VI. Cartas rogatorias del Perú a autoridades extranjeras 217
1. Solicitud a las autoridades extranjeras para el traslado del detenido o condenado 217
VII. Las diligencias en el exterior por jueces o fiscales peruanos 218

Capítulo VII
El cumplimiento de condenas

I. Alcances 219
II. Las penas y las medidas privativas de libertad efectivas 220
1. Jurisdicción del Perú sobre la condena impuesta 220
2. Condiciones para el traslado y el cumplimiento de condenas 221
III. Trámite para disponer el traslado de extranjero condenado en el Perú 222
1. Solicitud de Estado extranjero al Perú 222
2. Solicitud de Perú para el traslado del extranjero a su país de origen 224
IV. Circular de la Presidencia del Poder Judicial sobre los traslados 224
V. Penas diferentes a la pena privativa de libertad y medidas de seguridad 226
1. Si se trata de condenado extranjero 227
2. Pena de multa y decomiso 227
3. Pena de inhabilitación 228

Capítulo VIII
La entrega vigilada

I. Definición 229
II. Procedimiento 230
1. Rol de la fiscalía en los procedimientos de entregas 230
2. Autorización para utilizar la entrega vigilada en el extranjero 231

Capítulo IX
Cooperación con la Corte Penal Internacional

I. La Corte Penal Internacional 233
II. Aspectos generales de la cooperación del Perú con la Corte 235
1. Trámite 236
2. Consultas y acuerdos 237
III. La detención y entrega de personas a la Corte Penal Internacional 238
1. Trámite 238
2. Plazo de la detención 241
IV. Detención provisional con fines de entrega 242
V. Actos de cooperación en general con la Corte Penal Internacional 243
VI. La ejecución de la pena impuesta por la Corte Penal Internacional 244

PARTE XIV
DERECHO PENAL Y PROCESAL INTERNACIONAL

Capítulo I
Teoría del Derecho Penal Internacional

I. Introducción 249
II. Derecho Penal Internacional 250
III. Fuentes 252
1. Los tratados 252
2. Derecho consuetudinario 253

IV. La cláusula de Martens 253
V. Principios generales reconocidos por las naciones 256
VI. Las decisiones judiciales y la doctrina de los publicistas 257
VII. *Jus cogens* y su influencia en el Derecho internacional 258

Capítulo II
La justicia internacional

I. Orígenes 263
II. Imprescriptibilidad y crímenes contra la humanidad 265
III. Jurisdicción universal 266
1. Tribunal internacional militar de Núremberg 266
1.1. Atribuciones del tribunal 268
1.2. El juicio 269
2. Tribunal internacional militar de Tokio 273
2.1. Organización y competencia 274
2.2. Casos ante el tribunal militar internacional 275
2.3. Críticas 276
3. Tribunal penal internacional para la antigua Yugoslavia 277
3.1. Competencia del TPIY 278
3.2. Composición del TPIY 280
4. Cámara para crímenes de guerra en Bosnia y Herzegovina 281
5. Tribunal penal internacional para Ruanda 282
5.1. Antecedentes 282
5.2. Caso Akayesu 283
6. Paneles especiales para los crímenes graves en Timor-Leste 284
6.1. Origen de los paneles especiales 285
6.2. Composición 286
6.3. Jurisdicción 286
6.4. Casos ante los paneles especiales 286
7. Tribunal especial para Sierra Leona 287
7.1. Reseña del conflicto 287
8. Tribunal penal para Camboya 288
8.1. Antecedentes 289

8.2. Decisión para enjuiciar a criminales 289
8.3. Competencia de las cámaras extraordinarias 290
9. Tribunal especial para el Líbano 291

Capítulo III
Aplicación del Derecho Penal Internacional

I. Cuestiones de temporalidad 293
1. Problemática en la aplicación del Derecho Penal Internacional 293
2. Principio de legalidad e irretroactividad penal 294
3. Previsibilidad y culpabilidad 298
4. Aplicación retroactiva de legislación interna posterior al hecho. Caso Corte Especial de Líbano 298
5. Fundamentos para la jurisdicción internacional 299
6. Panorama nacional 300
7. Regla para la aplicación de la ley penal 301
II. Problemática en el encausamiento de delitos contra la humanidad por temporalidad. Caso del juez Baltazar Garzón 303
1. El caso 303
2. La querella 304
3. Resoluciones objeto del presunto delito de prevaricato y otros 306
4. El magistrado supremo Varela fija la doctrina jurisprudencial del delito de prevaricación judicial 307
5. El magistrado supremo Varela y la garantía de imparcialidad 309
6. Cuestionamiento a la posición de Garzón frente a la competencia del 5º Juzgado Central de Instrucción 311
7. La posición de Garzón respecto de la aplicación temporal de la ley penal en los delitos de lesa humanidad 314
8. Cuestionamiento a su posición sobre la amnistía 316
9. Debilidades en la instrucción abierta por el juez Garzón ... 318
10. Debilidad del auto del magistrado Varela. La posición del Ministerio Público en este caso 321
11. Efectos de la apertura del juicio oral sobre Baltazar Garzón 322

Capítulo IV
La Corte Penal Internacional

I. La construcción de la jurisdicción internacional 323
1. Orígenes 323
II. Estatuto 324
III. Finalidad y naturaleza 326
1. Condición jurídica y atribuciones de la Corte 326
IV. Aspectos sustantivos 327
1. Crímenes de la competencia de la Corte 327
2. Los elementos de los crímenes 327
V. Principios generales de Derecho Penal según el estatuto 328
1. *Nullum crimen sine lege* 328
2. *Nulla poena sine lege* 329
3. Irretroactividad *ratione personae* 329
4. Responsabilidad penal individual. Autoría y participación 329
5. Improcedencia del cargo oficial 330
6. Responsabilidad de los jefes y otros superiores 331
7. Imprescriptibilidad 332
8. Cosa juzgada 333
9. Atribución del dolo 334
10. Circunstancias eximentes de responsabilidad penal 335
11. Error de hecho o error de derecho 336
12. Órdenes superiores y disposiciones legales 336
VI. Estructura de los elementos de los crímenes 337
VII. Genocidio 337
VIII. Crímenes de lesa humanidad 339
1. Componentes del contexto 343
IX. Crímenes de guerra 345
X. Las penas 352
1. Reparación a las víctimas 352
XI. Corte Penal Internacional y reglas del proceso 353
1. Competencia 353
2. Condiciones previas para el ejercicio de la competencia .. 353

3. Actuación del fiscal frente a un posible crimen internacional. 354
4. Cuestiones de admisibilidad 354
5. Impugnación de la competencia de la Corte o de la admisibilidad de la causa 356
6. Derecho aplicable 356
XII. Estructura orgánica..... 357
1. Composición y administración de la Corte 357
2. Los magistrados..... 357
3. Requisitos para ser magistrados..... 358
4. Presidencia 358
5. Los órganos jurisdiccionales..... 359
6. Independencia de los magistrados 359
7. La fiscalía..... 360
8. La secretaría 360
9. Causales de separación de funcionarios 361
10. Privilegios e inmunidades 361
XIII. Juzgamiento..... 361
1. La investigación 361
2. Luego de la investigación..... 362
3. Funciones y atribuciones del fiscal 363
4. Derechos de las personas durante la investigación..... 364
5. Facultades del fiscal en situaciones de urgencia..... 365
6. Funciones y atribuciones de la Sala de Cuestiones Preliminares 366
XIV. Medidas cautelares personales..... 367
1. Trámite..... 367
2. Comparecencia 368
3. Ejecución de la orden de detención 369
4. Entrega del imputado a la CPI..... 369
5. Audiencia preliminar 370
6. La audiencia..... 371
7. Acusación ampliada 372
XV. El juicio 372
1. Funciones y atribuciones de la Sala de primera instancia .. 373

2. Inicio del juicio 374
3. Control de la declaración de culpabilidad 375
XVI. Derechos del acusado en juicio 376
1. Protección de las víctimas y los testigos y su participación en las actuaciones 377
XVII. La sentencia 378
1. Fallo condenatorio 379
2. Imposición de la pena 380
3. Fondo fiduciario 380
4. El estatuto, la aplicación de penas por los países y la legislación nacional 380
XVIII. Primer veredicto. Caso fiscal vs. Thomas Lubanga Dyilo 381
1. Antecedentes 381
2. El conflicto de Ituri 381
3. Sentencia 382
4. Casos pendientes 383

Capítulo V
Reglas de procedimiento y prueba

I. Disposiciones generales relativas a la prueba 385
1. Regla 63 385
2. Regla 64: Procedimiento relativo a la pertinencia o a la admisibilidad de la prueba 386
3. Regla 65: Obligación de los testigos de prestar declaración 387
4. Regla 66: Promesa solemne 387
5. Regla 67: Testimonio prestado en persona por medios de audio o vídeo 387
6. Regla 68: Testimonio grabado 388
7. Regla 69: Acuerdos en cuanto a la prueba o convenciones probatorias 388
8. Regla 70: Principios de la prueba en casos de violencia sexual 389
9. Regla 71: Prueba del comportamiento sexual anterior o ulterior 390

10. Regla 72: Procedimiento a puerta cerrada para considerar la pertinencia o la admisibilidad de pruebas 390
11. Regla 73: Comunicaciones e información privilegiadas 390
12. Regla 74: Autoinculpación de un testigo 392
13. Regla 75: Inculpación por familiares..... 394
II. Revelación de información o pruebas 394
1. Regla 76: Revelación, antes del juicio, de información relativa a los testigos de cargo 394
2. Regla 77: Inspección de objetos que obren en poder del fiscal o estén bajo su control..... 395
3. Regla 78: Inspección de objetos que obren en poder de la defensa o estén bajo su control 395
4. Regla 79: Revelación de información por la defensa 396
5. Regla 80: Procedimiento para hacer valer una circunstancia eximente de responsabilidad penal 397
6. Regla 81: Restricciones a la revelación de información o pruebas..... 397
Filtros de información por probable afectación de otros intereses 397
7. Regla 82: Restricciones a la revelación de información o pruebas protegidas 398
8. Regla 83: Dictamen sobre la existencia de pruebas eximentes o atenuantes de la culpabilidad 399
9. Regla 84: Revelación de documentos o información y presentación de pruebas adicionales..... 399
10. Regla 85: Definición de víctimas..... 400
11. Regla 86: Principio general 400

Capítulo VI
El sistema interamericano de protección de derechos humanos respecto a los crímenes contra la humanidad

I. Chile..... 402
1. Caso Almonacid Arellano..... 402
2. Contexto histórico..... 402
3. El Decreto Ley Nº 2.191 que dispuso amnistía 404

II. Perú 406
1. Hechos 407
2. Ley de amnistía y Poder Judicial 409
3. Regla jurídica respecto a las leyes de amnistía 410
4. El derecho a la verdad como acceso a la tutela judicial 411
III. Guatemala 412
1. El caso de Molina Theissen y su familia 412
2. La desaparición de Marco Antonio Molina Theissen 415
IV. El Salvador 417
1. Caso de las hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador. Sentencia del 1 de marzo de 2005 417
1.1. Antecedentes 417
1.2. Antecedentes históricos 418
1.3. Consideraciones de la Corte 418
V. Argentina 420

Capítulo VII
Delitos contra la humanidad en la legislación penal peruana

I. Genocidio 423
II. El delito de desaparición forzada 427
1. El *onus probandum* en el delito de desaparición forzada y tortura 434
2. Repercusiones en la familia y en la cultura 436
3. Efectos emocionales sobre un detenido 439
4. Delito de desaparición forzada en el sistema jurídico-penal nacional 439
5. Jurisprudencia constitucional 445
6. Desaparición forzada y delito permanente 447
7. Aplicación temporal de ley penal en delitos permanentes 448
8. Acuerdo Plenario N° 9-2009/CJ-116 sobre desaparición forzada 450
8.1. Legislación penal internacional y el delito de desaparición forzada 450

8.2. Instrumentos internacionales sobre desapariciones forzadas 451
8.3. El tipo de desaparición forzada no está dentro de los parámetros de la normativa penal internacional 453
9. Caracteres del delito de desaparición forzada 454
9.1. Deber de información del sujeto activo 454
10. Delito de lesa humanidad o delito contra los derechos fundamentales 455
11. Delito especial cometido por agentes estatales..... 456
12. Delito de desaparición forzada como delito permanente.... 457
13. Ley penal y variación del estatuto jurídico del funcionario público 459
14. Código Penal de 1991 y el hecho fáctico de aplicabilidad del tipo de desaparición forzada 460
III. La tortura..... 461
1. Corte Interamericana y tortura: Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala, sentencia del 25 de noviembre de 2000 463
2. Responsabilidad del Estado 467
3. La tortura en el Derecho peruano 468
IV. Delito de discriminación 472
1. El delito de discriminación en el Derecho nacional 474
2. Política criminal y discriminación..... 477
V. Manipulación genética 477
1. Panorama internacional 481
2. El genoma humano 482
3. Bien jurídico tutelado en la clonación humana..... 483
4. Descripción objetiva y subjetiva del delito..... 484

Capítulo VIII
El delito de lesa humanidad en la jurisprudencia nacional

I. Caso de Santiago Martín Rivas..... 487
II. Consideraciones del TC en relación con los elementos del crimen de lesa humanidad..... 489

1. El derecho fundamental a la verdad y la regla de la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad como norma de *jus cogens* 494
III. Sentencias paradigmáticas en la jurisprudencia suprema 496
1. Casos Barrios Altos y La Cantuta. Sentencia de Alberto Fujimori como autor de delitos de lesa humanidad..... 496
1.1. Conceptos y referencias históricas..... 496
1.2. Aplicabilidad y límites..... 497
1.3. Delito de lesa humanidad..... 499
1.4. Apoyo en la doctrina y el carácter sistemático del delito de lesa humanidad..... 500
1.5. La doctrina jurisprudencial internacional para establecer los indicadores del carácter sistemático..... 501
1.6. ¿Por qué los casos La Cantuta y Barrios Altos son delitos de lesa humanidad? 501
2. Posición contraria a que se califique el caso Barrios Altos y La Cantuta como delitos de lesa humanidad 502
2.1. Marco conceptual de delito de lesa humanidad 503
2.2. Análisis si en el caso Barrios Altos existe delito de lesa humanidad 509
IV. Reflexiones sobre esta sentencia 511
V. Posición de la Corte Interamericana 515
VI. Conclusiones 518

ANEXOS

Anexo I:
- Exposición de motivos del Código Procesal Penal 2004..... 523

Anexo II:
- Res. Adm. Nº 134-2014-CE-PJ. 529
- Res. Adm. Nº 325-2011-P-PJ..... 530

Bibliografía 539

Índice general..... 555